



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGON
DERECHO PENAL

**PROTECCIÓN PENAL DE LA ESFERA PRIVADA (INTIMIDAD) FRENTE
A TERCEROS PARTICULARES EN MATERIA INFORMÁTICA.**

TESIS

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE
MAESTRA EN DERECHO

PRESENTA

ALBA DELIA GÓMEZ ALCÁNTARA

DR. ALEJANDRO HERNÁNDEZ MERCADO
TUTOR PRINCIPAL

SINODALES

DR. ELÍAS POLANCO BRAGA
DR. PEDRO UGALDE SEGUNDO
MAESTRO GONZALO RUTZ ORTIZ
MAESTRO JOSÉ GREGORIO VÁZQUEZ PÉREZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, NOVIEMBRE 2017



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

INTRODUCCIÓN.....	4
CAPÍTULO 1.- MARCO TEÓRICO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL SISTEMA PENAL.....	10
1.1 Derechos fundamentales.	10
1.2 Teoría de los Derechos fundamentales.....	22
1.4 Derecho fundamental de intimidad.....	34
Capítulo segundo. Derechos y libertades.....	46
1.5 Derecho a la propia imagen.	48
1.6 Derecho de honor	49
1.7 Derecho de Inviolabilidad en el domicilio en sentido real o virtual.....	50
CAPÍTULO 2. MARCO CONCEPTUAL EN MATERIA INFORMÁTICA Y CRIMINALIDAD INFORMÁTICA.	52
2.1 Informática Jurídica.....	53
2.2 Elementos esenciales en la operación de la informática.	54
2.3 Cibernética y Ciberespacio.	55
2.4 Concepto de red social y servicio de red social (SRS).	55
2.5 Clasificación de las redes sociales.	57
2.6 Concepto de Ciberdelincuencia o cibercriminalidad.	57
2.7 Concepto de delitos informáticos.	58
2.8 Impacto y gravedad de los delitos informáticos.	60
2.9 Clasificación de los ilícitos informáticos en el sistema operativo:	66
2.10 Clasificación de los ilícitos informáticos por grupos criminológicos.....	67
2.11 Clasificación de los ilícitos informáticos como instrumento o medio.....	67
2.12 Clasificación de los ilícitos informáticos por su fin u objetivo.	69
2.13 Medios comisivos.	69
2.14 Clasificación general de los delitos informáticos.	70
2.15 Sujeto Activo en el Delito informático.	71
2.16 Sujeto Pasivo en el Delito Informático.	76
2.17 Ámbitos tiempo y espacio en el delito informático.	78
2.18 Problemática en cuestión del cibercrimen.	79
CAPÍTULO 3.- LA CIBERDELINCUENCIA Y SU TRATAMIENTO JURÍDICO	82
3.1 El Poder Ejecutivo Mexicano frente al fenómeno de la Ciberdelincuencia.	82
3.2 El Poder Legislativo Mexicano y su perspectiva frente al fenómeno de la Ciberdelincuencia.	84

3.3 Derecho procesal penal en materia de ciberdelincuencia.....	84
3.4 Ministerio Público Federal y su desconocimiento del delito en materia informática.	86
3.5. Policía Cibernética en México: Investigación y persecución del delito en materia informática.....	87
3.6 Cooperación internacional en materia de ciberdelincuencia.	89
CAPÍTULO 4. LEGISLACIÓN MEXICANA, DERECHO COMPARADO (CASO ESPAÑA-MÉXICO)	93
4.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	93
4.2Códigos locales donde están establecidos en algún grado los delitos informáticos.	101
4.3 Derecho comparado (caso España-México).....	108
4.4 Antecedentes, legislación y conceptos doctrinales en España acerca de los delitos informáticos y la esfera de privacidad artículo 18 Constitucional (derecho de intimidad).....	109
4.5 Artículo 197 del Código Penal Español.....	123
4.6 Artículo 197 bis del Código Penal Español.	129
4.7 Artículo 197 ter del Código Penal Español.	130
4.7 Artículo 197 quater del Código Penal Español.	131
4.8 Artículo 197 quinquies del Código Penal Español.	131
4.9 El Ministerio Fiscal Español.	131
4.10 Fiscalía Especializada en Criminalidad Informática de España.	132
CONCLUSIONES	135
PROPUESTA	138
BIBLIOGRAFÍA.....	140
Fuentes de información	144
Libros en línea	144
Legislación	144
Diarios en línea.....	145
Libros en línea	145
Revistas en línea.....	145
Legislaciones.....	145

INTRODUCCIÓN

La sociedad mexicana y su Estado se encuentran en este momento librando una batalla ante una grave problemática desconocida hasta hace muy pocos años. La pérdida de valores y el fácil acceso y uso de tecnologías por todo tipo de personas, resultan una combinación explosiva, que está causando daños graves en todos los sectores de la sociedad mexicana, ocasionando grandes pérdidas económicas y daños políticos al Estado.

Se calcula que, en el año 2013, dejaron pérdidas por más de treinta y cuatro mil millones de pesos como consecuencias directas índices delictivos de cibercriminalidad.

En el momento histórico que nos encontramos, la tecnología juega un papel muy relevante en la sociedad y su utilización resulta imprescindible para casi todos, no podemos negar los grandes beneficios que esta nos proporciona; la rápida y eficaz comunicación con todo tipo de personas en cualquier parte del mundo, lo cual facilita la vida de una forma extraordinaria en los quehaceres cotidianos y profesionales, sus avances ayudan a salvar la vida de millones de personas, y todas las aportaciones benéficas que ha realizado son innumerables.

Pero esta tecnología ha sido construida y es manipulada por la mano del hombre y como cualquier cosa que pasa por la mano de este, es aplicable y desarrollada, para las causas más nobles o corruptible, para los intereses más nobles y los más mezquinos. Al referirme a interés mezquinos podemos encontrarnos ante infinidad de situaciones, casi todas las que son capaces de imaginarse, desde un simple “stalkeo” con fines de morbo, a una metodología criminal utilizada para tejer redes de pederastia o trata de niños y personas.

Estos son algunos ejemplos básicos que podría poner, y ambos cuentan con un elemento comunicante, el cual no podemos perder de vista, que es, la pérdida del derecho a la intimidad de la persona sobre la que recae la intrusión informática. Aunque las consecuencias que podemos obtener en ambos casos son de diferentes dimensiones.

Las conductas incorrectas o ilícitas que dañan a la sociedad mediante medios informáticos son muchas y de muy diverso índole, por lo cual, en la presente investigación, se busca acotar estos problemas, atendiendo como derecho primordial el

ya mencionado derecho de intimidad y la vulneración que sufre este derecho en estos medios, así como la relación de sujetos siendo los terceros particulares el motivo de estudio como sujetos activos partícipes en la intromisión y vulneración al derecho ya mencionado.

Esta pérdida de derecho de intimidad resulta una lesión directa a la dignidad de cualquier ser humano, ante la falta de este derecho, nos sentimos vulnerables, burlados, deshonrados, victimizados y desnudos ante la sociedad.

Las consecuencias resultantes de estas intromisiones son muy diversas para cada persona que es víctima de estas conductas, las cuales se irán analizando a través de esta investigación.

Los sujetos activos de estas conductas son protagonistas, pues sin ellos no tendríamos nada que perseguir o problema social que atacar legalmente, ni siquiera tendríamos una justificación para este trabajo, pero al ser tantas las combinaciones que pueden haber de estos sujetos activos, debemos delimitar el campo de acción de esta investigación, centrándose en: Los terceros particulares, donde los sujetos pasivos también son: los particulares.

La razón por la que se eligió este tema, resulta a raíz de la observación de la nula o escasa regulación jurídica en cuanto a las intromisiones que estos terceros particulares realizan a otros particulares, en materia informática y del grave impacto que ésta genera en la sociedad mexicana, por lo que surge la siguiente interrogante ¿Se encuentra el Estado Mexicano preparado legalmente para el enorme reto de tutelar y preservar la seguridad jurídica de sus ciudadanos frente a la ciberdelincuencia?.

El problema existente es la lesión de los derechos fundamentales en lo que respecta a su aspecto social, moral, psicológico e inclusive patrimonial frente al ataque de la ciberdelincuencia.

La justificación de la presente investigación, nace por la necesidad inherente que presenta nuestra sociedad mexicana actual para analizar las políticas de Estado existentes en el combate a la ciberdelincuencia, realizar una comparativa con otros sistemas jurídicos y de este modo encontrar los correctos mecanismos jurídicos que brinden una protección integral al gobernado donde sean respetadas sus garantías

fundamentales e inalienables como la protección de la intimidad personal, de honor, familia y de la propia imagen, la inviolabilidad a su domicilio de forma real o virtual y la protección de la esfera privada en materia informática frente a terceros particulares.

De las grandes repercusiones que estos ciberdelitos generan lesionando severamente al Estado Mexicano y a sus ciudadanos dejando pérdidas por más de treinta y cuatro mil millones de pesos anuales como consecuencias directas e índices delictivos de criminalidad abrumantes.

Se considera importante atender los fenómenos de la cibercriminalidad por las grandes repercusiones que estos ciberdelitos están generando, los cuales se estudiarán y analizarán en el capítulo segundo de la presente investigación, bajo el título de marco conceptual en materia informática y criminalidad informática.

Ya que esta cibercriminalidad lesiona severamente al Estado Mexicano y a sus ciudadanos, dejando pérdidas por más de treinta y cuatro mil millones de pesos anuales como consecuencias directas e índices delictivos de criminalidad abrumantes. Entre estas conductas podemos encontrar la intrusión ilegal de manera informática entre particulares que vulneran el derecho de intimidad, con lo cual se lesionan ámbitos sensibles de la sociedad, y en muchas ocasiones los grupos más vulnerables son los que se ven más expuestos a jugar el papel de víctimas ante estas conductas dañinas; este planteamiento lo vemos reforzado con lo que nos dice el doctor Carbonell: “es importante darnos cuenta de que no todo lo que se puede clasificar dentro del rubro de ‘sociedad civil’ es positivo para los derechos. Por el contrario, hoy en día muchas amenazas a nuestros bienes básicos provienen no tanto de la acción del Estado sino de la acción de otros particulares”¹

Por lo que, al crearse una adecuada regulación jurídica, que sea capaz de controlar, a través de la prevención y sanción de conductas intrusivas lesivas, en este caso para el derecho de intimidad, también se buscará mantener un equilibrio social, de lo cual se plantea la siguiente hipótesis:

¹ Carbonell Sánchez, Miguel, *Derechos fundamentales en México*, México, editorial Porrúa; edición 6, 2014, p. 7.

“La implementación de medios adecuados de defensa en materia informática y su correcta aplicación, a través de un tipo penal, redundará en una mayor protección integral de los derechos de los gobernados para disminuir los altos índices de ciberdelincuencia”.

En el capítulo tercero se analizará el tratamiento jurídico que se le da a la ciberdelincuencia, a partir de la visión de los poderes del estado, así como a través de diferentes órganos de persecución e investigación y del análisis del Convenio de Budapest que resulta fundamental como ejemplo del debido tratamiento jurídico que se debe dar a la cibercriminalidad.

Si bien es cierto en nuestra legislación el derecho de intimidad no es considerado como un derecho fundamental, debemos atender a los nuevos parámetros y criterios que se vienen desarrollando en el marco de los derechos humanos, podemos considerar que cuando se presenta una conducta como la intromisión y captación de información ilegal por medios informáticos, y estas conductas lesionan la dignidad humana implícita en el derecho humano número 12 en la: Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas”, que es el llamado “Derecho de intimidad”, esto genera una violencia social, la cual si no es controlada por un medio sancionador eficiente, puede tornarse en un fenómeno difícil de controlar social y jurídicamente.

La intervención Estatal a través de un tratamiento jurídico correcto en la regulación de las relaciones que se dan entre particulares resulta imprescindible para el avance de toda sociedad, en este sentido esta intervención Estatal ha sido objeto de estudio por parte de la Corte Interamericana la cual ha reconocido la eficacia entre particulares de estos derechos fundamentales, considerando que el Estado debe hacer valer los derechos fundamentales en las relaciones sujetas al derecho privado, pues de otra manera podrían darse violaciones de derechos que le acarrearán responsabilidad internacional.

Por lo cual, nos parece que el estado mexicano debe atender estos criterios bajo un campo metodológico apropiado para cubrir las necesidades sociales en derechos fundamentales, como el derecho de intimidad, para que éste sea respetado entre particulares, y de igual forma sancionar penalmente a quienes realicen estas conductas

intrusivas y lesivas que lastiman el honor, la imagen, el domicilio en sentido real o virtual, que abarque la esfera de privacidad de una persona.

En el capítulo cuarto se hablara de la legislación, en su primera parte; analizando la fundamentación constitucional que encontramos para la defensa de este derecho, apoyándonos de diversas jurisprudencia y tesis aisladas emitidas por los magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la segunda parte de dicho capítulo se hablara utilizando el derecho comparado de la legislación mexicana y española con la finalidad de proponer un tipo penal que pueda regular estas conductas ilegales de intromisión que lesionan entre otros derechos el de intimidad, pero esto requiere de un estudio profundo, donde debemos apoyarnos en otras regulaciones y parámetros que se utilizan en otras naciones, como las naciones que conforman la Unión Europea, donde en la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, pide regular y tipificar estos llamados delitos informáticos, es importante atender las necesidades sociales del pueblo mexicano, respetando nuestra cultura, idiosincrasia, sistema jurídico, historia social, sin embargo los derechos humanos más fundamentales deben ser respetados en todas las naciones y protegidos por todos los estados, entre ellos este derecho de intimidad que por el avance tecnológico está siendo mayúsculamente vulnerado por estos cibercriminales por lo cual el Estado Mexicano debe a través de los medios jurídicos combatir eficazmente los ataques contra estos sistemas de información.

Por la naturaleza misma de la tecnología y de sus sistemas de información, resulta necesario la colaboración con otros entes estatales, por lo que es importante atender sus recomendaciones y establecer internamente estas regulaciones sancionadoras y/o preventivas, ayudando a la paz social de nuestra nación y en cooperación con otras naciones, en la presente investigación se ha tomado como referencia concreta el modelo que tiene España en el combate a la cibercriminalidad, en virtud de la riqueza histórica, cultural y social que compartimos, y que además se traduce en similitudes, coincidencias o rasgos compartidos en ambos sistemas jurídicos, agregando la experiencia que el estado español tiene en el eficaz combate a la cibercriminalidad y la protección a la esfera de privacidad.

Esto se puede lograr a través de una participación social en defensa de este derecho, donde el Estado, puede y debe convertirse en un aliado para cuidar estas relaciones entre particulares que se dan de forma informática, para con esto lograr proteger este derecho, lo que se pretende realizar a través de la propuesta de un tipo penal.

CAPÍTULO 1.- MARCO TEÓRICO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL SISTEMA PENAL.

1.1 Derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales son la parte medular para que cualquier sistema jurídico existente prevalezca y sus gobernados se vean protegidos por los mismos por parte del Estado, pero la pregunta que surge a cualquier persona que no sea especialista en materia constitucional y de derechos humanos es ¿Qué es un derecho fundamental? Tenemos que hacernos algunos otros cuestionamientos como ¿cuáles podrían ser los criterios para considerar que ciertos derechos son o no fundamentales? ¿porqué asignamos a diferentes pretensiones, una protección reforzada al considerarlos fundamentales? Y una de las más importantes ¿por qué necesitamos derechos fundamentales, estos son aspectos básicos que tratare de desarrollar con ayuda de algunos autores, esto con la finalidad de que el conocimiento adquirido sobre derechos fundamentales no sea un concepto difícil de desentrañar, sino que en la redacción de esta investigación se llegue a una comprensión más consiente, aunque sencilla de lo que son derechos fundamentales y el porqué de la presencia de los mismos en la sociedad es de vital importancia.

Tratando de estructurar esta parte de la investigación, es importante dar algunos conceptos recopilados de lo que son derechos fundamentales para después desarrollar un poco más su estudio:

La definición más conocida en el mundo del Derecho nos dice que:

“Los derechos fundamentales son aquellos que están consagrados en la Constitución, es decir, en el texto que se considera supremo dentro de un sistema jurídico determinado; que por esa circunstancia y porque el propio texto constitucional lo dota de un estatuto jurídico privilegiado, tales derechos son fundamentales”.²

² Bastida Frijeido, Francisco, *El fundamento de los derechos fundamentales*, catedrático de derecho constitucional, Universidad de Oviedo, España, Revista electrónica del departamento de derecho de la Universidad de la Rioja, número 3, año 2005, España, Redur3/año2005, <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero3/bastida.pdf>, p.

Este es el concepto que nos da el primer acercamiento con estos derechos, y se nos dice que por estar consagrados en la constitución, esta última le brinda toda la protección para que sean respetados en todo ordenamiento jurídico. C. Schmitt nos dice que: en el Estado burgués (liberal) de derecho son derechos fundamentales sólo aquellos que puedan valer como anteriores y superiores al Estado, aquellos que el Estado, no es que otorgue como arreglo a las leyes sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en lo que sólo cabe penetrar en una cuantía mensurable en principio y sólo dentro de un procedimiento regulado.³

Para este autor, la teoría sobre estos derechos puede resumirse en tres puntos básicos:

✓ Los derechos fundamentales son derechos de defensa del individuo frente al Estado, o sea, se constituyen como ámbitos en los que el Estado no tiene competencia y en los que, consecuentemente, no puede entrar.

✓ El número de derechos que pueden ser considerados fundamentales es muy bajo, ya que se reconocen como tales aquellos cuyo contenido no depende de la legislación

✓ Los derechos están garantizados, frente al legislador, de forma absoluta, lo que significa que el legislador no puede disponer de ellos, toda restricción debe ser todo excepcional y en cualquier caso medida, limitada a sujeta a control.⁴

Si analizamos un poco esta teoría podemos percatarnos que se trata de unas de las primeras teorías de derechos fundamentales, ya que si bien realizan un papel de defensa frente al Estado, este último ya no debe ser visto como un enemigo del cual defenderse, sino el Estado debe convertirse en un coadyuvante para la protección de estos derechos sin que importe tanto el papel del sujeto activo invasor, ya que este

³ Cfr. Bastida Frijedo, Francisco, *El fundamento de los derechos fundamentales*, catedrático de derecho constitucional, Universidad de Oviedo, España, Revista electrónica del departamento de derecho de la Universidad de la Rioja, número 3, año 2005, España, Redur3/año2005, <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero3/bastida.pdf>, p44.

⁴ Ibidem

invasor puede ser el Estado pero también otro particular, como es en este caso donde se pretende hacer de estos últimos los sujetos activos a estudiar.

Los derechos fundamentales desde mi punto de vista son otra consecuencia del tiempo, ya que con la gran evolución que han tenido en general los derechos humanos cada vez se insertan más y de mejor manera en las leyes supremas de los Estados, es de vital importancia seguir con este camino e ir adhiriendo, después de una depuración metodológica, más derechos para ayudar a perfeccionar y fortalecer a los Estados a través de estos derechos.

Es importante también, atender el planteamiento que realiza Schmitt en el sentido de que el legislador no puede disponer de ellos, ya que estamos hablando de derechos innatos a todo ser humano, de los cuales otro ser humano puede o debe restringir a voluntad. En México es uno de los problemas con los que se han encontrado estos derechos, ya que desgraciadamente muchas de las veces los encargados del quehacer legislativo, no son personas con el conocimiento necesario y aptitudes intelectuales, para realizar este trabajo y esto se ve reflejado en las sobradas “leyes vaporosas” que atienden a un carácter meramente político, dejando de lado el fondo y objetivo primordial de las leyes; siendo uno de estos la protección jurídica del gobernado para lograr una armonía social, que permita una sana convivencia entre todos sus elementos.

Y es que reza un dicho “que de buenas intenciones se hace el camino al infierno”, y en este tema de delitos informáticos y derecho de información, de intimidad, han realizado varias propuestas que no han fructificado, por este desconocimiento de la materia y el no aprender a respetar los demás derechos, es decir, se debe ser muy cuidadoso al defender un derecho como el de “intimidad” ya que este no debe contraponerse con uno tan importante como “la libertad” sobre todo en “la libertad de expresión” que en mi consideración ha sido lo que siempre ha ocurrido para que un tema tan importante como el “derecho de intimidad” en

nuestro país no prospere legislativamente, y debemos entender que estos derechos no se contraponen por el contrario, se complementan.

Siguiendo este orden de ideas de la necesidad de interacción de derechos, debemos conocer sobre los mismos a la escuela de Bonn, Alemania muchos le adjudican la creación de esta escuela de derechos fundamentales y en este sentido Benda hace una crítica al positivismo jurídico alemán y nos dice que: los inviolables o inalienables derechos humanos no han sido creados por la Ley Fundamental de Bonn, sino que esta los contempla como un ordenamiento jurídico pre-existente y supra-positivo (..) se trata de proteger la dignidad como derecho originario de todo ser humano”⁵

Si bien es cierto que esta Ley Fundamental de Bonn, sienta precedentes importantes para el desarrollo de los derechos fundamentales, Benda hace valoraciones importantes a la cual hay que tomar atención, porque la dignidad juega un papel trascendente para estos derechos, estos siempre deben buscar como una de sus máximas: “La dignidad como ser humano”.

Pero ¿qué es la dignidad humana?, las respuestas que podemos encontrar a esta pregunta subjetiva son muchas, aunque me parece que la respuesta más viable podemos encontrarla en cada uno de nosotros, cada persona poseemos una concepción de lo que es la dignidad humana, es por eso que muchas conductas dañinas a la intimidad han sido toleradas e inclusive justificadas, a esto también debemos atender a muy diversas cuestiones, inclusive patrones sociales, generacionales y de género.

En muchas ocasiones, en la sociedad mexicana se justifica la invasión de la privacidad por ejemplo por parte de la pareja, atendiendo a cuestiones sobre violencia de género en algunos casos, cuestiones de género y económico, pero existe la otra cara de la moneda donde bajo un argumento de falsa confianza, se exigen por ejemplo contraseñas para acceder a determinada información personal

⁵ *Ibidem*, p.43.

en medios informáticos, siendo el más grande ejemplo, las llamadas redes sociales.

Pero continuando en el estudio de los derechos fundamentales el doctor Francisco J. Bastida, aporta en mi consideración dos importantes acepciones de estos derechos; la jurídica y la metafísica.

En la primera acepción nos dice que:

Un derecho fundamental es ante todo un derecho subjetivo, es decir, un apoderamiento jurídico (contenido de derecho) que la Constitución, atribuya a un sujeto para que pueda defender, asegurar o ejercer determinadas expectativas (objeto del derecho). Ese apoderamiento consistirá en la posibilidad de, con la fuerza normativa de la Constitución, exigir a un tercero, sea un poder público o un particular, el cumplimiento de un deber; (de actuar en unos casos, o de abstenerse de actuar en otros). Sólo son fundamentales los derechos que participan de la fundamentalidad de la norma fundamental del ordenamiento jurídico de la Constitución, lo cual significa que esta, como fuente jurídica directamente aplicable, establece esos derechos y los dota de una disponibilidad por su titular potencialmente inmediata, y como fuente de las demás fuentes del ordenamiento, preserva los derechos fundamentales de su alteración o vulneración por normas infra-constitucionales (y en algunos casos incluso constitucionales) y los hace indisponibles por el legislador (e incluso por el órgano de reforma constitucional).

Y en la acepción metajurídica realiza un interesante estudio que nos habla sobre;

A. *La fundamentalidad de los derechos tiene un sentido que podría calificarse como antropocéntrico. Serán fundamentales los derechos que se entiendan como más básicos o esenciales del ser humano. Aquellos que se consideren inherentes al desarrollo de su personalidad.*

B. *La fundamentalidad de los derechos emanan del ser individuo, del ser humano, no del deber ser de la norma constitucional. La fundamentalidad de los*

derechos fundamentales está desvinculada del derecho positivo. No tiene que ver con la posición de la supremacía de la Constitución, como norma fundamentadora del ordenamiento jurídico. Aunque la Constitución no los reconozca, existen. Para la doctrina liberal si ese reconocimiento no se da, la que o existirá como tal será la Constitución (concepto material de la Constitución), aunque se le llame así a la norma fundamental del Estado.

C. En la tajante separación entre estado y sociedad, los derechos fundamentales están radicados exclusivamente en la esfera social. Se conciben como derechos absolutos, en el sentido de espacios de una libertad en principio ilimitada Ninguna norma positiva los crea y solo la ley-de manera excepcional y si está constitucionalmente habilitada para ello-los limita. De ahí su calificación de derechos: inalienables, inviolables, imprescriptibles e incluso sagrados.

D. Al tratarse de una fundamentalidad derivada del nexo de las libertades con la esfera individual y, todo lo más, social (entre individuos), los derechos fundamentales son libertades privadas, sin dimensión política de relación con el poder público. La única relación con el poder es de defensa frente a injerencias que no tengan apoyo legal. Por eso en la doctrina liberal los derechos fundamentales reciben el nombre de libertades negativas, libertades civiles o derechos de libertad y se articulan jurídicamente como derechos reaccionales o de defensa.

E. La positividad de los derechos fundamentales queda circunscrita al campo de la limitación de los derechos, a la forma que ha de tener la norma limitadora (ley general) y a los procedimientos reaccionales de tutela frente aquellas injerencias. Pero es una positividad debilitada, restringida, porque el sistema constitucional liberal renuncia a fundamentar jurídicamente los derechos. La validez de éstos, su existencia jurídica, queda situada fuera y por encima de la Constitución.

F. *La merma de positividad-y, por tanto, de capacidad jurídica para configurar los derechos fundamentales dos en la esfera sociales de y por la Constitución- mantiene a estos derechos en la esfera social y los preserva de injerencias estatales. En principio esto parece favorable a los derechos, pero es también un freno o incluso una barrera a la posibilidad de intervenir desde la esfera jurídico-estatal para garantizar los derechos fundamentales; por ejemplo, cuando los obstáculos que impidan el ejercicio de esas libertades se generen en la propia sociedad, como consecuencia de las relaciones sociales*⁶

La posición jurídica es la ya establecida que encontramos posiblemente en la mayoría de definiciones, donde la Constitución es la máxima constituyente de estos derechos, pero la acepción metafísica, tiene una aportación grande a los valores actuales, donde si bien, la Constitución no puede estar por debajo de ninguna otra normatividad, los Tratados Internacionales han adquirido un papel importante donde pueden ir de la mano de esta Carta Magna y a los cuales el Estado mexicano debe atender con prontitud y proximidad.

Ya que para una norma jurídica se cree, se debe tener una justificación social de la misma, y estas normas de cualquier jerarquía deben ser por y para el pueblo.

Bastida nos aporta una crítica positiva para hablar sobre la postura donde estos derechos pueden ser considerados *reaccionarios* frente al Estado, me parecería importante reflexionar acerca de ello, para preguntarnos ¿qué tan positivo será este tironeo eterno de los derechos frente al Estado? O viceversa.

Me parece que la respuesta es que el estado debe ser un aliado para la sociedad y la protección de los derechos de sus gobernados, atendiendo a las realidades sociales que enfrenta a diario, sobreponerse al atraso que hasta ahora se ha tenido en el estudio del derecho en materia informática, para buscar soluciones jurídicas que brinden una protección a los derechos de sus

⁶ *Ibidem*, p.p. 44-45

gobernados, porque si bien el Internet, es una situación virtual e intangible, los efectos jurídicos que produce en la vida de sus gobernados son reales.

Uno de los más grandes exponentes, en mi opinión en materia de derechos fundamentales es Luigi Ferrajoli, éste, aporta una concepción universal sobre los derechos fundamentales, así nos explica que: “son todos aquellos derechos subjetivos (expectativas positivas o negativas) adscritos universalmente a todos los sujetos por una norma jurídica y determinados por su *status* (ciudadanía y capacidad), son derechos fundamentales. Independientemente de que estén o no reconocidos en las Constituciones, pues dichos derechos subjetivos pueden encontrarse o no reconocidos en las Constituciones pues dichos derechos subjetivos pueden encontrarse en normas secundarias como Códigos o Leyes”.⁷

La aportación que hace este autor, acerca de estos derechos fundamentales es una nueva visión frente a la postura Constitucionalista, esta postura nos da la oportunidad de que los derechos fundamentales tomen un nuevo rumbo y se cree una nueva generación de derechos fundamentales, donde no solo los derechos que estén implícitos en una Constitución tengan valor de aplicación.

Ferrajoli siguiendo en esta nueva evolución de derechos acertadamente sostiene que es posible identificar cuatro criterios axiológicos que responden a la pregunta de ¿qué derechos deben ser (o es justo que sean) fundamentales?; estos criterios son la igualdad, la democracia, la paz y el papel de los derechos fundamentales como el del más débil.

Estos puntos son toda una doctrina que desarrolla, donde marca la pauta y los criterios que se deben atender para que los derechos sean o no considerados fundamentales, en este punto me parece que será importante atender la cultura de cada sociedad y el sistema jurídico de cada Estado, y en nuestro caso tendríamos que atender a un estudio profundo de las necesidades de nuestra

⁷ Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales*, revista cuestiones constitucionales, núm 15 julio-diciembre 2006 Italia, traducido Miguel Carbonell Sánchez, p.117.

sociedad mexicana, atendiendo a un derecho comparado, como el sistema jurídico español, entre otros.

Carlos Bernal Pulido, es otro autor al que debemos atender el concepto de derechos fundamentales que nos proporciona, para complementar este estudio, nos dice que son: “Una especie del género derechos jurídicos subjetivos. En este sentido, los derechos fundamentales son derechos jurídicos subjetivos cuya diferencia específica estriba en su carácter fundamental. La formulación de un concepto de derechos fundamentales debe pasar, por tanto, en primer lugar, por una comprensión del concepto de derechos jurídicos subjetivos y, en segundo lugar, de la fundamentalidad, es decir, de aquellas propiedades específicas del carácter de derecho fundamental”.⁸

Reflexionando en esta acepción podemos decir, que; los derechos jurídicos subjetivos, en tanto derechos jurídicos, son derechos que existen en la medida en que han sido establecidos por las normas jurídicas que componen un determinado ordenamiento jurídico. En algunos idiomas como el castellano, el alemán, el italiano y el francés, es necesario referirse a estos derechos con el calificativo de subjetivos para expresar que se refieren a posiciones jurídicas del sujeto y para marcar una diferencia con el concepto objetivo de derecho, que alude a los sistemas u ordenamientos jurídicos como un todo.

Otro autor, que debemos tomar en cuenta por su conocimiento sobre estos derechos es el alemán, Robert Alexy, el cual nos señala que: “*El sentido de los derechos fundamentales consiste justamente en no dejar en manos de la mayoría parlamentaria la decisión sobre determinadas posiciones del individuo, es decir, en delimitar el campo de decisión de aquella*”⁹. Sobre esta postura Carbonell

⁸ Bernal Pulido Carlos, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal electoral del poder judicial de la federación* ed. 2009. México, p. 13.

⁹ Carbonell, Miguel, *Una historia de los Derechos Fundamentales*, serie doctrina jurídica, Ed. Porrúa- Universidad Nacional Autónoma de México- Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2014, México, p.247.

comenta que: frente a un derecho fundamental no pueden oponerse conceptos como el de bien común, seguridad nacional, interés público, moral ciudadana, etc. Ninguno de esos conceptos tiene la entidad suficiente para derrotar argumentativamente a un derecho fundamental. En todas las situaciones en las que se pretenda enfrentar un derecho fundamental con alguno de ellos el derecho tiene inexorablemente que vencer, si en verdad se trata de un derecho fundamental.

Siguiendo en el tenor de estos derechos fundamentales, el doctor Miguel Carbonell en su obra: *Derechos fundamentales en México* nos dice que:

*“Los derechos fundamentales son aquellos que, según el texto de la Constitución mexicana, corresponden universalmente a todos”*¹⁰ teniendo en cuenta los estatus que señala Ferrajoli en su definición, la cual se manejó anteriormente en este texto. Es importante señalar nos dice Carbonell, que los derechos fundamentales pueden encontrarse en cualquier parte del texto constitucional, que contempla; *las obligaciones de los mexicanos*. Como también es indiscutible que son derechos fundamentales las *“prerrogativas de los ciudadanos”*¹¹. Entonces se puede decir que serán derechos fundamentales, para el sistema jurídico nacional, los que estén previstos como tales en la Constitución. Esto siendo cierto no agota sin embargo el cuadro de los derechos fundamentales en el sistema constitucional mexicano. La constitución incorpora al ordenamiento jurídico, por medio de varias fuentes del derecho, otros derechos fundamentales.

También nos hace notar que:

Es importante comprender que para que los derechos fundamentales sean validados como tal, es conveniente mencionar que los mismos deben ser sometidos a una justificación la cual se encuentra en su fundamento jurídico, es decir en el reconocimiento que hace un texto constitucional; desde un punto de

¹⁰ Idem.

¹¹ Idem.

vista de teoría del derecho, un derecho encuentra su justificación, para ser considerado como tal por reunir las características que se establecen en la definición teórica que se ofrezca de los derechos; así finalmente, para el nivel de análisis sociológico o historiográfico, un derecho fundamental tendrá justificación en la medida en que se haya realizado en la práctica o haya tenido alguna relevancia histórica¹².

El doctor Carbonell desde su postura constitucionalista habla de la importancia de que estos derechos estén implícitos en el texto constitucional y que deben ser justificados atendiendo a una relevancia histórica y en mi punto de vista también debería de atenderse una parte social, ya que por ejemplo, la intrusión ilegal a la intimidad realizada por medios informáticos, es un fenómeno social que no tiene muchos años pero que por el avance de la tecnología se desarrolla de forma exponencial vulnerando este derecho de forma cotidiana, sin que la legislación mexicana haya atendido este problema y el cual repercute y afecta diariamente a parte importante de la sociedad mexicana.

El doctor César Landa en este sentido nos aporta que:

Se puede señalar que los derechos fundamentales constituyen una constante histórica y teórica en todas las latitudes y marcan un horizonte social y temporal, datos los profundos alcances de su poder transformador con la sociedad, que el iuspositivismo definitivamente no logra comprender con sus categorías normativas. En ese sentido, el desarrollo del pensamiento constitucional de los derechos fundamentales, debe partir de reconocer las necesidades históricas de libertad y justicia de cada realidad, como fuente de objetivos a realizar; pero no de manera abstracta e intemporal, sino como necesidades concretas y particulares de los hombres y las sociedades, en tanto

¹² Ibidem

*constituyen la base de todo Estado constitucional y democrático, en su forma avanzada o tradicional*¹³.

Para lo cual, se debe partir de reconocer que:

La primera condición de la existencia de todos los seres humanos, que se constata en la historia, es que para vivir primero deben existir, lo que es condición para poder hacer la historia". Si bien, toda persona necesita primun vivere deinde filosofare, esto no supone reducir la condición humana al homo economicus, aunque si reconocer que el trabajo constituye el sistema material de satisfacción de las necesidades de toda persona Bedürfnisbefriedigung.

Hay que recordar que, junto a las teorías de los derechos fundamentales, se encuentran diversas concepciones jurídicas culturales de Estado, sociedad, economía y naturaleza, que deben poner en relación de interdependencia a los derechos fundamentales con las variables culturales de cada Estado constitucional, para afrontar integralmente la teoría y la praxis de los derechos fundamentales.

En este entendido, la realidad constitucional latinoamericana está caracterizada básicamente por la necesidad de desarrollar o de ajustar la dogmática de los derechos fundamentales a las demandas y desafíos contemporáneos; proceso en el cual, el perfeccionamiento de la jurisdicción de la libertad con base en la mirada atenta a la realidad y también a la dogmática europea, ayudará a la recuperación del sentido de la teoría y de la práctica de los derechos fundamentales para el fortalecimiento del Estado democrático constitucional. De lo contrario, los derechos fundamentales quedarán reducidos a

13 Landa Arroyo, César, Teoría de los derechos fundamentales, cuestiones constitucionales, revista mexicana de derecho constitucional, número 6, enero-junio2002, p.52.
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/6/ard/ard3.htm>.

un ejercicio semántico de los mismos y sometidos a los poderes fácticos de turno, experiencia propia de los Estados neoliberales en América Latina

Konrad Hesse por otra parte apunta que; *los derechos fundamentales influyen en todo el derecho*. No solo cuando tienen objeto en las relaciones jurídicas de los ciudadanos con los poderes públicos, sino también cuando regula las relaciones jurídicas entre los particulares. En tal medida sirven de pauta tanto para el legislador como para las demás instancias que aplican el derecho, todas las cuales al establecer, interpretar y poner en práctica normas jurídicas habrán de tener en cuenta el efecto de los derechos fundamentales. Al significado de los derechos fundamentales como derechos subjetivos de defensa del individuo frente a las intervenciones injustificadas del estado corresponde su significado jurídico objetivo como preceptos negativos de competencia. Las competencias legislativas, administrativas y judiciales encuentran su límite siempre en los derechos fundamentales; éstos excluyen de la competencia estatal el ámbito que protegen, y en esa medida vedan su intervención¹⁴.

1.2 Teoría de los Derechos fundamentales

Para comprender un poco más de este complicado tema que son los derechos fundamentales, me parece que es importante conocer de manera general las diversas teorías que dan forma a estos derechos. Y que tan aplicables son en nuestros días.

1.2.1 La Teoría liberal.

Para la teoría liberal, los derechos fundamentales son derechos de libertad que el individuo tiene frente al estado. Esto significa que el individuo tiene

¹⁴ Konrad Hesse, *Escritos Constitucionales*, Madrid, CEC, 1983,s.e.s.p. citado en Gutiérrez, Gutierrez Ignacio-González Auriolés, *Significado de los derechos fundamentales*, Máster en Derechos Fundamentales – Curso 2011/2012 Asignatura: Aspectos subjetivo y objetivo de los derechos fundamentales Materiales para el estudio, Bloque 4, <http://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/11aspectos4.pdf>

asegurada una esfera propia en la que el Estado, entendido según la experiencia histórica como la mayor amenaza para los derechos, no puede entrar. Se trata de un ámbito vital anterior al Estado, no constituido por ninguna norma jurídica; el ordenamiento jurídico que puede hacer es reconocer los alcances de esa esfera preexistente. Los derechos de libertad se entienden también como normas distribuyen competencias entre el Estado y los individuos, señalando en cada caso lo que pueden y lo que no pueden hacer¹⁵. Es este tipo de derecho vemos implícito el derecho fundamental de intimidad que es nuestro tema a estudiar en este trabajo.

1.2.2 La Teoría Institucional.

Para los Institucionalistas, los derechos fundamentales ordenan ámbitos vitales objetivos tendientes a la realización de ciertos fines; los derechos, desde esta óptica, reflejan circunstancias vitales y al regularlas, las asumen y les confieren relevancia normativa.

No consideran a la Ley como una simple invasión de los derechos, sino que se contempla como un instrumento adecuado de concretización de los mismos.¹⁶

Desde el punto de vista de esta teoría al institucionalizar los derechos fundamentales tenemos la capacidad de darles una relevancia legal que a la vez permite reconocerlos y protegerlos.

1.2.3 La Teoría axiológica.

Toma como punto de partida la teoría de la integración, es decir, para esta teoría los derechos reciben su contenido objetivo del fundamento axiológico de la comunidad política en la que se quieren aplicar; son por tato, expresión de decisiones axiológicos que la comunidad adopta para sí mismo.

¹⁵ Landa Arroyo, César, Teoría de los derechos fundamentales, cuestiones constitucionales, revista mexicana de derecho constitucional, número 6, enero-junio2002, p.58
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/6/ard/ard3.htm>.

¹⁶ *Ibidem*, p.59

Esto se refiere a que estos derechos reciben tal o cual, significado en virtud del carácter político de una sociedad en particular, atendiendo a la expresión de estas decisiones axiológicas que se adoptan para esa sociedad o comunidad, sin embargo, me parece que los derechos fundamentales no pueden recaer en esta teoría porque entonces perderían la esencia de esos derechos naturales concernientes a todo ser humano en todo el mundo.

1.2.4 La Teoría democrático-funcional.

Las repercusiones de la teoría democrática funcional para la interpretación de los derechos son por una parte la funcionalización de la libertad para el fortalecimiento del proceso democrático.¹⁷

Sin lugar a duda una democracia se ve fortalecida a través del respeto de los derechos humanos hacia sus ciudadanos, sobre todo cuando estos se institucionalizan y se vuelven de observancia obligatoria.

1.2.5 La Teoría del Estado Social.

El punto de partida de la teoría de los derechos fundamentales en el Estado social, explica Böeckenförde, es la sustitución del espacio vital dominado de autarquía individual por el espacio social de relaciones y prestaciones sociales efectivas.¹⁸

Esta teoría está encaminada al pensamiento de Rousseau, donde para obtener el bien común debemos renunciar a ciertos privilegios individuales, sin embargo, eso resulta un tanto subjetivo, ya que muchas veces las imposiciones que hace el Estado pueden ser violatorias de los derechos fundamentales y es ahí donde debe existir una ponderación objetiva, donde se vean privilegiados los derechos humanos, por ser innatos y naturales al hombre.

Tenemos entonces que los derechos fundamentales pueden considerarse como los derechos humanos que están plasmados en la Ley Suprema de una

¹⁷ *Ibidem*, p.59

¹⁸ *Ibidem*, p.61

Nación, es decir, en la Constitución, que son derivados de un proceso evolutivo en la sociedad, históricamente podrían verse como las medallas que se han obtenido de varios procesos revolucionarios, donde se ha peleado entre otras cosas por el reconocimiento de estos derechos. En algunas sociedades han recibido más este reconocimiento que en otras, gracias a los estudios profundos que se han venido realizando, apoyándose de los procesos metodológicos jurídicos adecuados para dar un empuje importante a estos derechos, en el caso de México, me parece que es un típico caso de América Latina, donde a pesar de los esfuerzos que se han realizado por grandes juristas, no se han obtenido los logros deseados, ya que permanecen varios factores mediáticos que permean y no dejan que se atiendan las investigaciones serias, pero a pesar de ello, hay que tener confianza en que estos derechos cada vez serán más tomados en serio en la sociedad mexicana y nuestra obligación como estudiosos de las leyes es fundamentar la importancia de los mismos.

A través de las diferentes teorías podemos comprender los diferentes postulados que se han presentado para realizar cambios o adecuaciones a estos derechos, atendiendo los diferentes argumentos presentados por cada una de estas teorías.

Estos derechos son producto de la misma evolución del hombre y de sus revoluciones y cambio de pensamiento, muchos de estos derechos se han adquirido a través de sangre, es decir de los diferentes movimientos bélicos que se han dado a través de la historia en donde se ha buscado la dignificación del hombre siendo los más representativos en esta forma la Revolución francesa y la Revolución norteamericana o también han surgido como un medio de control positivo, por una necesidad de mostrar al mundo y darle fuerza a los derechos humanos, como en el caso de la Segunda Guerra Mundial, donde la mayoría de naciones se unieron para reconocer los derechos naturales, inalienables e irrenunciables a los que todos somos susceptibles de poseer, muchas de estas

naciones los han ido incorporando a sus leyes máxima internas, en el caso de México; La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero ya que esto aplicado es un derecho interno de cada Estado, su clasificación, orden importancia y adhesión, ha sido diferente en cada caso, me parece que atendiendo a la necesidad social o política de cada Estado, pero ya que en estos momentos la sociedad global presenta cambios importantes en diferentes temas como tecnología, ciencia, ecología, cultura, terrorismo, etc.

Es importante que estos Estados, hablando en particular en el caso de México, atienda la importancia de incorporar o reconocer un derecho tan fundamental como el derecho a la intimidad, como lo han hecho otras naciones como España, siendo este el caso más cercano a nuestra sociedad y regulación jurídica, Alemania y Estados Unidos.

Ya que estos derechos fundamentales son considerados como tales en la medida que constituyen instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas, pues preservan los bienes básicos necesarios para poder desarrollar cualquier plan de vida de manera digna.

En estos momentos que los derechos fundamentales ya están siendo parte de una cuarta generación es importante que México los atienda desde su parte primaria donde se busqué conseguir los siguientes objetivos:

- ✓ Proteger derechos fundamentales que no han sido concebidos como tales por el Estado Mexicano, protegiendo a su sociedad por el simple hecho de tener derecho a la dignidad humana y su reconocimiento.
- ✓ Atender Instrumentos Internacionales en materia de derechos fundamentales para lograr un mayor desarrollo en nuestra sociedad.
- ✓ Buscar un desarrollo en estos derechos tomando como referencia algunos puntos comparativos con otras naciones para alcanzar una mayor eficacia en nuestro sistema de justicia.

✓ Buscar como una máxima la protección de la dignidad humana con independencia de sus gustos personales, de sus preferencias o de cualquier otra circunstancia que pueda caracterizar la existencia de una persona.

1.3 Derechos de la personalidad.

En el caso de nuestro país, el derecho de intimidad hasta el momento es considerado un derecho de personalidad, por lo cual es importante abordar de manera general el concepto de dichos derechos en esta investigación, para lograr una mayor comprensión de carácter legal y social, y a partir del mismo lograr propuestas más certeras de la protección penal de este derecho de intimidad, como se da en el caso de otras naciones, como España, donde hay una regulación clara a este tema y que merece ser tomado en cuenta para alcanzar avances en la sociedad mexicana.

Los derechos de personalidad son derechos vistos desde la materia civil, esto nos genera algunos limitantes para que algunos preceptos se les permita interactuar con otras materias del Derecho, y se les pueda legislar desde esa interacción, como, la creación del tipo penal para la protección ante la vulneración del derecho de intimidad, ya que se considera que son cuestiones que deben ser resueltas entre estos particulares.

Uno de estos conceptos del derecho de personalidad nos lo ofrece Ferrara diciéndonos que: “Los derechos de la personalidad son los derechos supremos del hombre, aquellos que le garantizan el goce de sus bienes personales. Frente a los derechos de los bienes externos, los derechos de la personalidad nos garantizan el goce de nosotros mismos, asegurando en particular el señorío de su persona, la actuación de su propias fuerzas físicas y espirituales¹⁹”

¹⁹ Mendoza Martínez, Lucía Alejandra, “La acción civil del daño moral” Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2014, México.

Este concepto nos dice que los elementos esenciales son derechos supremos del hombre que les permiten dar uso y goce de sus bienes personales, en este sentido estaríamos hablando de los derechos reales y de la facultad que tiene el hombre de poseerlas y disfrutar de los mismos, pero a la vez nos aporta otro sentido donde nos dice que estos derechos de personalidad nos ofrecen el goce, o en otras palabras la facultad de decidir cada uno sobre nuestra persona y la actuación que tenemos de la misma.

Otro concepto nos lo da Castan Tobeñas y nos dice que los derechos de personalidad son: “Aquellas facultades concretas de que esta investido todo el que tiene personalidad. Constituyen un núcleo fundamental” y el objeto de estos derechos no lo podemos encontrar ni en la persona ni en el titular de los mismos ni en los demás sujetos pasivos u obligados a respetarlos, “sino en los bienes constituidos por determinados atributos o cualidades físicas y morales, del hombre individualizados por el ordenamiento jurídico”²⁰

Aquí Castan nos da esta definición donde nos dice que la conformación de las facultades que tiene el hombre es lo que crea estos derechos de personalidad y que estas facultades deben estar reguladas jurídicamente, lo que nos deja en esta limitante, por ejemplo, con el derecho de intimidad, ya que si bien es cierto podemos considerar que la intimidad es un conjunto de estas facultades que sí dotan de una personalidad a cada ser humano, no podemos perder de vista que este derecho es parte de la esencia misma del ser humano y no podemos separarlo de él, exista o no una regulación jurídica sobre el mismo, es una cuestión que es inalienable e irrenunciable de cada ser humano y está vinculado directamente a la dignidad, la cual es una máxima que cualquier hombre necesita

²⁰ Castán Tobeñas José, “Los derechos de la personalidad”, Ed. Reus, 1958, Madrid, España.

en su vida para desarrollarse plenamente, esto lo podemos reforzar con la idea que nos aporta Alfredo Bazúa donde nos dice:

*“Los derechos de personalidad son derechos naturales y han existido siempre en todos los tiempos y para todas las personas humanas, son innatos en el sentido de que los tiene toda persona desde su nacimiento y no hay ninguna persona humana que no los tenga y desde luego son inalienables e imprescriptibles como corresponde a su naturaleza de derechos personalísimos. Y nos dice que el fundamento por tanto de los derechos de personalidad, nunca es la ley positiva, la cual solo los declara y tiene obligación de protegerlos, pues la persona humana es en orden de importancia es en orden de importancia anterior al orden jurídico”*²¹.

Kant expone en la *Metafísica de las costumbres*:

Los deberes de virtud hacia otros hombres, nacidos del respeto que se les debe. En primer lugar, tiene obligaciones para consigo mismo, lo que significa que el propio hombre en tanto que es un ser racional dotado de libertad moral, se da a sí la ley y las obligaciones para con los otros, que son obligaciones de respeto “El hombre es en sí mismo una dignidad” pues no puede ser utilizado por otro como un mero medio, sino siempre como fin²².

Debemos tener en cuenta como acertadamente lo dice Kant, el respeto que nos debemos unos a otros, así como a nuestra propia persona resulta una cuestión esencial para la conformación de la personalidad y de las facultades morales que nos permiten actuar de manera correcta, haciendo eslabones fuertes que consoliden una mejor sociedad.

La definición real de la persona debe contener en su predicado inmediato la referencia al hombre. Así pues, persona es el ser humano, y personalidad es la

²¹ Bazúa, Whitte Alfredo, *Los derechos de la personalidad. Sanción civil a su violación*. Colección colegio de notarios del Distrito Federal, Porrúa, México, 2004, p. 51.

²² Kant, Emmanuel, *Crítica de la razón práctica*. Alianza editorial, Madrid, 2000, p. 250

naturaleza jurídica del hombre, como valor superior fundamental, titular de derechos innatos. La personalidad es la condición de la persona. Jurídicamente entendida es también la cualidad que distingue al hombre sobre todos los demás seres vivos, y la dimensión que presenta en relación con los demás.

Una noción que se hace imprescindible abordar a fin de profundizar en la doctrina sobre los derechos inherentes a la personalidad es la de derechos subjetivos. Los mismos son definidos por los catedráticos españoles Luis Díez Picazo y Antonio Gullón del siguiente modo:

“El poder dado a un sujeto por la norma jurídica. La prerrogativa reconocida por el orden jurídico para provecho de un particular, en tanto una persona y miembro de la comunidad, para que despliegue una actividad útil a el mismo y al bien común. Pero no están solo esto, sino que también lo constituye el ejercicio extrajudicial de los derechos, ya que ellos existen solo porque se ejerciten ante los tribunales o porque pongan en marcha sanciones”.

Resulta un concepto un poco confuso, nos dice que estos derechos son concedidos al sujeto para que despliegue una actividad útil y al bien común, a diferencia de los derechos humanos que son inherentes al ser humano, en la concepción de este autor, los derechos de personalidad son asignados para una actividad útil y que aporten un bien común, pero, bajo esta concepción el derecho de intimidad ¿no es natural y parte del mismo ser humano?

Celia Ynchausti Pérez y Dolys García Martínez nos dicen que esta doctrina civilista relativamente reciente se refiere reiteradamente a ciertos derechos del hombre de todo hombre por el solo hecho de serlo, que se distinguen del concepto de personalidad pero que están íntimamente ligados a la misma. Los derechos inherentes a la personalidad son una institución puesta al servicio de la persona para cuidar de su dignidad. Hablar de este tipo de derechos sería referirse a todo

un conjunto de bienes, tan propios del individuo, que se confunden con él y constituyen las manifestaciones de la personalidad del propio sujeto

Estrada Alonso, nos dice que:

La construcción de un general derecho de la personalidad, a modo de figura abierta y supletoria que llene los vacíos olvidados por la tipificación especial de cada derecho concreto, puede facilitar las cosas para un futuro no muy lejano en que las agresiones a los atributos de la persona como el sueño, el dolor, la imaginación, la tristeza o la alegría, puedan ser también protegidas jurídicamente.²³.

Pero esto no es más que el reflejo del condicionamiento histórico-temporal que acompaña a esta institución jurídica, que irá enriqueciendo, aumentando, o eliminando algunas de sus manifestaciones según lo exija la realidad jurídico-social imperante.

Esta medida me parece un tanto cuestionable en virtud de que, por ejemplo; el sueño; *es algo que vive en la conciencia de cada persona*, y que al no ser exteriorizada no genera ninguna conducta beneficiosa ni dañina para los otros, me parece que este tipo de posturas a veces son las que restan importancia para que un derecho como el de intimidad sea considerado y respetado.

Por derechos fundamentales o derechos de la personalidad cabe entender un conjunto de derechos inherentes a la propia persona que todo ordenamiento jurídico debe respetar, por constituir en definitiva manifestaciones de la dignidad de la persona y de su propia esfera individual.

Beltrán de Heredia, al sostener:

²³ Gutiérrez y González, Ernesto. *El Patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad y Derecho Sucesorio*. Tercera edición. Editorial Porrúa, S.A, México, D.F. 1990. p. 762 visto en Ynchausti Pérez, Celia, "Los derechos inherentes a la personalidad. El derecho a la identidad personal", <http://www.eumed.net/rev/cccss/19/ypgm.html>.

"Es indudable que carece de sentido el llamado derecho genérico de la personalidad. En verdad, lo que con él se quiere indicar no es sino la capacidad jurídica en su amplio significado de aptitud para ser sujeto de derechos, de toda clase de derechos y por sí sólo no constituye un derecho subjetivo independiente"²⁴.

En esta acepción encontramos otra forma de entender el derecho de personalidad, con el cual coincido en decir que de lo que se está hablando cuando nos referimos al conjunto de facultades que conforman a un ser humano, dentro de estas se ve reflejado la capacidad jurídica que tenemos para exteriorizar estas facultades, pensamientos, anhelos en conductas.

1.3.1 Clasificación de los derechos de personalidad.

Para hablar de los derechos de la personalidad debemos atender primero a la clasificación de los derechos subjetivos, en este caso derechos subjetivos privados que tienen una relación directa con el tema que se viene desarrollando, aunque sea de una forma general, ya que un estudio más profundo nos llevaría a temas que en este momento no son motivo del desarrollo de esta investigación.

Tipos de derechos privados

Ellos se subdividen en tres categorías.

- ✓ Derechos de la personalidad: en los que se desarrolla (el derecho al nombre, a la identidad, al honor, a la fama, a la intimidad etc.)
- ✓ Derechos de familia: son derechos que se atribuyen como consecuencia de la posición en que ésta se encuentra dentro de las relaciones de

²⁴ Beltrán de Heredia Castaño, J., "Construcción jurídica de los derechos de la personalidad", Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 29 de marzo de 1976, pp. 33

naturaleza familiar (derecho entre los cónyuges, derechos derivados de la filiación etc.)

Derechos patrimoniales: son poderes destinados a realizar los fines económicos de las personas Ej. (Propiedad, Usufructo, Arrendamiento) ²⁵.

Las clasificaciones que podemos encontrar son muchas, pero casi todas son coincidentes en sus elementos esenciales como la que nos presenta de Castro, para este autor existen dos grandes especies dentro del género de lo que él denomina «bienes de la personalidad»: bienes esenciales (la vida, la integridad corporal y la libertad) y bienes sociales e individuales (honor y fama, intimidad personal, imagen y condición de autor).

El Maestro Gutiérrez y González, por su parte divide los derechos de la personalidad, para su estudio, en tres grandes campos:

Una parte social pública que incluye el derecho al honor o reputación, el derecho al título profesional, el derecho al secreto o a la reserva, el derecho al nombre, el derecho a la presencia estética y los derechos de convivencia; una parte afectiva que comprende los derechos de afección familiar y de amistad; y una parte físico somática que incluye el derecho a la vida, a la libertad, a la integridad física, los derechos sobre el cuerpo y los derechos sobre el cadáver. Pacheco Escobedo a su vez, separa para su estudio en seis apartados los diversos derechos de la personalidad comenzando por el derecho a la vida, y sigue con los derechos sobre el cuerpo humano propio y ajeno, el derecho sobre el cadáver, el derecho a la libertad personal, y terminar con el derecho a la individualidad (derecho al nombre y los derechos extra-patrimoniales de autor) y

²⁵ Ynchausti Pérez, Celia, *“Los derechos inherentes a la personalidad. El derecho a la identidad personal”*, <http://www.eumed.net/rev/cccs/19/ypgm.html>, p. 34. Investigado el 14 de julio de 2016.

el derecho a la consideración social (derecho al honor y la fama, a la intimidad, y a la propia imagen).²⁶

1.4 Derecho fundamental de intimidad.

Se puede señalar que los derechos fundamentales constituyen una constante histórica y teórica en todas las latitudes y marcan un horizonte social y temporal, dados los profundos alcances de su poder transformador con la sociedad, que el ius-positivismo definitivamente no logra comprender con sus categorías normativas. En ese sentido, el desarrollo del pensamiento constitucional de los derechos fundamentales, debe partir de reconocer las necesidades históricas de libertad y justicia de cada realidad, como fuente de objetivos a realizar; pero no de manera abstracta e intemporal, sino como necesidades concretas y particulares de los hombres y las sociedades.

El derecho a la intimidad el cual se irá desarrollando y es base de esta investigación; aunque hay que aclarar que en el caso particular de México este no es considerado como fundamental, la finalidad de este trabajo es buscar como objetivo la protección de este derecho de intimidad a través de la tipificación de las conductas cometidas en internet que lo lesionan, pero no es cosa sencilla, ya que debemos tener presentes que todo derecho debe respetar a otro.

El derecho de intimidad y el de libertad, incluyendo en este último la libertad de expresión pero en muchas ocasiones resulta complejo la interacción de ambos, es de notar que en últimos tiempos se ha buscado sin éxito realizar sanciones a delitos informáticos que “desde un punto de vista interactúan con el daño a la intimidad” en nuestro país ; esto atiende a la falta de estudios profundos en el tema, no es un tema que pueda tomarse a la ligera, el derecho de intimidad es uno de esos derechos que si no se tiene el suficiente cuidado puede invadir a otros derechos, lo cual en lugar de representar un beneficio social, sería un total

²⁶ *Ibidem.*

retroceso a la evolución que se ha tenido en otros derechos; un ejemplo claro de esta situación la encontramos en la propuesta de Ley que ha realizado la diputada Orta Rodríguez, una muestra de su planteamiento la encontramos en lo publicado en el diario Excelsior de fecha 4 de mayo de 2016:

La diputada local de San Luis Potosí Martha Orta Rodríguez se ganó en redes sociales el mote de #Lady Memes, luego de anunciar que presentará ante el Congreso estatal una iniciativa de ley con la que se pretende criminalizar y sancionar hasta con 4 años de cárcel la difusión en las propias redes sociales de imágenes lesivas o que humillen, entre ellas los memes.

Su iniciativa permitirá castigar a quienes realicen y difundan mensajes gráficos que denuesten a la víctima o mediante imágenes superpuestas o editadas para descalificar, humillar o causar daño emocional o moral²⁷.

La propuesta prevé crear el; *delito de difusión ilícita de imágenes y sonidos*, con una sanción de dos a cuatro años de prisión y multa de hasta 400 salarios mínimos y la pena se impondría; *a quien difunda en internet imágenes o grabaciones lesivas o que humillen.*

Y así como este tenemos otras propuestas fallidas, siendo otra de las más sonadas la llamada: *Ley Fayad* que se abordara en capítulos posteriores.

Ante un análisis de los párrafos anteriores, debemos preguntarnos ¿por qué esta propuesta no fructífero?, si bien, la diputada seguramente la realizo con su equipo de trabajo con la mejor de las intenciones, la falta de estudio a profundidad de derechos resulta evidente, sobre todo del derecho a la intimidad, ya que no cuenta con una metodología que contenga criterios de validez aceptados de los derechos humanos, derechos fundamentales o garantías individuales, y menos

²⁷ *#LadyMemes, la diputada que propone cárcel a quien difunda memes*, Diario Excelsior en internet, 4 de mayo de 2016, sección Redacción, Investigado 13 de mayo de 2016, 7:09 hrs.
<http://www.excelsior.com.mx/nacional/2016/05/04/1090536>

una justificación social para un tipo penal; en este sentido, debemos tener presente que para que se regule de forma penal, lo que implica sanciones de prisión y/o multas pecuniarias a los gobernados de un Estado, y estas sanciones impuestas por el Estado deben estar plenamente justificadas socialmente, donde las conductas dañinas que realiza el sujeto hacia el pasivo tienen tal impacto negativo a la sociedad que necesitan ser reguladas y sancionadas.

Lo menos que necesitamos son sanciones excesivas que no tienen razón de ser, en primer lugar, no podemos sancionar de la misma forma a alguien que realiza o difunde un llamado meme de igual forma que alguien que utiliza los medios informáticos atentando contra la dignidad humana, lesionando el derecho de intimidad, y además en muchos casos sacando un provecho personal, en este sentido tenemos que imaginarnos el retroceso que esto implicaría a otros derechos que han ido ganando batallas para ser protegidos como, *la libertad de expresión*.

Por lo cual es importante delimitar los campos de acción de ambos derechos; derecho de intimidad y derecho a la libertad de expresión, para que estos sean respetados y se procuré no atentar el uno con el otro, sino por el contrario logren complementarse, y esto solo puede conseguirse a través de un estudio puntual.

Todos nacemos libres y tenemos derechos a una vida digna, por esto mismo, es de vital importancia comprender que todo ser humano tenemos el derecho a una vida privada; la vida privada se configura en base a dos ámbitos, uno interior, referido al individuo y que afecta a su moralidad, a su psique, a su pensamiento y a su cuerpo y otro externo, donde se le atribuyen al sujeto las mismas facultades que sobre sí mismo, pero con referencia a los demás. Forman parte de ambos los datos a él relativos, su domicilio, sus comunicaciones, sus relaciones personales y afectivas, la familia y lo físico, entre otros.

Al respecto de esta vida privada la Suprema Corte de Justicia de la Nación en tesis de jurisprudencia ha sostenido que:

La Ley no da un concepto de vida privada de una manera explícita, pero sí puede decirse que lo contiene implícito, toda vez que los artículos siguientes se refiere a los ataques a la Nación Mexicana a las entidades políticas que la forman, a las entidades del país y a la sociedad. Para determinar lo que es vida privada puede acudirse al método de exclusión y sostener que vida privada es aquella que no constituye vida pública. Precisando dicho concepto, puede afirmarse que la vida que observan los funcionarios con este carácter, es decir, en el desempeño de su cargo y que es lo que interesa a la sociedad, se opone a las actividades del individuo como particular, a sus actividades en el hogar y en la familia, esto da la tónica para considerar cuales fueron los ataques que la Ley de Imprenta quiso reprimir en la fracción I y en la IV del artículo 1° de la Ley de Imprenta. Allí se contiene una limitación a las garantías de los artículos 6° y 7° constitucionales, pero se refiere a la vida privada, no a la que observan los funcionarios en el desempeño de su cargo. ²⁸

La Suprema Corte de Justicia de la Nación realiza una exploración jurídica donde nos refiere que a pesar de no contar la ley mexicana con un concepto claro acerca de la vida privada, lo que podría ser subsanado al comprender el derecho de intimidad como un derecho fundamental, plasmándolo en nuestra Carta Magna como en el caso de España. La suprema corte utilizando el método de exclusión acerca más este concepto a los gobernados al sostener que la vida privada es aquella que no constituye vida pública, me parece que este concepto resulta aún muy general ya que al parecer este concepto se refiere únicamente a los funcionarios, y nos hace una pertinente aclaración donde nos manifiesta que debe respetarse sus actividades como particular y a su familia, es decir su esfera privada y todo lo concerniente a ella, este es un avance importante que nos permite trazar una guía hacia el derecho de intimidad sin transgredir el derecho de información o la libertad de expresión, lo cual resulta interesante sobre todo en un país como el

²⁸ Carbonell Sánchez, Miguel, *Derechos fundamentales en México*, México, editorial Porrúa; edición 6, 2014, p. 130.

nuestro donde las relaciones interpersonales comúnmente se ven unidas a las laborales, o donde algunos funcionarios públicos exigen un respeto en aspectos donde la rendición de cuentas se ven inmiscuidos.

Sin embargo, el camino a investigar resulta bastante interesante de explorar, ya que en esta acepción no se contempla un concepto de vida privada para un gobernado común, la cual sería importante de aclarar para que al ser transgredido este derecho natural de cualquier ser humano se pudieran buscar los medios correctos jurídicos para su protección.

Para este sentido es importante conocer lo que nos dicen los derechos humanos de la privacidad e intimidad del ser humano.

En los derechos humanos; el derecho a la intimidad, le corresponde el artículo doceavo que a la letra nos dice: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra y su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”²⁹

Los derechos humanos son el resultado de un proceso histórico donde las guerras y el derramamiento de sangre han sido una constante y donde la dignificación del ser humano han sido su prioridad en busca de una sociedad más armónica, donde estos derechos buscan evitar nuevamente estas tragedias por lo cual me parece importante atender lo que nos dice la Declaración Universal de los Derechos Humanos sobre el derecho de intimidad:

✓ Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su domicilio o su correspondencia

Esto tiene el fin de proteger a todos y cada uno de los seres humanos que habitamos el globo terráqueo, sobre las intromisiones abusivas que se pueda tener en la vida de cada uno de nosotros, en este punto, por lo general, por lo menos en

²⁹ “Derecho de intimidad”, Declaración de Derechos Humanos, <http://mx.humanrights.com/what-are-human-rights/videos/right-to-privacy.html>

nuestro país esta idea la relacionamos automáticamente con las intromisiones que pueden realizar la autoridad hacia el particular, los indebidos procesos que realiza la procuración de justicia con diferentes fines, sin embargo, este derecho también nos habla sobre la intromisión abusiva y perjudicial de particulares frente a particulares.

✓ ... ni de ataques a su honra y su reputación.

En este punto comprendemos que la honra y la reputación, es vital para todos, ya que a través de él mantenemos nuestra dignidad como personas para desarrollarnos plenamente

✓ toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”

En este punto se establece la obligación del Estado para crear leyes que sancionen conductas que lesionen el derecho de intimidad, por cualquier medio, incluyendo los medios informáticos.

Art. 6 de la Constitución de Veracruz

“Las autoridades del Estado promoverán las condiciones necesarias para el pleno goce de la libertad, igualdad, seguridad y la no discriminación de las personas: así mismo, garantizarán el derecho al honor, intimidad personal y familiar y al libre desarrollo de la personalidad”³⁰

En este artículo podemos encontrar un importante precedente para que el derecho de intimidad sea protegido, de una forma constitucional local, y que las conductas contrarias a este artículo puedan ser sancionadas en nuestro país.

El jurista Dienheim Barriguette señala que:

³⁰ Constitución Política del estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, ÚLTIMA REFORMA PUBLICADA EN LA GACETA OFICIAL: 29 DE AGOSTO DE 2013, http://www.veracruz.gob.mx/oficinadelgovernador/files/2014/06/CONSTITUCION_POLITICA_29_08_13.pdf

La necesidad de intimidad es inherente a la persona humana, ya que para que el hombre se desarrolle y gesticule su propia personalidad e identidad es menester que goce de un área que comprenda diversos aspectos de su vida individual y familiar que esté libre de la intromisión de extraños 31.

Y que debemos entender que todos los seres humanos tenemos una *vida privada* conformada por aquella parte de nuestra vida que no está consagrada a una actividad pública y que por lo mismo no está destinada a trascender e impactar a la sociedad de manera directa y en donde en principio los terceros no deben tener acceso alguno, toda vez que la actividad que en ella se desarrollan no son de su incumbencia ni les afectan.

El respeto a la vida privada y a la intimidad tanto personal como familiar se constituye en un valor fundamental del ser humano, razón por la cual el derecho se ha considerado importante tutelarlos y dictar medidas para evitar su violación, así como para intentar subsanar los daños ocasionados.

De esta forma surge el llamado derecho de intimidad, como un derecho humano fundamental por virtud del cual se tiene la facultad de excluir o negar a las demás personas del conocimiento de ciertos aspectos de la vida de cada persona que solo a esta le incumbe.

Considera que la conducta del Estado en lo que respecta a la protección de la vida privada (derecho de intimidad) en sus múltiples aspectos no debe concretarse únicamente a una conducta pasiva del Estado, es decir, a un no hacer y a respetar esas áreas destinadas de manera exclusiva al particular como ocurre tradicionalmente en las garantías de libertad, sino que la conducta del Estado debe ser activa como ocurre en las garantías de legalidad realizando actos y tomando

31 Dienheim, Barriguetta, "El derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen", septiembre-octubre de 2002, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/57/pr/pr28.pdf> p' <g.

providencias tendientes a evitar la violación de esos derechos, no solo con el respecto a sus autoridades, sino también con respecto a otros particulares.

En los dos ámbitos de la vida privada el sujeto es igualmente soberano y poseedor del derecho a controlar todo lo a ella referido.

Es importante reglamentar el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, delimitando bien las fronteras entre unos y otros y estableciendo los medios para salvaguardarlos y para restituir a los afectados cuando estos hubieren sido vulnerados.

Dienheim Barriguette nos indica que el derecho a la intimidad es:

Una facultad subjetiva reconocida a favor de la persona física, de no permitir la intromisión de extraños, en lo que respecta al ámbito de su reserva individual, sin perjuicio de las limitaciones normativas que de manera expresa se establezcan o de costumbres y usos sociales prevalecientes en una época y lugar determinados³².

Nos dice también que es necesario un espacio privado intocable, un espacio íntimo que se constituiría como el *ámbito de intimidad* un ámbito sobre la cual no es posible injerencia externa alguna, y tanto porque se trata de una información que no afecta ni impacta a la sociedad, ni a los derechos de los demás, por referirse aspectos estrictamente personales o familiares, como porque el uso o conocimiento de esa información, sin aportar ningún beneficio o utilidad a la sociedad, puede ser origen o causa de acciones discriminatorias frente a las cuales el individuo quedaría en absoluto estado de indefensión.

Alejandro nos dice que esto lo refieren algunos autores como *información susceptible o sensible* y que en este sentido se agrupa la información sobre el

³² Dienheim, Barriguette, #El derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen”, septiembre-octubre de 2002, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/57/pr/pr28.pdf> p'<g.

origen familiar, social y racial, las convicciones o preferencias políticas, las creencias y filiaciones religiosas, las preferencias y prácticas sexuales.

Información todo ella que corresponde a la propia concepción del individuo sobre si mismo, que no afecta ni interesa más que al propio individuo y a quienes él libremente se la quiera compartir. Esto sería lo que podríamos denominar el núcleo duro de la intimidad, a cuya información solo sería posible el acceso en casos gravemente justificados por su posible impacto social y mediante estrictos controles, de preferencia judiciales y vedándose de manera absoluta su inclusión en bancos de datos de uso público.

La protección de la intimidad es un derecho fundamental que en los tiempos recientes ha adquirido relevancia insospechada. Ello principalmente se debe a los avances tecnológicos en materia de informática y de las comunicaciones que nos hacen cada vez más vulnerables ante intromisiones indebidas en aspectos de nuestra vida que deben permanecer ajenas a extraños.

El derecho de la intimidad es un derecho fundamental porque implica una defensa frente a la intromisión del Estado o de la comunidad, sino también porque su plena vigencia posibilita el desarrollo integro de la personalidad del individuo.

Frente a la tecnología

Así la intimidad y el derecho a su respeto adoptan en la actualidad un entendimiento positivo, que no reduce a este derecho a la exclusión ajena del conocimiento de la información relativa a la persona y a su familia, son que por el contrario, alcanza también a la posibilidad que la persona controle la información a que ella se refiere, de suerte que pueda ejercitar su derecho a la exclusión ajena del conocimiento de la información relativa a la persona y a su familia sino por el contrario, alcanza también a la posibilidad de que la persona controle la información que a ella se refiere, de suerte que pueda ejercitar su derecho a oponerse al tratamiento de determinados datos personales cuando sean utilizados de forma abusiva o ilícita

La importancia del derecho de intimidad radica en el reconocimiento de que no es suficiente proteger los derechos tradicionales como el derecho a la vida, sino que también es importante remover los obstáculos para disfrutar de una vida plena, sin intromisiones ni obstáculos de ninguna forma

Para Muñoz de Alba Medrano:

El derecho a la intimidad o la vida privada quedaría configurado como “aquel ámbito de libertad necesario para el pleno desarrollo de la personalidad, espacio que debe estar libre de intromisiones ilegítimas y que constituye el presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos.”³³

El derecho de intimidad corresponde a la clasificación de derechos de libertad dentro de los derechos fundamentales

El doctor Miguel Carbonell Sánchez nos dice:

Que el derecho a la intimidad se asocia con la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, es necesario para mantener una calidad mínima de vida. En sus inicios, el derecho a la intimidad es un derecho a la soledad, a ser dejado en paz, sin ser molestado por los demás.³⁴

La intimidad como bien jurídico

Carbonell nos dice que el ámbito de protección que se genera a partir del derecho a la intimidad no es fácil de determinar, puede ser muy variable de país en país y desde luego no es algo estático en el tiempo, sino que puede ir evolucionando de forma importante.

Otros autores proponen distinguir entre la intimidad, la privacidad y la publicidad; para el estudio de los derechos fundamentales lo interesante sería determinar el contenido tanto de la intimidad como de la privacidad a fin de

³³ Muñoz de Alba Medrano Marcía, “Del derecho a la intimidad al conocimiento de la información genética”, Investigación del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pág. 232. http://www.anmm.org.mx/bgmm/1864_2007/1996-132-2-231-238.pdf

³⁴ Carbonell Sánchez, Miguel, *Derechos fundamentales en México*, México, editorial Porrúa; edición 6, 2014, p. 136.

proceder a su vez a la determinación del bien jurídico objeto de la tutela por el ordenamiento jurídico.

Conforme se ha ido desarrollando, el derecho de la intimidad ha ido transitando de la protección de una esfera de soledad a la determinación de un ámbito protegido en las relaciones sociales.

“El derecho a la intimidad corresponde la posibilidad de que una persona conozca, acceda y tenga control sobre las informaciones que le conciernen, tanto a ella como a sus familiares, dando lugar a lo que algunos autores han llamado el *derecho a la autodeterminación informativa*, que a su vez guarda estrecha relación con la protección de datos personales.”³⁵

El derecho a la autodeterminación 136 y 239 informativa supone que la persona tenga la posibilidad de elegir qué información de su esfera privada puede ser de conocimiento o que otra debe permanecer en secreto, así como la facultad del propio sujeto para determinar quién y bajo qué condiciones puede utilizar esa información. Desde luego, la autodeterminación informativa no puede servir como excusa para evitar que se den a conocer conductas delictivas o para que se encubra la falta de idoneidad de una persona para ocupar un cargo público.

En nuestro tiempo la intimidad se ha visto crecientemente puesta en peligro por:

- ✓ El desarrollo de sistemas tecnológicos que permiten a otras personas tener gran capacidad de intrusión en nuestra vida privada
- ✓ Por la facilidad generada por los avances tecnológicos para tener acceso a una gran cantidad de datos personales³⁶.

Conforme al derecho estadounidense, puede hablarse de violaciones a la intimidad al menos en los seis siguientes casos

³⁵ *Ibidem*, p. 239.

³⁶ Cfr, Carbonell, Miguel, *Una historia de los Derechos Fundamentales*, serie doctrina jurídica, Ed. Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México- Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2014, México, p.9.

1. Cuando se genere una intrusión en la esfera de los asuntos privados ajenos
2. Cuando se divulguen hechos embarazosos de carácter privado
3. Cuando se divulguen hechos que susciten una falsa imagen para el interesado a los ojos de la opinión pública
4. Cuando se genere una apropiación indebida para provecho propio del nombre o de la imagen ajenos
5. Cuando se revelen comunicaciones confidenciales, como las que se pueden llevar a cabo entre esposos, entre un defendido y su abogado, entre un médico y su paciente o entre un creyente y un sacerdote

El privacy right, es una gran aportación que han hecho los doctrinarios americanos en protección de la esfera de privacidad, por ser uno de los primeros pueblos en considerar los derechos humanos parte de todo ser humano, claramente su avance en estos derechos es mayor al de otros pueblos como el nuestro, en el apartado anterior podemos darnos cuenta que la protección de sus derechos va muy encaminada a la protección de la imagen y del honor, y de las relaciones familiares, o donde existe cierto grado de confidencialidad como es ámbito religioso y médico.

La intimidad debe estar protegida frente a dos tipos de amenazas:

- ✓ La acción o intrusión en un espacio o zona propia
- ✓ Y el conocimiento o intromisión informativa sobre hechos, datos o aspectos relativos a la vida privada de una persona.

Puede hablarse, en consecuencia, de una intimidad *territorial* y de una intimidad *informativa*, que también puede llamarse confidencialidad.

Ronald D Workin checarlo según el *dominio de la vida*.

La intimidad informativa protege las informaciones relativas a la vida privada de las personas; para determinar el alcance del concepto de *información*

protegida puede acudirse a dos criterios fundamentales; uno de carácter objetivo y otro de carácter subjetivo.

Se puede considerar información protegida objetivamente la que se considere como íntima según los estándares sociales dominantes en la medida que se proyecta sobre los más básicos aspectos de la autodeterminación como persona. Será información protegida subjetivamente la que el titular del derecho decida voluntariamente reservar del conocimiento ajeno con independencia de su contenido.

Derecho de intimidad en la familia.

El derecho a la intimidad tiene, una proyección horizontal en la medida en que puede oponerse por un particular frente a otro particular. ³⁷

Concepto derecho a la intimidad tribunal constitucional español.

Es muy importante tener en cuenta que el derecho a la intimidad impone a los poderes públicos la obligación de adoptar cuantas medidas fuesen necesarias para hacer efectivo aquel poder de disposición y preservar de potenciales agresiones a ese ámbito reservado de la vida personal o familiar, no accesible a los demás; en especial, cuando la protección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionales protegidos pueden justificar ciertas informaciones relativas a una persona o a su familia sean registradas y archivadas por un poder público

En España el derecho fundamental a la intimidad está plenamente reconocido en su Constitución, como a continuación textualmente se cita

La Constitución española de 1978.

Título I. De los derechos y deberes fundamentales

Capítulo segundo. Derechos y libertades

Sección 1.^a De los derechos fundamentales y de las libertades públicas

³⁷ Carbonell Sánchez, Miguel, *Derechos fundamentales en México*, México, editorial Porrúa; edición 6, 2014, p. 450.

Artículo 18

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

2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.³⁸

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo español señala que:

*Los derechos de intimidad personal y la propia imagen están garantizados por el artículo 18 de la Constitución Española, forman parte de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas, destacando la necesaria protección frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias que pertenecen a la intimidad. Por intimidad, por tanto, se puede entender diversos conceptos, siendo significativo estos conceptos que la terminología usada para referirse a dicho concepto varia en los distintos países, Así en Italia se habla de **riservatezza**, en Francia de **vie privéé**, en los países anglosajones de **privacy** y en Alemania **privatsphäre**, pero que vienen a coincidir en la existencia de una esfera de privacidad que cabe considerar secreto en el sentido de ser facultad de la persona su exclusión del conocimiento de terceros.*

*El Código actual ha hecho además especial referencia a la llamada **libertad informática** ante la necesidad de conceder a las personas.*

1.5 Derecho a la propia imagen.

La imagen humana individualiza a las personas y las distingue de los demás, les confiere una proyección externa que aporta elementos para conocer su modo de ser personal. La imagen humana es un reflejo, una representación de toda la persona en su conjunto, pero-como es generalmente reconocido la parte del cuerpo que mejor plasma la personalidad del hombre es la cara.

La imagen de una persona constituye una realidad autónoma y susceptible por sí misma de una protección jurídica. Es pues, un interés digno de ser protegido que queda acreditado con la innegable posibilidad de atentados a la intimidad, a la vida privada de una persona o incluso al honor de ésta, mediante la difusión inconsiderada de reproducciones de su imagen.

Este derecho a la propia imagen consiste en que todas las personas tenemos en exclusiva el poder de reproducirla, exponerla e incluso publicarla y por supuesto, comerciar con ella. Por lo tanto, ninguna otra persona puede hacerlo sin nuestro consentimiento y en ello está el centro de la relación jurídica, ya que el titular de este derecho mediante el consentimiento, puede desprenderse de algunas facultades del mismo para trasladarlas a otra persona, en este acto puede mediar precio o no. De este consentimiento dependerá la licitud o ilicitud de la publicación de una imagen, pero ¿qué sucede en este punto con las redes sociales? Cuando nosotros subimos una imagen a nuestro perfil, algunos considerarían que con el simple hecho de estar realizando este acto estamos otorgando este consentimiento, ya que la programación de estas redes sociales nos dan la facultad de descargar, guardar y manipular fotos de otras personas casi a nuestro antojo, pero me parece que aquí hay una falta de precisión técnica, porque si bien es cierto que para poder pertenecer a estas comunidades, aceptamos un contrato donde les damos a estas compañías informáticas el acceso

a nuestra información, fotos, publicaciones, ubicaciones, etc. En ningún momento damos esta facultad a otro particular para manipular nuestra imagen, hablando de personas que no pertenecen a un medio público.

Mercedes Galán Juárez nos dice:

Que el derecho a la propia imagen puede definirse, desde un punto de vista positivo como la facultad que el ordenamiento jurídico concede a la persona para decidir cuándo, por quién y de qué forma pueden ser captados, reproducidos y/o publicados sus rasgos fisonómicos reconocibles, así como su voz o su nombre". Desde un punto de vista negativo puede ser definido como el "derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales desde su figura sin consentimiento del sujeto. ³⁹

Este es un concepto que abarca el derecho a la propia imagen desde las dos perspectivas, la positiva y la negativa, lo cual es muy adecuado para tener muy claro el concepto de la propia imagen, entonces tenemos que

1.6 Derecho de honor

La doctora Luz del Carmen Martí nos dice que en el derecho de honor:

Se ha recurrido a vincular tres elementos que permiten connotar el concepto del honor como derecho fundamental: el primer elemento es el derecho a la propia estimación, el buen nombre o reputación: en este primer momento, se requiere establecer cuál es nuestra concepción subjetiva acerca de nosotros mismos de nuestro propio valor, inherente a nuestra propia dignidad como personas; esta connotación se ve complementada con un segundo elemento, que es el derecho que posee toda persona a su reputación, ganada a lo largo de su vida frente a terceros, dimensión objetiva en que entran en juego ya factores externos como buen nombre, estima prestigio profesional, etcétera; el tercer elemento que se

³⁹ Galán Juárez Mercedes, "Intimidad: Nuevas dimensiones de un viejo derecho", Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. S.A. p. 43.

conjuga para delimitar la idea de honor, es que se trata de un concepto dependiente de las normas, valores e ideas sociales de cada momento, lo cual no es difícil de entender, ya que con ello se identifica conceptos jurídicos indeterminados, de los cuales no es posible elaborar un concepto incontrovertible y permanente.⁴⁰

El derecho a la propia imagen es un elemento esencial en la esfera de privacidad, como bien apunta la doctora Luz del Carmen Martí, derecho a la propia estimación, podemos considerarlo como el valor que cada persona da a su persona, tomando como referentes parámetros aplicables a la sociedad.

El segundo elemento es la reputación, el cual, es esa *fama*

Para Castán Tobeñas en sentido subjetivo; *el honor es el sentimiento de la estimación que la persona tiene de sí misma en relación con la conciencia de propia dignidad moral.*⁴¹

1.7 Derecho de Inviolabilidad en el domicilio en sentido real o virtual.

El derecho a la intimidad, en tanto que intimidad territorial, se encuentra en estrecha conexión con el derecho a la inviolabilidad del domicilio y con el derecho al secreto de las comunicaciones.

La intimidad territorial protege frente a las intrusiones en el domicilio o en las comunicaciones que no se realizan por canales abiertos, incluso esa intrusión se quiere realizar por medios tecnológicos que no requieren de la penetración directa en el domicilio o en el medio de comunicación.

Uno de los países más avanzados en lo relacionado a la esfera privada de la persona es España, en este tenor de la inviolabilidad del domicilio su fundamentación es la más completa y en virtud de lo cual es importante citarla:

⁴¹ Castán Tobeñas José, “Los derechos de la personalidad”, Ed. Reus, 1958, Madrid, España

Se vincula al derecho a la intimidad de las personas, pues protege el ámbito donde la persona desarrolla su intimidad al amparo de miradas indiscretas, como consecuencia de ello es lógico que el Tribunal Constitucional haya dado al término domicilio un significado mucho más amplio que el otorgado por el Código Civil. Para el Alto Tribunal, el domicilio es el espacio donde e individuo vive ejerciendo su libertad más íntima, al margen de convenciones sociales, así como todo espacio apto para que, eventualmente o de forma permanente, pueda ocurrir lo anterior. En concreto, se consideran domicilio a efectos constitucionales: las segundas viviendas, los vehículos o caravanas, las habitaciones de hotel (STC 10/2002, de 17 de enero o el domicilio empresarial de las personas jurídicas, aunque en algunos de estos casos con ciertas cortapisas derivadas de las propias características del alojamiento. En cambio, no tendrán la consideración de domicilio, las celdas de los reclusos en los centros penitenciarios (STC 11/2006).

Para que se admita la vulneración del derecho no es necesaria la penetración física sino que se comprende también la que se efectúa mediante aparatos visuales o auditivos (STC 22/1984, de 17 de febrero).

Sin embargo, esa vinculación con la intimidad personal parece quebrarse cuando se reconoce el derecho a personas jurídicas (STC 137/1985, de 17 de octubre; 69/1999, de 26 de abril), aunque sea de forma más matizada, con menor intensidad que en el caso de las personas físicas.

CAPÍTULO 2. MARCO CONCEPTUAL EN MATERIA INFORMÁTICA Y CRIMINALIDAD INFORMÁTICA.

La criminalidad informática representa un reto para la llamada aldea digital o comunidad global digital a la cual pertenecemos la mayoría de personas y gobiernos en el mundo, la computación, la informática, el internet, la tecnología en general nos brinda oportunidades de crecimiento en cualquier campo, pero esta tecnología es utilizada por humanos los cuales tienen propósitos, inquietudes, tendencias, intereses variados los cuales no siempre son constructivos y es cuando nos encontramos con esta criminalidad informática que representa las conductas nocivas e intrusivas de estos seres, que aprovechándose de esta tecnología y del aparente anonimato que esta brinda.

Entonces nos damos cuenta que la tecnología puede convertirse en la máxima herramienta de ayuda para la construcción de una sociedad o en un monstruo de mil cabezas que causa afectaciones a los miembros de esta sociedad, con lo cual se transgrede la armonía de la sociedad.

Esta sociedad a la que podríamos denominar “sociedad digital” es necesaria protegerla legalmente de estas intrusiones ilegítimas ya que además de transgredir uno de los derechos más fundamentales al que un hombre tiene derecho como es el de “intimidad”, las afectaciones secundarias que tienen como resultado; son más complejas y derivan en delitos graves como la trata de personas, lenocinio, inducción al suicidio, fraudes, violencia, difamación y muchos más que puedan ser realizados a través de medios informáticos.

Esta criminalidad informática avanza a pasos agigantados, ya sea por el reto que presenta a personas con conocimiento en la manipulación de estas tecnologías o por los lucros económicos que estos dejan a estas delincuentes u organizaciones criminales, aunque las motivaciones son tan variadas como lo es la mente de cada persona, también se encuentran otros factores como los religiosos, los conflictos bélicos, la facilidad de evadir la ley, entre muchas otras.

Es importante mencionar que muchas naciones del mundo, sobre todo en el continente Europeo, han realizado esfuerzos muy grandes para combatir esta cibercriminalidad, México ha tenido algunos avances en esta materia, como la División

Científica de la Policía, la llamada *ciber-policía*, que realizan un trabajo importante en la materia, pero legalmente están todavía limitados a realizar todas las investigaciones en materia informática para llegar a un resultado importante y trascendental en un ataque hacia esta cibercriminalidad.

Y uno de los objetivos de este trabajo es construir herramientas legales a través de las cuales se colaboré con instituciones como la ciber-policía para dotarlos de la protección legal y medios adecuados para que además de realizar investigaciones rápidas y eficientes sin todos los obstáculos “legaloides” con los que se enfrentan actualmente, estas investigaciones sean tomadas en cuenta para sancionar a los sujetos que cometan estas conductas dañinas para la sociedad.

Es nuestra obligación como sociedad y estudiosos del derecho; el cooperar con el Estado a fin de que esta cibercriminalidad sea sancionada de forma eficiente con lo cual el índice de delitos o gravedad de resultados de estas conductas disminuya.

2.1 Informática Jurídica.

La Informática jurídica consiste en una ciencia que forma parte de la Informática, es la especie en el género, y se aplica sobre el Derecho; de manera que, se dé el tratamiento lógico y automático de la información legal. Es una ciencia que estudia la utilización de los recursos informáticos (hardware y software) para la mejora de los procesos –análisis, investigación y gestión- en el ámbito jurídico. No es una rama del derecho. La informática jurídica consiste en el uso de software y hardware informático como instrumentos del derecho, y nace cuando las computadoras evolucionan de ser máquinas que sólo facilitan el procesamiento de números a ser máquinas que posibilitan el almacenamiento y manipulación de textos.⁴²

La informática jurídica constituye una ciencia que forma parte del ámbito informático, demostrando de esta manera que la informática ha penetrado en infinidad de sistemas, instituciones, etcétera; y prueba de ello es que ha penetrado en el campo jurídico para servirle de ayuda y servirle de fuente. Por lo tanto, la informática jurídica puede ser considerada como fuente del derecho.

⁴² S/A, S/F, S/E, *Microsoft Word - UNIDAD I - Nacimiento de la Informática.doc*, p.1, artículo de la web <http://www.nicolastato.com.ar/esp/docs/UNIDAD%20I.pdf>

Otro concepto que proporciona el doctor Julio Nuñez Ponce, nos dice que:

La informática jurídica estudia el tratamiento automatizado de las fuentes del conocimiento jurídico a través de los sistemas de documentación legislativa, jurisprudencial y doctrinal (informática jurídica documental); las fuentes de producción jurídica, a través de la elaboración informática de los factores lógico-formales que concurren en el proceso legislativo y en la decisión judicial (informática jurídica decisional); y los procesos de organización de la infraestructura o medios instrumentales con los que se gestiona el Derecho (informática jurídica de gestión).⁴³

El autor nos dice que la informática jurídica, es una de las herramientas que se tiene al alcance para obtener de manera simplificada y sistematizada información jurídica, que nos permite tener acceso a las leyes y demás normatividades.

2.2 Elementos esenciales en la operación de la informática.

La operación informática está compuesta por dos elementos esenciales que son el software y el hardware, sin importar el instrumento con el que se lleve a cabo esta operación, aunque de manera tradicional se trata de la computadora.

2.2.1 Software.

Se conoce como software al equipo lógico o soporte lógico de un sistema informático, que comprende el conjunto de los componentes lógicos necesarios que hacen posible la realización de tareas específicas, en contraposición a los componentes físicos que son llamados hardware.

Los componentes lógicos incluyen, entre muchos otros, las aplicaciones informáticas, tales como el procesador de texto, que permite al usuario realizar todas las tareas concernientes a la edición de textos; el llamado software de sistema, tal como el sistema operativo, que básicamente permite al resto de los programas funcionar adecuadamente, facilitando también la interacción entre los componentes físicos y el resto de las aplicaciones, y proporcionando una interfaz con el usuario.

Considerando esta definición, el concepto de software va más allá de los programas de computación en sus distintos estados: código fuente, binario o ejecutable;

⁴³ Nuñez Ponce, Julio: "DERECHO INFORMATICO: Nueva Disciplina Jurídica para una Sociedad Moderna". Ed. Marsol, Perú Editores. ed enero de 1996. Lima, Perú. p.366.

también su documentación, los datos a procesar e incluso la información de usuario forman parte del software: es decir, abarca todo lo intangible, todo lo «no físico» relacionado.

2.2.2. Hardware.

Una de las formas de clasificar el hardware es en dos categorías: por un lado, el básico, que abarca el conjunto de componentes indispensables necesarios para otorgar la funcionalidad mínima a una computadora; y por otro lado, el hardware complementario, que, como su nombre indica, es el utilizado para realizar funciones específicas (más allá de las básicas), no estrictamente necesarias para el funcionamiento de la computadora.

Necesita un medio de entrada de datos, la unidad central de procesamiento, la memoria RAM, un medio de salida de datos y un medio de almacenamiento constituyen el hardware básico

2.3 Cibernética y Ciberespacio.

El espacio es regulable y además no es inocuo porque la actuación en él tiene consecuencias directas en el mundo real y el doctor Flores Prada nos hace reflexionar es que debemos preguntarnos ¿qué es lo que debe regularse y como debe hacerse?⁴⁴

Y ante esta situación deben atenderse los bienes jurídicos en juego, en el orden de prioridades, en primer lugar, debemos situar la respuesta ante la criminalidad informática.

2.4 Concepto de red social y servicio de red social (SRS).

Félix Requena Santos, lo concibe como:

Un conjunto de puntos (actores sociales) vinculados por una serie de relaciones que cumplen determinadas propiedades. Las redes sociales gozan de una estructura y una morfología propias, cuyas cualidades, como la capacidad de cuantificar las

⁴⁴ Flores Prada, Ignacio, *Criminalidad Informática*, Ed. Tirant lo Blanch, 2012, España p. 44.

relaciones y su consiguiente tratamiento matemático, evidencian importantes aplicaciones para el análisis e interpretación de las conductas sociales⁴⁵

Lo que nos dice este autor es que este autor tiene una concepción sociológica capaz de cuantificar estos aspectos y las relaciones que se establecen entre los miembros de la sociedad, me parece que, si este concepto es un punto de partida importante que sienta las bases sobre lo que es una red social, pero se encuentra algo alejada del significado que actualmente ha tomado este concepto con los medios informáticos.

Aunque se usan como sinónimos, existe una distinción entre ambos conceptos que hay que conocer.

Las redes sociales son estructuras formadas por relaciones (de amistad, familiares, de trabajo, etc.) que conectan nodos (habitualmente personas). Por lo tanto, las redes sociales existen desde antes de la aparición de Internet.

Los servicios de redes sociales son las aplicaciones de Internet que permiten la creación de las redes sociales. Son la infraestructura sobre la cual se construyen las relaciones entre las personas. En ocasiones se les llama sitios de redes sociales, pero este nombre deja fuera las aplicaciones que se descargan de Internet y que permiten crear redes sociales en servidores propios. Por este motivo es más apropiado el término servicio.

Ambos autores coinciden en que las redes sociales son esos lazos que se dan entre personas y entretejen la sociedad, mientras que los servicios de redes sociales son los medios informáticos a través de los cuales se crean las redes sociales de forma virtual, siendo lo más importante en este momento Facebook y twitear, que tienen la capacidad de conectar a miles de millones de usuarios.

Servicios de Redes Sociales

Según Boyd y Ellison (2007) los servicios de redes sociales permiten:

45 Requena Santos, Félix, *El concepto de red social*

Reis: Revista española de investigaciones sociológicas, ISSN 0210-5233, Nº 48, 1989, p.p. 137-152, España.
<http://jjdeharo.blogspot.mx/2010/07/servicios-de-redes-sociales-i.html>

- a) *Construir un perfil público o bien semi-público dentro de un sistema que sea cerrado.*
- b) *Crear una lista de personas con las cuales se mantienen algún tipo de conexión.*
- c) *Ver y recorrer su lista de conexiones, así como las hechas por otros.*⁴⁶

2.5 Clasificación de las redes sociales.

Los servicios de la web 2.0 tiene una tendencia a adquirir características de red social, de ahí que prácticamente a cualquier servicio de la web 2.0, como pueden ser YouTube o Flickr, se le llame red social. Para evitar que el término red social pierda significado y acaben confundiéndose unas cosas con otras, he diferenciado entre:

Servicios de redes sociales estrictas. Son aquellos servicios cuya función es la de conectar personas. Son servicios sin especializar, donde el centro de su actividad son las relaciones. Más tarde los usuarios podrán darle un sentido diferente y dar más importancia a un aspecto u otro de estas relaciones. La orientación concreta de la red se determina a posteriori.

Servicios 2.0 con características de red social. Son los servicios cuyo objetivo principal es un objeto y las relaciones entre personas tienen como finalidad compartir ese objeto (lógicamente puede ser más de uno). Vídeos en YouTube, fotos en Flickr, documentos y presentaciones en Slideshare, relaciones profesionales en LinkedIn, relaciones educativas en Edu 2.0, etc. La orientación concreta de la red se determina a priori.⁴⁷

2.6 Concepto de Ciberdelincuencia o cibercriminalidad.

En este sentido nos dice el doctor Ignacio Flores Prada que:

Los delitos en Internet, o más ampliamente la llamada criminalidad informática, es uno de los efectos generados por las nuevas tecnologías de la comunicación. Y es un

46 De Haro, Juan José, EDUCATIVA, actualizado, jueves, 8 de julio de 2010, *Servicios de Redes Sociales (I): desenredando la madeja*, <http://jjdeharo.blogspot.mx/2010/07/servicios-de-redes-sociales-i.html>, España.

47 IDEM

efecto lógico se tenemos en cuenta que estas tecnologías han conseguido crear una nueva dimensión del espacio, que no es tan tangible o sensorial sino virtual en el que se almacenan o por el que circula información codificada. Esta criminalidad informática puede ser entendida como un género de delincuencia surgida al hilo del desarrollo de la nueva tecnología digital.⁴⁸

Esta aportación dada por el doctor Ignacio flores Prada resulta del todo acertada al decir que estos delitos en internet o esta criminalidad informática ha sido el resultado de estas nuevas tecnologías de la comunicación y de la penetración masiva que tiene en la sociedad. También resulta cierto que la dimensión del espacio que conocíamos ha cambiado y ha nacido una nueva a través del internet y es que si bien las conductas que se realizan a través de la red son virtuales las repercusiones que se dan las podemos sentir en nuestra vida real.

2.7 Concepto de delitos informáticos.

El doctor Nava Garcés señala que los delitos informáticos son actividades criminales que:

En un primer momento los países han tratado de encuadrar en figuras típicas de carácter tradicional, tales como robo o hurto, fraude, falsificaciones, perjuicios, estafa, sabotaje, etc. Sin embargo, debe destacarse que el uso de las computadoras ha propiciado, a su vez, la necesidad de regulación por parte del derecho, para sancionar conductas como las señaladas.

En este sentido se considera, que si bien los delincuentes se valen de herramientas informáticas para cometer delitos tradicionales como el robo o hurto fraude o falsificaciones también es cierto que existen delitos informáticos que deben ser clasificados de esta manera por su propia naturaleza, como pueden ser la destrucción, alteración, manipulación indebida del hardware y/o software de una computadora.

En relación con este tema me parece importante señalar el concepto que establece Sieber:

El uso de las computadoras y su interconexión, ha dado lugar a un fenómeno de nuevas dimensiones: el delito instrumentado mediante el uso del computador. Si bien no

⁴⁸ Flores Prada, Ignacio, *Criminalidad Informática*, Ed. Tirant lo Blanch, 2012, España p. 22

existe aún una medida exacta de la importancia de estas transgresiones, es probable que su incidencia se acentúe con la expansión del uso de computadoras y redes telemáticas.

Los tipos penales tradicionales resultan en muchos países inadecuados para encuadrar las nuevas formas delictivas, tal como la interferencia en una red bancaria para obtener, mediante una orden electrónica, un libramiento ilegal de fondos o la destrucción de datos. El tema plantea, además, complejos perfiles para el Derecho Internacional cuando el delito afecta a más de una jurisdicción nacional.

Lo que decía saber desde el tiempo que realizo este concepto resulta totalmente cierto, lo que resulta absurdo es que muchos gobiernos no han actuado en consecuencia ni atendido necesidades sociales como es regular las conductas en internet, pues como podemos darnos cuenta estos ilícitos afectan la vida diaria de muchas personas todos los días, y se puede apreciar claramente la afectación global que está teniendo, en este estudio de caso en nuestro país.

Es necesario para esta investigación lo que señala el doctor Julio Téllez acerca de estos delitos informáticos a lo cual nos dice:

No es labor fácil dar un concepto sobre delitos informáticos, en razón que su misma denominación alude a una situación muy especial, ya que para hablar de delitos en el sentido de acciones típicas, es decir tipificadas o contempladas en textos jurídicos penales, se requiere que la expresión delitos informáticos este consignada en los códigos penales, lo cual en nuestro país, al igual que en otros muchos no ha sido objeto de tipificación aún.⁴⁹

Resulta muy acertado el comentario de Julio Téllez, al decir que para dar un concepto de delitos informáticos se necesita que este implícito en nuestro Código sustantivo, pero esta situación resultaría limitante en el sentido de que precisamente lo que se necesita es regular estas conductas dañinas para la sociedad, pero ¿Cómo podemos hacerlo sino nos valemos de una fuente del derecho que resulta fundamental para cualquier estudioso del derecho que es precisamente la doctrina jurídica?, y esta no

⁴⁹ Téllez Valdez, Julio, *Derecho informático* 2ed. Mc Graw Hill, México 2001, p139 visto en Nava Gárce, Enrique Alberto, *Análisis de los delitos informáticos*, Ed. Porruá, ed. 2005, México, p.19

solo es la de nuestros autores nacionales, sino por el contrario debe enriquecerse de la doctrina jurídica internacional que, además para temas como es el de la cibercriminalidad es tan global y resulta necesaria la cooperación internacional para hacer un frente común a estas conductas dañinas, reguladas o no como delitos informáticos.

Para la doctora María de la Luz Lima:

El delito electrónico en un sentido amplio es cualquier conducta criminógena o criminal que en su realización hace uso de la tecnología electrónica ya sea como método, medio o fin y que, en un sentido estricto el delito informático, es cualquier acto ilícito penal en el que las computadoras, sus técnicas y funciones desempeñan un papel ya sea como método, medio o fin”⁵⁰

Comparto la idea general que tiene la doctora María de la Luz, que esta conducta criminógena se utiliza, como método, medio o fin, aunque difiero en que sea un acto ilícito penal, en este sentido nos encontraríamos con el problema que nos presenta el doctor Telléz, al decirnos que si no hay tipicidad no existe delito, y en segundo término este no solo recae en las computadoras, con el avance de la tecnología ya no solo se ejecutan programas informáticos a través de computadoras, sino a través de teléfonos inteligentes o smartphones o cualquier otro dispositivo que pueda insertársele aplicaciones o programas informáticos.

Para la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico es “*cualquier conducta ilegal, no ética, o no autorizada que involucra el procesamiento automático de datos y/o la transmisión de datos*”.⁵¹

Aunque podría parecer un concepto corto, es el que abarca las características necesarias en mi opinión de lo que debe definirse como un delito informático.

2.8 Impacto y gravedad de los delitos informáticos.

El impacto que generan estos delitos informáticos representan un problema serio para todas las sociedades del mundo, además de tener repercusiones directas

⁵⁰ De la Luz Lima, María, Delitos electrónicos, Criminalia Academia Mexicana de Ciencias Penales, Porrúa, México, núm. 1-6 año L1984

⁵¹ Azaola Calderón, Luis, Delitos Informáticos y Derecho Penal, 2da. Ed. UBIJUS PGJDF, México, 2010, p.41.

importantes en la economía de las naciones, incluyendo a México, a la cual está dejando pérdidas por más de tres mil millones de dólares en 2013, posicionándose nuestro país como el tercero a nivel mundial en víctimas por cibercriminalidad, después de China y Sudáfrica, y debemos pensar que ante la inactividad sancionadora a estas conductas, las cifras siguen en aumento.

El acceso abusivo a sistemas informáticos representa un problema común que ha alcanzado grandes proporciones y cada día crece más, cobrando millones de víctimas.

En el caso de nuestro país este acceso abusivo a sistemas informáticos son una conducta reiterada entre usuarios de las llamadas “redes sociales” u otros medios de comunicación informáticas.

El objetivo principal de una de estas redes sociales más importante llamada: *Facebook* se ha visto distorsionado. Los creadores de Facebook realizaron esta plataforma para que universitarios de todo el mundo pudieran comunicarse entre sí y de esta forma compartir información cultural y académica, sin embargo este fin se vio rebasado por la misma tecnología y el acceso a Facebook en estos momentos es para cualquier persona que tenga acceso temporal o permanente a una computadora y conozca los principios básicos de manejo de la misma para dar de alta una cuenta de acceso a esta plataforma, esto no tendría mayor relevancia ya que como muchas otras aplicaciones o instrumentos tecnológicos han perdido de su objetivo primario y han adquirido nuevas dimensiones.

Facebook representa una plataforma de *red social* presente en la vida de muchas personas en el mundo, pero el problema radica cuando se ven violados las limitantes de acceso a la misma, por ejemplo, el acceso de menores de edad, cuando este no es permitido, esto no representaría mayor problema si todos los demás usuarios tuvieran buenas intenciones, pero muchas veces estos menores de edad se ven engañados por personas que falsean identidades y aprovechándose de la inexperiencia de estos menores, los inducen a cometer conductas incorrectas y dañinas para ellos mismos, que atentan contra su dignidad y su pleno desarrollo, que pueden derivar incluso en poner en peligro su integridad física y/o mental, su libertad, su seguridad y su reputación.

Como un ejemplo podemos poner el caso de un menor que por medio de engaños es inducido a enviar imágenes con contenido erótico de su persona, a esto se le llama *sexting* con otro usuario en una red social o por medio de un Smartphone en mensajería, el cual después de un tiempo le empieza acosar para obtener un beneficio sexual, a esto se le llama *grooming*, este menor por su desconocimiento y su debilidad para poner resistencia ante los acosos, accede a las peticiones del acosador y esto podría derivar en algo tan grave como un abuso sexual o violación por parte del acosador o convertirse en víctima de la trata de personas con fines de explotación sexual, (por lo general) donde el sujeto activo obtiene un lucro.

Esto representa solo un ejemplo de lo que la cibercriminalidad puede realizar, podemos pensar que este ejemplo, 2014 es una mera ocurrencia, por desgracia, estos son fenómenos criminológicos que se dan a diario, muestra de esto lo encontramos en la siguiente información publicada por El Universal el 16 de diciembre de 2014:

Martínez Becerra señaló que la trata de personas es el tercer delito que más ganancias genera a la delincuencia organizada internacional.

Las redes sociales son un vínculo por el enganche o atracción de víctimas en el delito de trata de personas, alertó el cuarto visitador de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Zacatecas (CDHEZ) , Juan Carlos Martínez Becerra.

El responsable del Programa de Migrantes y Trata de Personas en esta entidad, habló sobre el riesgo que las redes sociales representan especialmente para jóvenes que podrían ser víctimas de trata de personas si no tiene cuidado sobre la información que sube al Internet.

Tras hacer un llamado a madres, padres de familia y jóvenes, el especialista indicó que, a través de las redes, especialmente Facebook, se puede engañar a jovencitas con enamoramientos, falsas promesas de trabajo y de contrataciones como modelos o artistas.

En entrevista exclusiva con Notimex, el visitador de derechos humanos dijo que con engaños las víctimas son enganchadas mediante las redes sociales, donde la juventud sube no sólo sus fotos, sino toda la información que los integrantes de la delincuencia organizada utilizan para contactarlas.

Para mostrar la gravedad de la situación, explicó que "si los jóvenes estuvieran en un parque y un desconocido les pidiera sus datos no se los darían y en cambio sí los entregan por Internet" a muchos desconocidos, porque ni siquiera saben quiénes son una gran parte de sus contactos, de ahí la vulnerabilidad en la que se colocan.

Martínez Becerra señaló que la trata de personas es el tercer delito que más ganancias genera a la delincuencia organizada internacional, con entre 32 y 36 mil millones de dólares al año, sólo por debajo del tráfico de armas y de migrantes.

Debido a que las víctimas se contactan por Internet, subrayó que toda persona es susceptible de ser enganchada, trasladada y entregada como "un objeto" para su explotación, que puede ser sexual, laboral y de tráfico de órganos.

Pidió a las y los usuarios de las redes sociales ser responsables con la información que publican, máxime en estos momentos que con el GPS se saben en tiempo real en qué lugares se encuentran.

Al explicar el delito de trata de personas, el especialista señaló que es considerado la esclavitud moderna y que éste implica múltiples violaciones a los derechos humanos, como es la integridad física y la dignidad de la persona, atenta contra su desarrollo y sus libertades.

En la trata de personas, el victimario reduce al ser humano para convertirlo en un objeto, una mercancía que se usa, obtiene ganancias y desecha.

En el mundo, 2.5 millones de personas son captadas al año por la delincuencia para trata de personas, el 80 por ciento de las víctimas son mujeres, niñas y niños que son forzados a ejercer la prostitución.

Pero también existe la trata de personas en el área laboral, como es el trabajo doméstico y la mendicidad forzada.

El delito integra toda una cadena de organización, ya que primero se elige a la víctima, luego se contacta, se traslada a otro lugar y se entrega a un responsable que la somete, explicó el entrevistado.

La trata de personas se da en las capas más oscuras de la sociedad, porque difícilmente la víctima denuncia, máxime cuando se trata de infantes porque no saben y

*el miedo los detiene, de ahí que la ciudadanía debe denunciar cuando hay sospechas y el Estado debe investigar para sacarlo a la luz*⁵².

En esta nota podemos percatarnos que el ejemplo que he realizado en las primeras líneas de este punto no resulta nada alejado de la realidad.

¿Pero qué debemos hacer ante esta situación? u ¿Otras situaciones parecidas?

La respuesta primaria puede ser prevención, enseñar a nuestros hijos a manejar las redes sociales con responsabilidad si estos son mayores de edad y si no cumplen con los requerimientos contractuales solicitados por estas redes sociales, es mejor abstenerse de tenerla hasta que cumplan con estos requerimientos, para que alcancen una madurez en su personalidad donde les sea más fácil tomar decisiones correctas.

Tener una vigilancia respetuosa pero firme sobre las actividades que realicen nuestros hijos con el fin de protegerlos ante esta cibercriminalidad.

Y coadyuvar con el Estado solicitando a este, sean implementadas las medidas sancionatorias necesarias para que sean protegidos los derechos fundamentales de todos los gobernados, incluyendo el derecho de intimidad y su esfera de privacidad.

Debemos considerar que México, ocupa el tercer lugar en América Latina y el Caribe en trata de personas y es el segundo delito más importante que afecta a nuestra nación, solo después del tráfico de drogas.

Teniendo en cuenta que la mayor captación de víctimas se realiza a través de medios informáticos, resaltando las redes sociales como el medio preferido por estos criminales.

Entonces ante esto puede surgirnos la siguiente pregunta ¿Por qué nuestro país se ve tan gravemente afectado por esta cibercriminalidad?

Es necesario atender varias consideraciones, tomando como punto de partida esta vulneración al derecho de intimidad, entre ellas las sociológicas, además de jurídicas, ya que estas vulneraciones al derecho de intimidad mediante accesos abusivos o intromisiones ilegales son la puerta de entrada para los demás delitos.

⁵² EL Universal, Redes sociales, vínculo para enganche de trata de personas, 16 de diciembre de 2014, México <http://archivo.eluniversal.com.mx/computacion-tecno/2014/redes-sociales-vinculo-enganche-trata-de-personas-98957.html>

Este derecho de intimidad, no es reconocido como fundamental en nuestra regulación jurídica y socialmente no es un derecho relevante, observar desde el núcleo familiar y en general no es respetado por los todos miembros de la sociedad.

Delitos cometidos en Internet al sistema operativo: Hardware, Software y Memoria del Ordenador

El ataque que realiza la cibercriminalidad puede ser dirigido a diferentes partes del ordenador o Smartphone, esto depende del fin que persigan

Los delitos que recaen en el software se pueden clasificar como los que dañan al conjunto de componentes lógicos que ya fueron previamente explicados

Los delitos que recaen en el hardware dañan al mismo, es decir, causan daños temporales o permanentes al ordenador mismo o Smartphone, sus afectaciones recaen físicamente a los componentes y aunque esto podría considerarse como un daño a propiedad ajena, también son delitos informáticos ya que en estas afectaciones dan como resultado un daño a la información que contienen estos ordenadores o Smartphone.

Los delitos que recaen en memoria del ordenador son los que causan un daño temporal o permanente a la memoria de este perjudicando gravemente la información que ha sido guardada en el mismo.

En un ejemplo, de delito informático, el sabotaje informático es el acto de suprimir, borrar o modificar sin autorización funciones o datos de computadora con intención de obstaculizar el funcionamiento normal del sistema, a través de programas como virus, gusano, bomba lógica o cronológica.

.Los componentes lógicos incluyen, entre muchos otros, las aplicaciones informáticas, tales como el procesador de texto, que permite al usuario realizar todas las tareas concernientes a la edición de textos; el llamado software de sistema, tal como el sistema operativo, que básicamente permite al resto de los programas funcionar adecuadamente, facilitando también la interacción entre los componentes físicos y el resto de las aplicaciones.

2.9 Clasificación de los ilícitos informáticos en el sistema operativo:

Manipulación en la fase de entrada (input); Este tipo de fraude informático conocido también como sustracción de datos, representa el delito informático más común, ya que es fácil de cometer y difícil de descubrir, pues el ilícito no requiere de conocimientos técnicos de informática y puede realizarlo cualquier persona que tenga acceso a las funciones normales de procesamientos de datos en la fase de adquisición de los mismos

Estos ilícitos informáticos son lo más comunes en los fraudes por ejemplo telefónicos pero que necesitan de programas informáticos, al conocer contraseñas o *passwords* que permiten la comisión del delito.

Manipulación en la fase de programación; esta conducta es muy difícil de ser descubierta y frecuentemente pasa inadvertida debido a que el delincuente debe tener conocimientos técnicos concretos de informática. Este delito consiste en modificar los programas existentes en el sistema de las computadoras o en insertar nuevos problemas o nuevas rutinas. Un método común utilizado por los individuos que tienen conocimientos especializados en programación informática es el denominado *Caballo de Troya*, que consiste en insertar instrucciones de computadora de manera encubierta en un programa informático para que pueda realizar su función no autorizada al mismo tiempo que su función normal.⁵³

Para realizar estas conductas es necesario el conocimiento técnico de los programas a ejecutar como los *malware* o *spyware*, que permiten entrar al sistema operativo del dispositivo a manipular y cometer las conductas intrusivas como medio para obtener algún beneficio, o causa algún perjuicio con dicha intromisión.

Manipulación en la fase de salida (output); se efectúa fijando un objetivo al funcionamiento del sistema informático. El ejemplo más común es el fraude que se hace objeto a los cajeros automáticos de las instituciones bancarias mediante la falsificación de instrucciones para la computadora en la fase de re adquisición de datos;

tradicionalmente estos fraudes se hacían contando con elementos comisivo el uso de tarjetas bancarias robadas, sin embargo en la actualidad se usa ampliamente equipo y programas de computación especializado para codificar información electrónica falsificada en las bandas magnéticas de las tarjetas bancarias.⁵⁴

En este ejemplo, que nos pone el autor, el hecho se comete cuando a través de estos programas especializados se realiza al fijar el objetivo al funcionamiento del sistema informático o en otras palabras dando instrucciones al sistema operativo para realizar tal o cual función.

2.10 Clasificación de los ilícitos informáticos por grupos criminológicos.

Palazzi hace una clasificación específica y los divide en:

- ✓ Delitos contra el patrimonio
- ✓ Delitos contra la intimidad
- ✓ Delitos contra la seguridad pública y las comunicaciones
- ✓ Falsificaciones informáticas
- ✓ Contenidos ilegales en internet⁵⁵

La clasificación que proporciona Palazzi es la tradicional que se le ha dado a los ilícitos informáticos, en la presente investigación el objeto a estudiar son los delitos contra la intimidad, los cuales en nuestro país no están regulados y los cuales urge prever en nuestro Código sustantivo penal.

2.11 Clasificación de los ilícitos informáticos como instrumento o medio.

Hernández Delgado nos dice que las conductas criminógenas que se valen de las computadoras como método, medio o símbolo en la comisión del ilícito, de donde podemos suponer que se incluyen las acciones realizadas a través de la internet:

1. Falsificación de documentos vía computarizada (tarjetas de crédito cheques, etcétera.

⁵⁴ Cfr. Hernández Delgado, Vicente, *La tipificación de los delitos informáticos (Estudio jurídico-dogmático)* Ed.2010, Universidad Autónoma de Sinaloa, México, pp48-49, cita a Julio Tellez Váldez, op. cit. p. p 172-174.

⁵⁵ Nava Garcés, Alberto Enrique, *Análisis de los delitos informáticos*, Ed. Porrúa, ed.2005, México, p.28 cita a Palazzi op. Cit p. p 43-47.

2. Variación de los activos y pasivos en la situación contable de las empresas
3. Planeación o simulación de delitos convencionales (robo, homicidio, fraude, etcétera)
4. Robo de tiempo de computadora
5. Lectura, sustracción o copiado de información confidencial
6. Modificación de datos tanto de entrada como de salida
7. Aprovechamiento indebido o violación de un código para penetrar a un sistema con el fin de introducir instrucciones inapropiadas (método del caballo de Troya)
8. Variación en cuanto al destino de pequeñas cantidades de dinero haría una cuenta bancaria apócrifa (técnica de salami)
9. Uso no autorizado de programas de computo
10. Insertar instrucciones que provoquen interrupciones en la lógica interna de los programas, a fin de obtener beneficios.
11. Alteración en el funcionamiento de los sistemas
12. Obtención de información residual impresa en papel o cinta magnética luego de la ejecución de trabajos.⁵⁶

En esta clasificación podemos apreciar algunas conductas ilícitas que pueden ser consideradas como *delitos informáticos por su propia naturaleza, que no encontramos en nuestro Código sustantivo penal*, sin embargo, me parece que hay otros delitos que están previstos en nuestro Código penal, y que son cometidos a través de medios informáticos, este es uno de las grandes discusiones existentes entre los doctrinarios especialistas en materia informática.

Julio Téllez Valdez considera como instrumento o medio a las conductas criminógenas que se valen de las computadoras como método, medio, o símbolo en la comisión del ilícito.⁵⁷

⁵⁶ Hernández Delgado, Vicente, *La tipificación de los delitos informáticos (Estudio jurídico-dogmático)*, ed.2010, Universidad Autónoma de Sinaloa, México, pp45-46

⁵⁷ Nava Garcés, Alberto Enrique, *Análisis de los delitos informáticos*, Ed. Porrúa, ed. 2005, p. 52

2.12 Clasificación de los ilícitos informáticos por su fin u objetivo.

Para esta categoría Hernández Delgado nos dice:

Se enmarcan las conductas criminógenas que van dirigidas en contra de la computadora, accesorios o programas como entidad física

1. Programación de instrucciones que producen un bloqueo total al sistema.
2. Destrucción de programas por cualquier método
3. Daño a la memoria
4. Atentado físico contra la máquina o sus accesorios (discos, tintas, terminales, etc.)
5. Sabotaje político terrorismo en que se destruya o surja un apoderamiento de los centros neurálgicos computarizados.
6. Secuestro de soportes⁵⁸

Julio Téllez Valdez, nos dice que en esta categoría se enmarcan las conductas criminógenas que van dirigidas en contra de la computadora, accesorios o programas como la entidad física.⁵⁹

Los cuales podrían clasificarse en *strictu sensu* como delitos informáticos.

2.13 Medios comisivos.

El medio comisivo está directamente con la conducta que realiza el sujeto activo, donde al realizar una acción a través de un movimiento por un medio, a esto le llamamos medio comisivo (es decir, el modo o la forma de cometer el hecho penalmente relevante) y con esto se obtiene un resultado que genera una relación de causalidad, esta acción al momento de realizarse se violenta un bien jurídico tutelado, con lo que se consuma el delito.

Cuando estudiamos la materia de delitos en particular podemos darnos cuenta que algunos delitos necesitan de determinado medio comisivo para que recaiga en el tipo penal y la conducta sea sancionada. El medio comisivo entra en contacto con otro

⁵⁸ Hernández Delgado, Vicente, *La tipificación de los delitos informáticos (Estudio jurídico-dogmático)*, ed.2010, Universidad Autónoma de Sinaloa, México, pp48-49, cita a Julio Téllez Valdez,

⁵⁹ Cfr. Téllez Valdez, op. Cit.,p.p. 105-106 citado en Nava Garcés, Alberto Enrique, *Análisis de los delitos informáticos*, Ed. 2005, Porrúa, p. 26.

elemento del delito; la condición objetiva que está constituida por requisitos que la Ley señala eventualmente para que pueda perseguirse el delito como puede ser el medio comisivo en el delito.

En el caso de los delitos informáticos el medio comisivo son precisamente las tecnologías de la información y la comunicación en redes, para que se pueda dar el delito informático.

El doctor Riascos Gómez, define como medios comisivos del tipo en delitos informáticos nos dice que son:

Las conductas punibles contra la intimidad se realizan con cualquier medio electrónico diseñado o adaptado para emitir o recibir señales (art. 197 C.P.); vale decir, con medios informáticos, electrónicos o telemáticos, tanto de hardware (equipos computacionales o unidades periféricas; modem, impresoras, videocámaras, scanner, tableros ópticos, multimedia, cámaras digitales, etc.) como de software (programas de computador utilitarios, educativos, publicitarios, chats room, páginas de web, world, wibe web, hipertexto, correo electrónico, tableros electrónicos, lúdicos, etc.) y sean idóneos para el tratamiento o procesamiento de datos (“Sistema de información”, según la Ley 527 de 1999) desde la recolección, almacenamiento, registro, procesamiento, utilización hasta la transmisión de datos personales visuales, de texto o de sonido o todos a la vez (estilo “multimedial” de la información), o el envío y recepción de mensajes de datos o el intercambio electrónico de datos o documentos EDI”.⁶⁰

2.14 Clasificación general de los delitos informáticos.

Los delitos informáticos presentan una clasificación técnica y es necesario realizarla, para comprender los diversos métodos que tienen estos ciberdelincuentes para cometer estas conductas ilícitas, varios autores han realizado diferentes clasificaciones en cuestión de metodología, diciéndonos el doctor Azaola Calderón que en estas clasificaciones se han tomado en cuenta los siguientes aspectos:

- a) El perjuicio causado

⁶⁰ Riascos Gómez, Libardo Orlando, *El delito informático contra la intimidad de las personas: una visión constitucional y penal*, Ensayos de Derecho Público, Derecho Informático

Colombiano, Ponencia presentada en el Congreso Latinoamericano de Derecho Informático. Buenos Aires, Argentina, 2004.

- b) El papel que el computador desempeña en la realización del mismo
- c) El modo de actuar
- d) El tipo penal en que se encuadren
- e) Clase de actividad que implique según los datos involucrados⁶¹.

Estos podrían tomarse como aspectos principales en estos delitos y clasificaciones de estos podríamos encontrar probablemente muchísimas y muy acertadas todas, pero en virtud del objeto deseado para esta investigación me resulta importante de atender, la que realiza el doctor Dávora para estos delitos informáticos, los cuales nos dice, pueden clasificarse en:

1. Manipulación en los datos o informaciones contenidas en los archivos o soportes físicos informáticos ajenos.
2. Acceso a los datos y/o utilización de los mismos por quien no está autorizado para ello.
3. Introducción de programas o rutinas en otras computadoras para destruir información, datos o programas
4. Utilización del ordenador y/o los programas de otra persona sin autorización, con el fin de obtener beneficios propios y en perjuicio de otro.
5. Utilización del ordenador con fines fraudulentos
6. Agresión a la “privacidad” mediante la utilización y procesamiento informático de datos personales con fin distinto al autorizado.⁶²

2.15 Sujeto Activo en el Delito informático.

El sujeto activo en los delitos informáticos o electrónicos, es la piedra angular de estos, ya que sin la realización de esta conducta ilícita por parte de estos personajes, estos delitos no existirían.

El anonimato es una característica importante, y herramienta muy útil para estos ciberdelincuentes, casi todos los delitos son cometidos tras este anonimato, lo que

⁶¹ Hernández Delgado, Vicente, *La tipificación de los delitos informáticos (Estudio jurídico-dogmático)*, ed.2010, Universidad Autónoma de Sinaloa, México p. 40.

⁶² Nava Garcés, Alberto Enrique, *Análisis de los delitos informáticos*, Ed. 2005, Porrúa, México, p.28 cita a Palazzi op. Cita a Dávora Rodríguez, M.A. Manual de Derecho informático, óp., cit. p. 289

representa que psicológicamente estas agresiones resulten más confusas y agresivas en la mente sobre quien recae el daño.

Algunos autores afirman que el sujeto activo en este tipo de conductas puede ser un ser humano o un programa, por lo cual es a veces imposible sancionar la conducta, pero finalmente estos programas son ejecutados y/o diseñados por una persona, por lo cual la conducta siempre puede ser sancionada hacia estas personas.

Pero tomemos en cuenta lo que nos dice la Dra. Amuchástegui Requena acerca del sujeto activo en general y esto es:

*La persona física que comete el delito; se llama también delincuente, agente o criminal y apunta que este último vocablo es el que maneja la criminología.*⁶³

Para esta jurista el sujeto activo siempre es una persona física, independientemente del sexo, la edad, la nacionalidad y otras características. Cada tipo (descripción legal de un delito) señala las calificaciones o caracteres especiales que se requieren para ser sujeto activo.

Nunca una persona moral o jurídica podrá ser sujeto activo de algún delito cabe mencionar que, en ocasiones, aparentemente es la institución la que comete un ilícito, pero siempre habrá sido una persona física la que la ideó, actuó y en todo caso ejecutó el delito. Solo la persona física puede ser imputable y capaz⁶⁴

Otro concepto importante es el que nos da el doctor Vicente Hernández Delgado donde el sujeto activo en el delito:

Es la persona que realiza la conducta típica, también se le conoce como agente, autor, o sujeto-agente. Este realiza la acción o la omisión descrita en un determinado tipo penal y se diferencia del destinatario de la ley penal por ser la persona a la cual se dirige el mandato implícito de la norma penal.⁶⁵

Aquí el autor es quien tiene el dominio del hecho, no partícipe, porque está subordinado a la voluntad.

⁶³ Amuchategui Requena, Griselda, *Derecho Penal*, Tercera Edición, Ed. Oxford, University Press, México, p.37.

⁶⁴ *Cfr.* Idem

⁶⁵ Hernández Delgado, Vicente, *La tipificación de los delitos informáticos (Estudio jurídico-dogmático)*, Ed.2010, Universidad Autónoma de Sinaloa, México, p. 194

La categoría de sujeto activo se aplica a quien actúa conforme a la norma típica, en tanto el destinatario resulta de la condición de ser humano, pudiendo ser un sujeto activo potencial.

Puede igualmente establecerse que el sujeto activo es la persona que con su conducta viola o pone en peligro el bien jurídicamente tutelado por el derecho. Y en este sentido en lo relativo al sujeto activo de delitos informáticos, Hernández nos da como ejemplo el art. 217 del Código Penal de Sinaloa:

Que el sujeto activo puede ser cualquier persona física pero no jurídica o moral. Este puede ser una persona con un aceptable nivel de capacitación técnica en el manejo de sistemas informáticos y software o carecer de ella.

Ante esta diversidad de conceptos en primera instancia podríamos decir que ante la vulneración del derecho de intimidad, hasta ahora no podemos decir que haya sujetos activos, ya que al no estar este tipo regulado y sancionado en algún tipo penal, es evidente que no si *no hay delito, no hay que, ni a quien perseguir.*

Pero en esto radica la importancia de realizar este trabajo, para que este tipo que se propone, logré ser insertado en nuestra legislación penal y con esto contribuir a que esta cibercriminalidad baje o sea más controlada en beneficio de la sociedad mexicana y sancionar a los sujetos que realicen estas conductas tan dañinas.

Me gustaría delimitar entonces en este sentido, a las personas que podrían considerarse como *sujetos activos* de este trabajo.

La cibercriminalidad no podría existir sin la presencia de estos sujetos “activos” que aunque poseen todas las características para serlo de cualquier otra conducta ilícita, tienen además la ventaja inicial del anonimato o de una identidad falsa con información que no corresponde a la realidad, además de contar con cierta instrucción técnica que facilita su actuar ilícito, ejecutando programas intrusivos en los sistemas operacionales a estos medios informáticos, lo cual les permite retener, modificar, destruir o todas las anteriores causando diferentes daños para el dueño de la o las cuentas invadidas.

Pero en esta investigación resulta imperioso delimitarla, el objetivo es referirme en particular a un tipo de sujetos activos, *los terceros particulares*, pero que implica esto o a que trató de referirme; este puede ser definido, como el sujeto activo que interviene sin

consentimiento entre la comunicación de otros sujetos, realizando un acceso abusivo al sistema informático sin estar autorizado que vulneran la intimidad, que modifique o altere datos o información de carácter personal o familiar que se encuentre en algún medio informático.

2. 15.1 Hackers.

Estos personajes resultan los más comunes para nuestro lenguaje común y es con el que nos encontramos más identificados, muchas veces pensamos que todo sujeto que realiza intromisiones en la red ya sean dañinas o no, son hackers esto es uno de los primeros puntos que debemos precisar, en materia informática podemos encontrar diferentes definiciones de hacker, algunas más benévolas que otras en este sentido de Sepúlveda Maíllo desde su punto de vista tecnológico los define como:

El experto con amplios conocimientos en seguridad informática que se dedica a la investigación o desarrollo de aplicaciones y sistemas informáticos. Por tanto, el hacker no es más que alguien al que le apasiona la computación. Son gente curiosa cuya principal pretensión no es más que la de mejorar los sistemas informáticos demostrando en algunos casos todas sus vulnerabilidades.⁶⁶

Este autor sostiene que estos sujetos resultan positivos diciéndonos que a estas personas se deben en gran medida la mejora de la calidad de los sistemas informáticos, ya que son ellos los que ponen continuamente a prueba la resistencia de los sistemas de seguridad informática.

El hacker es una palabra anglosajona que proviene de hack, y si la traducimos al español es hachar o derribar, esta acción de dar golpes secos a los árboles para derribarlos, es el mismo que los operarios de las máquinas usaban en el MIT, por sus siglas en inglés, Massachusetts Institute of Technology (Instituto de tecnología de Massachusetts). De allí es de donde viene el concepto de hacker, hoy en día podríamos definirlos como aquellas personas que son expertos en informática y la tecnología, también se podría definir a aquellas personas que son aficionadas a la tecnología y se sienten bien resolviendo problemas tecnológicos y van más allá de lo normal.⁶⁷

⁶⁶Seguridad DPC, definición de hacker, <http://www.seguridadpc.net/hackers.html>, investigado 15 de octubre de 2016.

⁶⁷ Cfr. *Definición de hacker*, <http://conceptodefinicion.de/hacker/>, html, investigado el 18 de octubre de 2016.

También es mayormente conocido este término como una persona que de manera no autorizada penetra redes de computadoras y procesadores. Esta palabra tiene tanto tiempo en uso que pasaron de ser grupos encubiertos a sociedades concretas, creando en esta una clasificación de grupos con distintos propósitos. Teniendo así los hackers de sombrero negro, hackers de sombrero blanco y hackers de sombrero gris.

Hackers de Sombreo Negro: Se denomina hacker de sombrero negro a aquellos que se infiltran en la seguridad de la computadora para conseguir algún beneficio particular o sencillamente por hacer alguna maldad

Hackers de Sombrero Blanco: Se denomina hacker de sombrero blanco a aquellos que se infiltran en la seguridad de la computadora para conseguir puntos débiles del propietario del ordenador.

Hackers de Sombrero Gris: Este es simplemente la combinación entre el hacker de sombrero negro y el hacker de sombrero blanco, es decir tiene una moral ambigua.

2.15.2 Crackers.

Estos son considerados por algunos como piratas informáticos, son destructivos, alteran información y realizan en muchos casos ataques indiscriminados a sistemas informáticos con el fin de hacer daño.

Pero también de esto hacen un negocio obteniendo información de programas protegidos. Para lograr sus objetivos hacen uso no solo de sus conocimientos técnicos, sino también de otro tipo de técnicas como el trashing y la ingeniería social.

La mayoría de ciberdelincuentes se pueden clasificar con este nombre técnico, ya que además de hacer intrusiones ilícitas como todos los demás sujetos activos aquí mencionados, estos en particular buscan sacar un provecho personal a la situación ya sea económico o de otro índole, como el sexual, entre otros, atentando primeramente contra el derecho de intimidad de los sujetos pasivos sobre los que recae el daño.

2.15.3 Phreaker.

Un phreaker es una persona que investiga los sistemas telefónicos, mediante el uso de tecnología por el placer de manipular un sistema tecnológicamente complejo y en ocasiones también para poder obtener algún tipo de beneficio como llamadas gratuitas o

algún lucro como investigador de información personal. Es muy parecido al cracker, pero se especializa en Smartphone.

El término Phreak, Phreaker o phreak telefónico es un término acuñado en la subcultura informática para denominar a todas aquellas personas que realizan Phreak es una conjunción de las palabras phone (teléfono en inglés) y freak, y surgió en Estados Unidos en los años 1960. También se refiere al uso de varias frecuencias de audio para manipular un sistema telefónico, ya que la palabra phreak se pronuncia de forma similar a frecuencia.

En la actualidad este tipo de sujeto activo, ha cobrado mayor fuerza, ya que a través de los Smartphone se pueden realizar casi todas las funciones que hacemos con una computadora de escritorio o portátil, pero esto también ha abierto una gran oportunidad para la ciberdelincuencia, porque la protección informática que tiene un Smartphone es muy baja a comparación de la que tiene una computadora, en cualquier momento se puede infectar, es más difícil de identificar cuando lo está y mucho más complicado de erradicar estos spyware, además que la información que posee uno de estos teléfonos es grande y muy útil para estos ciberdelincuentes.

2.16 Sujeto Pasivo en el Delito Informático.

El sujeto pasivo es según Requena Amuchategui:

La persona física o moral sobre quien recae el daño o peligro causado por la conducta del delincuente.

Por lo general se le denomina también víctima u ofendido, en cuyo caso una persona jurídica puede ser sujeto pasivo de un delito, como en los delitos patrimoniales y contra la nación, entre otros. Estrictamente, el ofendido es quien indirectamente resiente el delito.

En principio cualquier persona puede ser sujeto pasivo, sin embargo, dadas las características de cada delito, en algunos casos el propio tipo señala quien puede serlo y en qué circunstancias.

También en algunos delitos puede establecer la diferencia entre el sujeto pasivo de la conducta y el sujeto pasivo del delito.

En la conducta: Es la persona que de manera directa resiente la acción por parte del sujeto activo, pero la afectación, en sentido estricto, la recibe el titular del bien jurídico tutelado.

Del delito: Es el titular del bien jurídico tutelado que resulta afectado.⁶⁸

Sujeto pasivo para el doctor Vicente Hernández Delgado:

De igual forma afirma que el titular de los bienes jurídicamente tutelados puede ser cualquier persona-física o jurídica- que posea información personal o reservada y almacenada en un equipo de cómputo o sistema de informática debidamente protegida por algún mecanismo de seguridad.

La conducta ilícita puede suceder contra empresas privadas u organismo de derecho privado o personas de derecho público, como el Estado, entendiéndose como tal cualquier dependencia de la administración pública federal o local, el poder judicial y el poder legislativo o los ayuntamientos cuya información contenida en equipos de informática o de cómputo se encuentra protegida por algún mecanismo de seguridad.

Además de las instituciones financieras que se entienden: las instituciones de crédito, seguros y de fianzas, almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras, sociedades de ahorro y préstamo, sociedades financieras de objeto limitado, uniones de crédito, empresas de factoraje financiero, casas de bolsa y otros intermediarios bursátiles, casas de cambio, administradoras de fondos de retiro y cualquier otro intermediario financiero o cambiario que posea información contenida en equipos de cómputo o sistemas informáticos protegidos por algún mecanismos de seguridad.⁶⁹

Ahora tomó como puntos de referencia doctrinal estas acertadas definiciones realizadas por estos grandes juristas, para trasladarlo en el caso concreto del tema que estamos investigando, y habría que preguntarnos primero: ¿Existen sujetos pasivos ante la vulneración del derecho de intimidad por ejemplo en redes sociales?... Tal vez la

⁶⁸ Amuchategui Requena, Griselda, Derecho Penal, Tercera Edición, Ed. Oxford, Universidad Nacional Autónoma de México, México, Pág.38

⁶⁹Hernández Delgado, Vicente, *La tipificación de los delitos informáticos (Estudio jurídico-dogmático)* Ed.2010, Universidad Autónoma de Sinaloa, México, Pág.200.

respuesta a esta pregunta resulte obvia de contestar para muchos de nosotros, sin embargo, muchos otros refieren que tal vulneración no existe.

Esto es atribuible a un contexto social, ya que en nuestra cultura esta muy enraizado, que el derecho de intimidad, es algo que ni siquiera existe, al contrario, una demostración de confianza es precisamente compartir información personal o con datos sensibles que deberían pertenecer solo al individuo, y por otra parte, también esta la idea generalizada que si *alguien expone su imagen en cierta forma eso la o lo convierte en un blanco vulnerable para ser atacado en su honor.*

2.17 Ámbitos tiempo y espacio en el delito informático.

El doctor Flores Prada, ha realizado un estudio minucioso acerca de estos aspectos, y nos dice que con el Internet se ha creado una nueva dimensión del espacio de la comunicación, donde la posibilidad de interacción estriba en buena medida en la fuerza del Internet y de ella deriva, también, su potencialidad ofensiva sobre bienes jurídicos protegidos en el espacio real, pero vulnerables a ataques con modernas armas procedentes de un espacio nuevo y todavía poco conocido. Y el descubrimiento del espacio informático ha permitido una colonización inmediata y masiva de usuarios, que en los primeros momentos se encontraron prácticamente frente a un espacio virgen, en el que solo funcionaban unas pocas normas técnicas relativas al acceso y a la comunicación entre los nuevos moradores.⁷⁰

Con internet como acertadamente lo describe el doctor Prada, se han abierto de forma inimaginable los conductos de comunicación y las opciones que nos ofrece son ilimitadas, es un espacio que no podemos tocar, pero que modifica de forma real nuestras vidas, y donde los efectos de la cibercriminalidad recaen también de forma real, un problema por el que atraviesan los gobiernos frente a este combate a la cibercriminalidad, es precisamente, que al ser virtual el espacio en Internet, es complicado aplicar la justicia, ya que no hay un total acuerdo en materia de Derecho Internacional Penal, en cuestión de competencias para juzgar el delito, es decir, ¿Cuál es la metodología correcta que debe aplicarse para sancionar el delito? ¿Dónde y cuándo es el momento en que debe

⁷⁰ Flores Prada, Ignacio, *Criminalidad Informática*, Ed. Tirant lo Blanch, 2012, España, p.19

sancionarse el delito? ¿Dónde y cuándo es manipulado por el sujeto activo para realizar la intrusión? ¿Cuándo y dónde se ejecuta? O ¿Cuándo y dónde surten sus efectos?, están son preguntas que deben responderse a través de la cooperación internacional, pero con políticas criminales internas fuertes, en el caso, de México este necesita crear bases jurídicas sólidas para combatir a la ciberdelincuencia para posteriormente lograr esta entrar a materias como las anteriormente expuestas.

El tiempo es otro factor importante que debemos atender, en Internet el tiempo es una cuestión que podría parecer subjetiva.

Un recurso muy utilizado por la cibercriminalidad, es el dispersar las huellas que dejan después de cometer un delito a través de la red, siendo el tiempo uno de los primeros factores que buscan alterar estos delincuentes para que las investigaciones que se realicen en sus contra no resulten certeras, esto lo logran a través de programas especiales que pueden, alterar el horario real cuando es cometido el delito o realizan triangulaciones de los sitios reales donde cometen el delito, es decir, por ejemplo, si se encuentran realizando estas conductas dañinas en México a través de estos programas informáticos, pueden hacer parecer que el delito se está realizando en Malasya, con el horario de Malasya, lo que hace más complicado el trabajo de investigación de estos delitos informáticos.

2.18 Problemática en cuestión del cibercrimen.

Una de las características más importantes del Internet es que este es capaz de derribar fronteras entre las naciones y tiene la capacidad de acercarnos en cuestión de segundos con personas al otro lado del mundo. Esto sin lugar a dudas representa un gran logro en la sociedad e implica un beneficio incalculable para miles de millones de personas. Además si sumamos a esto que las economías de los países se mueven en buena medida gracias a esta herramienta del internet por los negocios, inversiones, etc., sin embargo, no podemos poder de vista que también esta herramienta representa un gran reto para la legislación de estas naciones de forma interna y externa, donde uno de los principales problemas que nos encontramos de forma global es sancionar a las personas que maliciosamente cometen intrusiones a los medios informáticos a través de

ejecutar programas espías o de cualquier otro tipo de metodología informática para realizarla, como ya se hecho mención.

En este sentido y en opinión de Gustavo Eduardo Aboso y María Florencia Zapata, ellos resumen este tipo de problemas en:

1. La ley penal aplicable y la yuxtaposición de jurisdicciones cuando el delito es cometido en el extranjero
2. La participación de personas jurídicas en su comisión
3. Los procedimientos de extradición
4. Los comportamientos abusivos cometidos a través de Internet.⁷¹

Esta clasificación es importante porque resume de forma adecuada la problemática con que nos encontramos frente a la ciberdelincuencia, y así como esta clasificación podemos encontrarnos con otras, pero todas son semejantes en sus elementos, ahora sumemos estos elementos a la falta de sanciones y aplicación de las pocas que han sido reguladas, entonces frente a esta fórmula nos encontramos como sociedad mexicana frente a una grave problemática, porque no podemos atender cuestiones de materia penal internacional y hablar de competencias frente a estos delitos ya que nuestro derecho ni siquiera prevé estas conductas de manera interna, por ende sería imposible de hablar de procedimientos de extradición, sobre todo en cuestión de la vulneración a la intimidad y su esfera de privacidad, no se ha definido sobre la participación de las personas físicas, menos podríamos hablar de si son o no sancionables las personas jurídicas, y en el último elemento no existe una metodología para clasificar esos comportamientos abusivos, es decir, hay legisladores que prefieren hacer propuestas para regular penalmente la realización, publicación o distribución de una imagen que se hace algún tipo de burla de un personaje público, que hacer propuestas donde se regule y sancione a personas que cometen intromisiones lesivas para la dignidad de un menor de edad, vulnerando su derecho de intimidad, que además produce resultados gravísimos, como el caso que he planteado y que tiene una justificación real social, (sexting-grooming-trata de personas), esto solo por poner un

⁷¹ Aboso, Gustavo Eduardo-Zapata, María Florencia, *Cibercriminalidad y Derecho Penal* ed.2006, Ed. Tirant, España, p34.

ejemplo, pero la protección de este derecho de intimidad debe ser aplicable a cualquier gobernado del Estado mexicano, en todas las circunstancias donde “en realidad” se atente con su dignidad, no vulnere otros derechos, sino los complemente en su protección frente a esta cibercriminalidad.

CAPÍTULO 3.- LA CIBERDELINCUENCIA Y SU TRATAMIENTO JURÍDICO

3.1 El Poder Ejecutivo Mexicano frente al fenómeno de la Ciberdelincuencia.

Los tres poderes deben tener una participación activa, desde sus trincheras para combatir la ciberdelincuencia que tanto afecta a nuestra sociedad, y sin duda la participación del poder ejecutivo representa una de los más importantes, pues por una parte es el primer contacto que tiene la víctima con el Estado, es decir con el Ministerio Público, cuando este quiere denunciar una conducta ilegal realizado por un medio informático, pero también resulta fundamental su participación de ejecutivo en su carácter vinculativo con otros estados, para realizar los convenios y tratados pertinentes, que tanto hacen falta en materia de combate a la ciberdelincuencia en nuestro país, a través de estos tratados tendríamos las herramientas necesarias para adaptar un modelo adecuado a las necesidades de la sociedad mexicana, desarrollando políticas criminales para combatir y prevenir de forma eficaz el fenómeno criminológico de la ciberdelincuencia, además que el poder ejecutivo, posee las facultades para distribuir recursos necesarios para la implementación de tecnologías para la persecución de los delitos informáticos, así como para implementar de fiscalías de la Procuraduría General de la República, que se especialicen en la persecución con el capital humano y herramientas tecnológicas necesarias.

Pero esto tiene que realizarse metodológicamente, ya que al parecer no se ha dado mucha importancia en nuestro país a este tema de manera científicamente, de esto podemos darnos cuenta, si revisamos el siguiente material:

El Gobierno Federal a través de las dependencias y entidades miembros del Comité Especializado en Seguridad en la Información ha formulado un proyecto de iniciativa que introduce no solo modificaciones para cumplir con las disposiciones del Convenio de Budapest, sino que va aún más allá del estándar que establece, al incorporar disposiciones sobre proposiciones a menores con fines sexuales mediante sistemas informáticos y robo de identidad. El proyecto formulado propone la reforma y/o adición de disposiciones relativas a:

1. Daños o atentados contra la integridad o disponibilidad de los sistemas informáticos
2. Difusión de mensajes con contenidos discriminatorios
3. Localización geográfica en tiempo real
4. Conservación de datos de tráfico o de contenido
5. Conductas vinculadas a la pornografía infantil
6. Apología de los delitos contra la humanidad
7. Propositiones a menores con fines sexuales
8. Acceso no autorizado a sistemas
9. Falsificación informática
10. Interceptación de información
11. Acceso no autorizado a sistemas
12. Abuso de dispositivos
13. Falsificación informática
14. Suplantación de sistemas informáticos
15. Suplantación de identidad
16. Fraude informático
17. Responsabilidad de las personas jurídicas

Este proyecto se encuentra en análisis en la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal para su presentación ante el Poder Legislativo, lo que dará contenido y congruencia clara y oportuna a la adhesión de México al Convenio de Budapest”⁷².

Este proyecto se inició desde 2014, pero no ha prosperado, mucho de esto será porque los objetivos que se proponían en mi opinión, resultan genéricos y de difícil realización en la práctica, pensemos en el punto 2 “Difusión de mensajes con contenidos discriminatorios”, en este sentido primero tendríamos que establecer ¿qué es un mensaje discriminatorio?, ¿qué parámetros se tomarían para establecerlos?, de ¿qué forma se

⁷² Memoria del taller sobre legislación en materia de ciberdelincuencia en América Latina, Co-auspiciado por el gobierno de México y el consejo de Europa, p.93, investigado a las 5: 30 p.m., 15 noviembre de 2016, Ciudad de México, México.[https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/2014/Memoria%20Taller%20Ciberdelito.p](https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/2014/Memoria%20Taller%20Ciberdelito.pdf)
df

sancionaría esta conducta?, (civil, penal, administrativa), para que tipo de personas (particulares, públicas, ambas), ¿con que medios comisivos?, podrían surgirnos muchas más preguntas simplemente en este aspecto, otro que me resulto bastante difícil de comprender a que se refieren, es el de; “apología de los delitos contra la humanidad”, ¿a qué delitos contra la humanidad se refieren?, porque todos los que han sido clasificados como delitos, son precisamente una agresión contra el bien jurídico tutelado, que al trasladarlo en materia de garantías y derechos humanos, finalmente están atentando contra la humanidad y sus derechos, entonces ante una interpretación así resultaría imposible llevar a la práctica este rubro, ante estas observaciones me parece que el ejecutivo tendría que hacerse nuevos planteamientos sobre la ciberdelincuencia y su desconocimiento ante la materia.

3.2 El Poder Legislativo Mexicano y su perspectiva frente al fenómeno de la Ciberdelincuencia.

Este es probablemente un tema interesante a estudiar en la presente investigación, es necesario el quehacer legislativo para el combate en materia de ciberdelincuencia, sin embargo, este realmente no existe en materia de combate a la ciberdelincuencia.

Sin embargo, lo que puede realizar es imprescindible para el sistema jurídico mexicano, ya que tiene las facultades para dar las herramientas legales para que el Estado mexicano brinde a través de sus poderes la

protección al gobernado frente al embate que realiza la ciberdelincuencia, en este sentido a través de la propuesta que se sugiere en el presente de investigación, se trata de dar las herramientas para la protección del realiza del derecho de intimidad, derecho de honor, derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio.

3.3 Derecho procesal penal en materia de ciberdelincuencia.

En México a partir de la reforma de 18 de junio de 2008, el sistema de procuración de justicia dio un cambio radical, el sistema penal oral, acusatorio, esto resulta todo un reto para la comunidad legal, sobre todo en lo que se refiere al derecho procesal penal, en este sentido el fenómeno de la cibercriminalidad no puede quedar fuera de este proceso en procuración de justicia, para esto es fundamental conocer el concepto de

proceso penal, un autor muy importante en este sentido el doctor Elías Polanco Braga, el cual nos dice que el procedimiento penal:

Es el conjunto de actividades realizadas por los sujetos intervinientes, reguladas por preceptos legales previamente establecidos, que se inicia desde que el Ministerio Público tiene la noticia criminal por medio de la denuncia o la querrela, la cual investiga para los efectos del ejercicio de la acción penal y se prolonga hasta que el órgano jurisdiccional resuelve en definitiva de determinar si existe delito y en su caso, sancionar el responsable.

De acuerdo con el nuevo sistema penal acusatorio, que se contiene en la reforma constitucional de 2008, el procedimiento penal es el conjunto de actividades y formalidades regulado por preceptos legales constitucionales y procesales que modelan, moderan y guían las actuaciones de los intervinientes, en las fases de investigación, imputación, acusación, juzgamiento e imposición de la sanción al responsable del delito, al resolverse en definitiva el conflicto que surgió desde la comisión del hecho ilícito.⁷³

Con esta aportación se tiene más claro, lo que significa el proceso penal y su vital importancia en la procuración de justicia, ya que los preceptos constitucionales que rigen las actuaciones de los intervinientes en sus diferentes etapas permiten la resolución del conflicto, en este caso, el motivo de estudio son las conductas ilícitas cometidas a través de medios informáticos, aunque en nuestro país no existen ni las instituciones, ni las leyes, ni las resoluciones judiciales que combatan de manera eficiente a dicho fenómeno criminológico.

En materia de cibercriminalidad es muy importante la cooperación internacional, por lo que es necesario conocer acerca del derecho procesal penal internacional, entonces tenemos que; cuando hablamos de derecho procesal penal internacional, nos referimos en cambio a la consideración de los procedimientos para hacer efectivo dicho derecho sustantivo penal. Son las técnicas, medios, facultades, procesos para lograr el efectivo cumplimiento de los diversos tipos delictuales que configura el derecho penal informático. Así, podemos referirnos a los procesos de diálogo entre Estados, intercambio de información, negociaciones de extradición, convenios sobre competencia, asistencia

⁷³ Polanco Braga, Elías, *Procedimiento penal nacional acusatorio y oral*, Ed. Porrúa, 2015, México, p.p 26-27.

mutua, accesos intrafronterizos, articulación de procedimientos procesales subsidiarios, etc. Igualmente, consideramos, cuando menos interesante, destacar la progresiva utilización de las tecnologías de la información con estos fines. El correcto establecimiento de la cooperación internacional en el ámbito de los delitos informáticos necesita de ambas formas enunciadas: tanto la cooperación a nivel operativo entre las administraciones de justicia de los diferentes países y la mejora de las normas procesales, como el desarrollo común de las normas de Derecho Penal Informático sustantivo. En este sentido, el nuevo «Convenio de Budapest» sigue, como se verá en el capítulo tercero, ese camino. El único, entendemos, capaz de garantizar una eficaz lucha contra la ciberdelincuencia.

3.4 Ministerio Público Federal y su desconocimiento del delito en materia informática.

El ministerio público es una figura que resulta fundamental para la investigación de cualquier delito, y resulta acertado citar lo que menciona acerca de esta figura el doctor Polanco Braga, el cual nos dice que:

Con fundamento en el artículo 21 de la Constitución Federal se le faculta para investigar los delitos y velar por la prosecución de la acción penal, desde el momento que tiene conocimiento del hecho ilícito; igualmente decimos que es la institución jurídica estatal con facultad para promover la acción penal, desde el momento que tiene conocimiento del hecho ilícito; igualmente decimos que es la institución jurídica estatal con la finalidad de proteger los derechos de los ciudadanos, lesionados en su esfera jurídica, además de satisfacer el interés público de la sociedad.⁷⁴

Lo anterior resulta muy acertado, ya que esta institución debe velar primordialmente por el bien común de la sociedad, como órgano investigador, sin embargo, en la práctica muchas veces nos encontramos que estas autoridades, tienen un gran desconocimiento en la adecuada persecución e investigación de delitos, y tienden a minimizar las conductas ilegales, con el fin de no abrir más investigaciones y tener una mayor carga de trabajo, si esto sucede en delitos comunes como el robo, esto resulta más evidente cuando hablamos de delitos informáticos o de los pocos que están tipificados, como en el caso del robo de identidad que está prevista en el Código Penal Federal, y el cual

⁷⁴ *Ibidem*, p. 168.

muchas veces no es perseguido adecuadamente, ya que los ministerios públicos en este caso del orden federal, no saben cómo llevar a cabo estas investigaciones, pero esto no puede ser sola una crítica, sino por el contrario debe representar una herramienta de apoyo para capacitar a los ministerios públicos en su actuación cuando se tengan que enfrentar a estos ciberdelitos y ciberdelincuentes.

3.5. Policía Cibernética en México: Investigación y persecución del delito en materia informática.

El trabajo de investigación que realizan los órganos persecutores, representa la parte total para la persecución de los cibercriminales y en México contamos con personas muy capacitadas para desarrollar este trabajo, que además tienen un gran sentido de servicio al país, entre ellos podemos encontrar a la Policía Cibernética dependiente de la Unidad de Investigación Científica de la Policía Federal, creada en el año 2000, y entre algunos de sus objetivos se encuentran:

- Identificación y desarticulación de organizaciones dedicadas al robo, lenocinio, tráfico y corrupción de menores, así como a la elaboración y distribución y promoción de pornografía infantil.
- Localización y puestas a disposición ante autoridades ministeriales de personas dedicadas a cometer delitos informáticos.
- Realización de operaciones de patrullaje antihacker, utilizando Internet como instrumento para detectar a delincuentes que cometen fraudes, intrusiones y organizan sus actividades delictivas en la red
- Análisis y desarrollo de investigaciones en el campo sobre las actividades de organizaciones locales e internacionales de pedofilia, así como de redes de prostitución infantil.⁷⁵

Y esta Policía Cibernética de México, dependiente de la Policía Federal se divide de la siguiente forma:

Delitos cibernéticos.

Atención a Delitos Cibernéticos

Página web de la
Policía Federal, <http://cns.gob.mx/portalWebApp/ShowBinary?nodeId=/BEA%20Repository/1276161>, investigado el
04 de marzo de 2017.

Atención a Delitos Usando Computadoras

Análisis de Cómputo Forense

Delitos contra menores.

Análisis de Explotación de Menores

Atención a Menores Desaparecidos

Coordinación interinstitucional

México

Centro de Análisis e Intercambio de Información para la Identificación de alerta temprana y riesgos

Mecanismos de Coordinación Interinstitucional - Información y Prevención⁷⁶

Aunque el trabajo realizado por esta Policía es de gran valía, la gran mayoría del tiempo se ve obstaculizado por la falta, en primer lugar de correcta legislación que regule estas conductas a través de la red y por otra parte por el total desconocimiento de la materia del órgano investigador ministerial, ya que para empezar no existe un dominio de la materia por parte de los ministerios públicos en la materia y por otro hay un gran desinterés hacia esta problemática, precisamente por esta ignorancia, sumado a las grandes cargas de trabajo que tienen.

Precisamente por eso una de las propuestas que se presenta y de la que hablaré más adelante, es la creación de una Fiscalía Especializada en la Persecución de la Cibercriminalidad para México.

Pero no solo existe esta policía para la investigación de la cibercriminalidad, también en la Ciudad de México, se ha creado la Policía de Ciberdelincuencia Preventiva, la cual depende de la Secretaría de Seguridad Pública de la Ciudad de México, pero está a diferencia de la que pertenece a la Policía Federal, solo tiene atribuciones preventivas.

Sus principales líneas de acción son:

Monitoreo de redes sociales y sitios web en general.

Pláticas informativas en centros escolares e instituciones del Distrito Federal, (ahora Ciudad de México) con el objetivo de advertir los delitos y peligros que se cometen

⁷⁶ IDEM

a través de internet, así como la forma de prevenirlos, creando una cultura de autocuidado y civismo digital.

Ciberalertas preventivas las cuales se realizan a través del análisis de los reportes recibidos en las cuentas de la Policía de Ciberdelincuencia Preventiva.

Para ello ponemos a sus órdenes nuestros medios de contacto para atender reportes derivados de internet, recibir información o solicitar pláticas informativas, con atención a la ciudadanía las 24 horas y 365 días del año.⁷⁷

Ante estas líneas de acción debemos preguntarnos ¿si resultan suficientes o correctas para un real combate a la cibercriminalidad? sobre todo cuando hablamos que tienen un ámbito de competencia territorial de una de las ciudades con mayor población en el mundo, donde INEGI reportó para el año 2015, en sus estadísticas una cantidad poblacional de ocho millones, novecientos dieciocho mil, seiscientos cincuenta y tres, según cifras de INEGI en el censo de 2015, 8 918 65378 personas, sin lugar a dudas, la respuesta es “NO”, es imposible pretender que con estas meras políticas preventivas resulten suficientes, máxime que no son estos mensajes transmitidos por medios masivos de comunicación, lo que reduce aún más un verdadero impacto para el combate de la cibercriminalidad en la sociedad, en este caso de la Ciudad de México.

Pero no podemos responsabilizar de esto totalmente a la Secretaría de la Secretaría de Seguridad Pública de la Ciudad de México, ya que de alguna manera se encuentran “atados de manos” en virtud de que no cuentan con las facultades legales ni la competencia para ejercer una verdadera actividad persecutora de los cibercriminales.

3.6 Cooperación internacional en materia de ciberdelincuencia.

La cooperación internacional en materia de ciberdelincuencia resulta fundamental para la investigación y persecución de los delitos en materia informática, sobre todo considerando que estos presentan particularidades muy específicas a diferencia de otros delitos.

⁷⁷ Página web de la Secretaría de Seguridad Pública, <http://data.ssp.cdmx.gob.mx/ciberdelincuencia.html>, investigado el 05 de marzo de 2017, Ciudad de México.

⁷⁸ Página web de INEGI, <http://cuentame.inegi.org.mx/monografias/informacion/df/poblacion/> investigado el 04 de junio de 2017.

Ya que existen programas informáticos a través de los cuales resulta casi imposible saber en qué lugar del mundo se llevó a cabo el delito, pero no solo nos enfrentamos a esa problemática, también pensemos que aun sabiendo en donde se produjo el delito, el resultado de este puede recaer en otro Estado, por lo cual la cooperación entre Estados, resulta fundamental para el combate a la ciberdelincuencia.

En el caso de México en esta materia nos estamos quedando muy atrasados, pues es necesario que la respuesta por parte del Estado mexicano resulte congruente con su posición de promover una gobernanza de Internet internacional, democrática y participativa, que logre un uso pacífico y orientado al desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones, ante la casi total ausencia de regulaciones sobre la red de redes que provoca efectos colaterales muy nocivos.

Con el incremento del ciberdelito y el ciberterrorismo, así como el uso militar del ciberespacio, o el empleo ilegal de este para agredir a otros Estados, se necesita de pasos y medidas urgentes y eficaces dentro de la cooperación

Entonces tenemos que con la posible inserción de México al Convenio de Budapest en materia de ciberdelincuencia que es uno de los instrumentos internacionales de cooperación al combate de la ciberdelincuencia, el Convenio de Budapest, más importante en el mundo Occidental, porque este sienta las bases de las consideraciones que se deben tomar en cuenta por parte de los Estados que son parte del mismo, donde se busca lograr un combate eficaz a la ciberdelincuencia.

El Convenio es el primer tratado internacional sobre delitos cometidos a través de Internet y otras redes informáticas, que trata en particular de las infracciones de derechos de autor, fraude informático, la pornografía infantil, los delitos de odio y violaciones de seguridad de red.

También contiene una serie de competencias y procedimientos, tales como la búsqueda de las redes informáticas y la interceptación legal.

Su principal objetivo, que figura en el preámbulo, es aplicar una política penal común encaminada a la protección de la sociedad contra el cibercrimen, especialmente mediante la adopción de una legislación adecuada y el fomento de la cooperación internacional.

Este convenio de Budapest, tiene sus orígenes en el Consejo de Europa en el año de 2001, en Budapest, por eso ha recibido de forma genérica este sobrenombre, este gran trabajo fue el resultado de la colaboración de más de treinta países, de los cuales no todos se adhirieron, ya que los Estados partes de la Unión Europea manifestaron su preocupación por los pasos agigantados que daba la cibercriminalidad y frente a la cual no poseían armas para su eficaz combate.

Los principales objetivos de este tratado son los siguientes:

1. La armonización de los elementos nacionales de derecho penal de fondo de infracciones y las disposiciones conectados al área de los delitos informáticos.
2. La prevención de los poderes procesales del derecho penal interno es necesaria para la investigación y el enjuiciamiento de esos delitos, así como otros delitos cometidos por medio de un sistema informático o pruebas en formato electrónico.
3. Establecimiento de un régimen rápido y eficaz de la cooperación internacional.⁷⁹

En el primer punto nos habla sobre la importancia que cada Estado prevea en su derecho interno, los tipos penales que puedan sancionar las conductas ilegales que realiza la cibercriminalidad.

Resulta totalmente necesario que, dentro del derecho de cada estado, también se tengan previstas políticas criminales que ayuden en la prevención de la ciberdelincuencia, así como que cada Estado este previsto del capital humano capacitado y la tecnología necesaria para la fase de investigación y persecución del fenómeno criminológico de la ciberdelincuencia.

Ya que cada Estado este previsto legislativa, ejecutiva y judicialmente de las herramientas necesarias para combatir la ciberdelincuencia, deben crearse los instrumentos en materia internacional de cooperación para que entre Estados, estén en condiciones de hacerle frente a estos ciberdelincuentes, que pueden operar de manera

⁷⁹Convenio de Budapest, 2001, Estrasburgo.

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016802fa41c>

individual pero también puede tratarse de grandes redes de delincuencia organizada, que inclusive pueden poner en peligro la seguridad nacional de cada Estado.

CAPÍTULO 4. LEGISLACIÓN MEXICANA, DERECHO COMPARADO (CASO ESPAÑA-MÉXICO)

4.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El 19 de septiembre de 1916 con el lema “Constitución y Reformas” se publicó la convocatoria mediante la cual el primer jefe del ejército constitucionalista y encargado del poder ejecutivo Venustiano Carranza llamaba a conformar un Congreso Constituyente que se encargaría de presentar un proyecto de reformas a la Constitución Política de 1857, lo que derivó en la promulgación de la Carta Magna de 1917 documento que permanece vigente hasta nuestros días y con base en el cual se rige jurídicamente el país.

Promulgada el 5 de febrero de 1917 la nueva constitución entró en vigor el primero de mayo de ese año como ley fundamental del estado mexicano en tanto establece los límites entre los poderes legislativo ejecutivo y judicial en los tres niveles de gobierno: federal, estatal y municipal, y entre éstos y los ciudadanos, además de garantizar, como pacto social supremo de la sociedad mexicana los derechos y deberes de los habitantes de la nación⁸⁰.

Nuestra carta máxima ha sido considerada la primera Constitución Social del Siglo XX, desde 1917 hasta un siglo después ha sufrido grandes modificaciones en su esencia, algunos de estos innecesarios, puesto que las Actas del Congreso Constituyente desde 1917 integraron la defensa de los derechos, casi en su totalidad, sin embargo, al ser un documento sujeto a interpretación, algunos derechos importantes han quedado precisamente sujetos a dicha interpretación, uno de estos derechos, es el derecho de intimidad el cual no se encuentre explícito en la misma, sin embargo podemos encontrarlo de manera implícita en algunos artículos de esta carta máxima, los cuales son motivo de estudio de este apartado en la presente investigación con apoyo de diversas jurisprudencias o tesis aisladas.

⁸⁰ Arroyo Vieyra, Francisco, *Actas del Congreso Constituyente 1916-1917*, ediciones mesa directiva, Cámara de Diputados, Ciudad de México, 2014, p. presentación.

Artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

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. Toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión. El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet. Para tales efectos, el estado establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios. Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo se observará lo siguiente:

A. Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la federación y las entidades federativas, 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. Los sujetos obligados deberán documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones, la ley determinará los supuestos específicos bajo los cuales procederá la declaración de inexistencia de la información.

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.

Este artículo se encuentra estrechamente vinculado con el acceso a la información, que a su vez se encuentra regulada por el normativo secundario de *Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública*, la libertad de expresión, la garantía

por parte del estado de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, el habeas data y la esfera de privacidad, este último motivo de estudio, de nuestra investigación. En este sentido, en el párrafo primero de este artículo, nos dice:

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.

Aquí encontramos los límites que existen en el derecho de libertad de expresión con la esfera de privacidad, en específico en el derecho de intimidad y el derecho de honor, como ya se ha venido comentado en el capítulo primero. La libertad de expresión, derecho de intimidad pertenecen a derechos humanos fundamentales para el libre desarrollo de la personalidad y el respeto de la dignidad, son derechos positivos, que a pesar de lo que tradicionalmente se pueda pensar, no son contrarios sino complementarios, aunque es cierto que conviven en una línea muy frágil, que de cruzarse puede vulnerarse entre sí.

El artículo constitucional más importante y que se vincula directamente con la esfera de privacidad es el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que nos dice:

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.

Y para la interpretación de este artículo en relación a la esfera de privacidad (derecho de intimidad, de honor, a la propia imagen y a inviolabilidad del domicilio) nos apoyaremos con las siguientes jurisprudencias las cuales serán analizadas de manera individual.

DERECHO A LA PRIVACIDAD O INTIMIDAD. ESTÁ PROTEGIDO POR EL ARTÍCULO 16, PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Dicho numeral establece, en general, la garantía de seguridad jurídica de todo gobernado a no ser molestado en su persona, familia, papeles o posesiones, sino cuando medie mandato de autoridad competente debidamente fundado y motivado, de lo que deriva la inviolabilidad del domicilio, cuya finalidad primordial es el respeto a un ámbito de la vida privada personal y familiar que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, con la limitante que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece para las autoridades. En un sentido amplio, la referida garantía puede extenderse a una protección que va más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que se desenvuelve normalmente la privacidad o la intimidad, de lo cual deriva el reconocimiento en el artículo 16, primer párrafo, constitucional, de un derecho a la intimidad o vida privada de los gobernados que abarca las intromisiones o molestias que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de la vida.⁸¹

Amparo en revisión 134/2008. Marco Antonio Pérez Escalera. 30 de abril de 2008. Cinco votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Rolando Javier García Martínez.

En la primer parte de este estudio los magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación hacen una interpretación general diciéndonos que en esta garantía de seguridad jurídica ningún gobernado debe ser molestado en su persona, familia, papeles o posesiones sino cuando medie mandato de autoridad competente debidamente fundado y motivado, este artículo constitucional es uno de los más invocados por los abogados y procuradores de justicia, precisamente por brindar esta garantía de seguridad jurídica de legalidad de las actuaciones parte del cualquier proceso legal, pero

⁸¹ *Tesis: 2ª. LXIII/2008, Semanario Judicial de la F, investigada el 05 de noviembre 2008 y su Gaceta, Tomo XXVII, mayo de 2008, novena época, p. 229, tesis aislada constitucional, número de registro 169700, México de 2016.*

en su segunda parte los magistrados en un sentido amplio realizan la interpretación del artículo en el sentido que la esfera de debe de ser respetada más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que se desenvuelve normalmente la privacidad e intimidad sino que también este derecho debe ser protegido de las intromisiones o molestias que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de la vida.

Para la presente investigación este estudio constitucional resulta importante en virtud de que en el sentido de por “cualquier medio”, por supuesto abarca a los medios informáticos, así que reforzados con este estudio e interpretación jurisprudencia, podemos afirmar que este derecho de intimidad, está previsto constitucionalmente y debe ser protegido por el estado mexicano ante su vulneración aún siendo el medio comisivo a través de medios informáticos⁸².

DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN. CONSTITUYEN DERECHOS HUMANOS QUE SE PROTEGEN A TRAVÉS DEL ACTUAL MARCO CONSTITUCIONAL.

Si conforme a las características que conforman a los derechos humanos, éstos no recaen sobre cosas materiales, sino que otorgan acción para lograr que el Estado respete los derechos garantizados, y se consideran esenciales e inherentes al ser humano y derivados de su propia naturaleza, resulta lógico que los atributos de la personalidad se enlacen directamente con tales derechos, pues los mencionados atributos tienen una coincidencia con las libertades protegidas por los derechos del hombre como son los concernientes al honor, a la intimidad y a la propia imagen que constituyen derechos subjetivos del ser humano, en tanto que son inseparables de su titular, quien nace con ellos, y el Estado debe reconocerlos. Como no recaen sobre bienes materiales, sino sobre la personalidad de los individuos, son generales porque corresponden a todos los seres humanos, y no pueden considerarse renunciables, transmisibles o prescriptibles, porque son inherentes a la persona misma, es decir, son intrínsecos al sujeto quien no puede vivir sin ellos. Ahora, del contenido expreso del artículo 1o. constitucional se advierte que

⁸² Tesis: I.5o.C.4 K (10a.), Libro XXI, Junio de 2013, Tomo 2, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, p.1258, Décima Época, número 2002844, México, investigada el 24 de octubre de 2016.

nuestro país actualmente adopta una protección amplia de los derechos humanos, mediante el reconocimiento claro del principio pro personae, como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, en aquellas que favorezcan y brinden mayor protección a las personas, aunado a que también precisa de manera clara la obligación de observar los tratados internacionales firmados por el Estado Mexicano al momento de aplicar e interpretar las normas jurídicas en las que se vea involucrado este tipo de derechos, como son los señalados atributos de la personalidad conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en casos en los que se involucra la posible afectación por daño moral de un atributo de la personalidad -en su vertiente del derecho al honor- debe aplicarse la tutela y protección consagrada en los principios reconocidos al efecto en nuestra Carta Magna, con independencia de que no exista una referencia expresa en el texto constitucional hacia la salvaguarda concreta del citado atributo, pues la obligación de protección deriva de disposiciones contenidas en dos tipos de ordenamientos superiores -Constitución y tratados internacionales- con los que cuenta el Estado Mexicano.⁸³

Al adoptar nuestro país una protección amplia de los Derechos Humanos, que se encuentra consagrada en el artículo primero constitucional, como bien mencionan los magistrados; mediante el reconocimiento claro del principio pro personae como eje rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas que favorecen y brindan esta mayor protección a las personas, máxime que está, también precisa de manera clara la observancia de los tratados internacionales firmados por el estado mexicano al momento de aplicar e interpretar las normas jurídicas en las que éste se ve involucrado en tipos de Derechos Humanos como son el derecho de intimidad el cual está reconocido en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el cual resulta fundamental para la dignidad de toda persona, así como en su sano y libre desarrollo de personalidad: *“debe aplicarse la tutela y protección consagrada en los principios reconocidos al efecto en nuestra Carta Magna, con independencia de que no exista una*

⁸³ Tesis: I.5º.C.4 K (10ª), Libro XXI, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo II, junio de 2013, Décima Época, número 2003844, México, p. 1258, investigada el 12 de octubre de 2016.

referencia expresa en el texto constitucional hacia la salvaguarda concreta del citado atributo, pues la obligación de protección deriva de disposiciones contenidas en dos tipos de ordenamientos superiores -Constitución y tratados internacionales- con los que cuenta el Estado Mexicano”.

DERECHOS A LA INTIMIDAD, PROPIA IMAGEN, IDENTIDAD PERSONAL Y SEXUAL. CONSTITUYEN DERECHOS DE DEFENSA Y GARANTÍA ESENCIAL PARA LA CONDICIÓN HUMANA.

Dentro de los derechos personalísimos se encuentran necesariamente comprendidos el derecho a la intimidad y a la propia imagen, así como a la identidad personal y sexual; entendiéndose por el primero, el derecho del individuo a no ser conocido por otros en ciertos aspectos de su vida y, por ende, el poder de decisión sobre la publicidad o información de datos relativos a su persona, familia, pensamientos o sentimientos; a la propia imagen, como aquel derecho de decidir, en forma libre, sobre la manera en que elige mostrarse frente a los demás; a la identidad personal, entendida como el derecho de todo individuo a ser uno mismo, en la propia conciencia y en la opinión de los demás, es decir, es la forma en que se ve a sí mismo y se proyecta en la sociedad, de acuerdo con sus caracteres físicos e internos y sus acciones, que lo individualizan ante la sociedad y permiten identificarlo; y que implica, por tanto, la identidad sexual, al ser la manera en que cada individuo se proyecta frente a sí y ante la sociedad desde su perspectiva sexual, no sólo en cuanto a sus preferencias sexuales sino, primordialmente, en cuanto a cómo se percibe él, con base en sus sentimientos y convicciones más profundos de pertenencia o no al sexo que legalmente le fue asignado al nacer y que, de acuerdo a ese ajuste personalísimo en el desarrollo de cada individuo, proyectará su vida en todos los ámbitos, privado y público, por lo que al ser la sexualidad un elemento esencial de la persona y de su psique, la autodeterminación sexual forma parte de ese ámbito propio y reservado de lo íntimo, la parte de la vida que se desea mantener fuera del alcance de terceros o del conocimiento público. Por consiguiente, al constituir derechos inherentes a la persona, fuera de la injerencia de los demás, se configuran como derechos de defensa y garantía esencial para la condición humana, ya

que pueden reclamarse tanto en defensa de la intimidad violada o amenazada, como exigir del Estado que prevenga la existencia de eventuales intromisiones que los lesionen por lo que, si bien no son absolutos, sólo por ley podrá justificarse su intromisión, siempre que medie un interés superior.

Amparo directo 6/2008. 6 de enero de 2009. Once votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Laura García Velasco.

El Tribunal Pleno, el diecinueve de octubre en curso, aprobó, con el número LXVII/2009, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a diecinueve de octubre de dos mil nueve.

La esfera de privacidad, son derechos inherentes a su calidad de ser humano, donde en general en el sentido del derecho de intimidad y como bien mencionan los magistrados; es el derecho del individuo a no ser conocido por otros en ciertos aspectos de su vida y por ende el poder de decisión sobre la publicidad o información de datos relativos a su persona, familia, pensamientos o sentimientos, y la propia imagen como aquel derecho de decidir en forma libre sobre la manera en que elige mostrarse frente a los demás” y al ser derechos positivos, así como derechos de defensa y garantía esencial para la condición humana, el Estado debe allegarse de las medidas legales necesarias para protegerlos, como es un tipo penal que en caso de que estos se vean vulnerados permita sancionar las conductas que los lastiman⁸⁴.

DERECHO A LA VIDA PRIVADA. EL RESPETO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR NO ESTÁ LIMITADO A ASPECTOS DE LA VIDA PROPIA, SINO QUE SE EXTIENDE A LOS DE OTRAS PERSONAS CON QUIENES SE TIENE UNA VINCULACIÓN ESTRECHA.

El artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce el derecho a la protección a la familia. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la Convención Americana sobre Derechos

⁸⁴ Tesis: 2a. LXIII/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, número 169700, México, p. 229, investigada el 12 de octubre de 2016

Humanos contiene dos artículos que protegen la vida familiar de forma complementaria: el artículo 11, numeral 2, exige la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada; y el artículo 17, que reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. En ese sentido, el respeto a la intimidad personal y familiar no está limitado a aspectos de la vida propia, sino que se extiende a los de la vida privada de otras personas con quienes se tiene una vinculación estrecha.

Como ya ha quedado de manifiesto en la presente investigación y apoyándonos con la anterior tesis aislada del estudio constitucional que hacen los magistrados queda claro, que el derecho de intimidad no sólo abarca a la persona en sí misma sino que se extiende a la familia y que esta protección se ve protegida no solo por el dieciseisavo constitucional, sino también por el cuarto constitucional.

DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. SE IMPONE SÓLO FRENTE A TERCEROS AJENOS A LA COMUNICACIÓN.

La reserva de las comunicaciones, prevista en el artículo 16, párrafos decimosegundo y decimotercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se impone sólo frente a terceros ajenos a la comunicación. De tal forma que el levantamiento del secreto por uno de los participantes en la comunicación no se considera una violación a este derecho fundamental. Lo anterior no resulta óbice para que, en su caso, se configure una violación al derecho a la intimidad dependiendo del contenido concreto de la conversación divulgada.⁸⁵

4.2 Códigos locales donde están establecidos en algún grado los delitos informáticos.

4.2.1 Artículo 336 del Código Penal vigente del Distrito Federal (Ciudad de México).

Artículo 336. Se impondrán de tres a nueve años de prisión y de cien a cinco mil días multa al que, sin consentimiento de quien esté facultado para ello:

⁸⁵ Tesis: 1a./J. 5/2013 (9a.), Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 1, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, número de registro digital: 159859, p.357, México, investigado el 13 de octubre de 2016.

Produzca, imprima, enajene, distribuya, altere o falsifique tarjetas, títulos o documentos utilizados para el pago de bienes y servicios o para disposición de efectivo;

II. Adquiera, utilice, posea o detente tarjetas, títulos o documentos para el pago de bienes y servicios, a sabiendas de que son alterados o falsificados;

Adquiera, utilice, posea o detente, tarjetas, títulos o documentos auténticos para el pago de bienes y servicios, sin consentimiento de quien esté facultado para ello;

Altere los medios de identificación electrónica de tarjetas, títulos o documentos para el pago de bienes y servicios;

Acceda a los equipos electromagnéticos de las instituciones emisoras de tarjetas, títulos o documentos para el pago de bienes y servicios o para disposición de efectivo;

Adquiera, utilice o posea equipos electromagnéticos o electrónicos para sustraer la información contenida en la cinta o banda magnética de tarjetas, títulos o documentos, para el pago de bienes o servicios o para disposición de efectivo, así como a quien posea o utilice la información sustraída, de esta forma; o

A quien utilice indebidamente información confidencial o reservada de la institución o persona que legalmente esté facultada para emitir tarjetas, títulos o documentos utilizados para el pago de bienes y servicios, o de los titulares de dichos instrumentos o documentos.

Produzca, imprima, enajene, distribuya, altere, o falsifique vales utilizados para canjear bienes y servicios. Si el sujeto activo es empleado o dependiente del ofendido, las penas se aumentarán en una mitad.⁸⁶

4.2.2 Artículo 174 del Código penal vigente del Estado de México.

Capítulo IV

Falsificación y utilización indebida de títulos al portador, documentos de crédito público y documentos relativos al crédito

Artículo 174. Se impondrán de cuatro a diez años de prisión y de ciento cincuenta a quinientos días multa al que:

Produzca, imprima, enajene aun gratuitamente, distribuya, altere o falsifique tarjetas, títulos o documentos para el pago de bienes y servicios o para disposición de efectivo, sin consentimiento de quien esté facultado para ello;

Adquiera, utilice, posea o detente indebidamente, tarjetas, títulos o documentos para el pago de bienes y servicios, a sabiendas de que son alterados o falsificados;

Adquiera, utilice, posea o detente indebidamente, tarjetas, títulos o documentos auténticos para el pago de bienes y servicios, sin consentimiento de quien esté facultado para ello;

Altere los medios de identificación electrónica de tarjetas, títulos o documentos para el pago de bienes y servicios;

Acceda indebidamente a los equipos de electromagnéticos de las instituciones emisoras de tarjetas, títulos o documentos para el pago de bienes y servicios o para disposición de efectivo; y

Sin consentimiento de quien esté facultado para ello, produzca, imprima, enajene, distribuya, altere o falsifique vales en papel o impresos o cualquier dispositivo en forma de tarjeta plástica, asociado a un sistema de pagos y prestaciones emitido por personas morales, utilizados para canjear bienes y servicios.

Las mismas penas se impondrán a quien utilice indebidamente información confidencial o reservada de la institución o persona que legalmente esté facultada para emitir tarjetas, títulos, documentos, vales o dispositivos en forma de tarjeta plástica utilizados para el pago de bienes y servicios. Si el sujeto activo es empleado o dependiente del ofendido, las penas aumentarán en una mitad. En el caso de que se actualicen otros delitos con motivo de las conductas a que se refiere este artículo se aplicarán las reglas del concurso.

4.2.3 Artículo 170-Bis del Código Penal vigente de Jalisco.

Capítulo VIII

Falsificación de Medios Electrónicos o Magnéticos

Artículo 170-Bis. Se impondrán de tres a nueve años de prisión y multa por el equivalente de doscientos a cuatrocientos días de salario mínimo general vigente en la

época y área geográfica en que se cometa el delito, al que, sin consentimiento de quien esté facultado para ello:

Produzca, imprima, enajene, distribuya, altere o falsifique, aun gratuitamente, adquiera, utilice, posea o detente, sin tener derecho a ello, boletos, contraseñas, fichas, tarjetas u otros documentos que no estén destinados a circular y sirvan exclusivamente para identificar a quien tiene derecho a exigir la prestación que en ellos se consigna, siempre que estos delitos no sean de competencia federal;

Altere, copie o reproduzca, indebidamente, los medios de identificación electrónica de boletos, contraseñas, fichas u otros documentos a los que se refiere la fracción I de este artículo;

Acceda, obtenga, posea o detente indebidamente información de los equipos electromagnéticos o sistemas de cómputo de las organizaciones emisoras de los boletos, contraseñas, fichas u otros documentos a los que se refiere la fracción I de este artículo, y los destine a alguno de los supuestos que contempla el presente artículo; y

Adquiera, utilice, posea o detente equipos electromagnéticos o electrónicos para sustraer en forma indebida la información contenida en la cinta magnética de los boletos, contraseñas, fichas u otros documentos a los que se refiere la fracción I del artículo. Las mismas penas se impondrán a quien utilice o revele indebidamente información confidencial o reservada de la persona física o jurídica que legalmente esté facultada para emitir los boletos, contraseñas, fichas u otros documentos a los que se refiere la fracción I de este artículo, con el propósito de realizar operaciones ilícitas y no autorizadas por la persona emisora, o bien, por los titulares de los boletos, contraseñas, fichas u otros documentos a los que se refiere este artículo. Si el sujeto activo es empleado o dependiente del ofendido, las penas aumentarán en una mitad.

4.2.4 Artículo 170-Bis del Código Penal vigente de Nuevo León.

Título décimo falsedad (reformada su denominación P.O. 28 de julio de 2004)

Capítulo I

Falsificación de títulos al portador, documentos de crédito público y relativos al crédito.

(....)

Artículo 242 bis. - Se impondrán de tres a nueve años de prisión y multa de ciento cincuenta a cuatrocientas cincuenta cuotas al que, sin consentimiento de quien esté facultado para ello, incurra en cualquiera de las siguientes conductas:

I.- Produzca, reproduzca, introduzca al estado, enajene, aun gratuitamente, o altere, tarjetas de crédito o de débito, o la información contenida en éstas, esqueletos de cheque o documentos utilizados para el pago de bienes y servicios o para disposición de efectivo;

II.- Adquiera o utilice, con propósito de lucro indebido, cualquiera de los objetos a que se refiere la fracción anterior, a sabiendas de que son alterados o falsificados;

III.- Posea o detente, sin causa legítima, cualquiera de los objetos a que se refiere la fracción I de este artículo;

IV.- Altere los medios de identificación electrónica de cualquiera de los objetos a que se refiere la fracción i de este artículo

V.- Acceda indebidamente a los equipos electromagnéticos de las instituciones emisoras de cualquiera de los objetos a que se refiere la fracción I de este artículo. Las mismas penas se impondrán a quien utilice indebidamente información confidencial o reservada de la institución o persona que legalmente esté facultada para emitir tarjetas, títulos o documentos utilizados para el pago de bienes y servicios. Si el sujeto activo es funcionario o empleado del ofendido, las penas se aumentarán en una mitad. Si además del delito previsto en este artículo, resultare cometido otro se aplicarán las reglas del concurso.

4.2.5 Artículo 170-Bis del Código Penal vigente de Jalisco

Capítulo II Falsificación de documentos y uso de documentos falsos.

Artículo 189 bis. Se impondrá hasta una mitad más de las penas previstas en el artículo anterior (prisión de seis meses a tres años y de quince noventa días multa) al que:

I.- Produzca, imprima, enajene aun gratuitamente, distribuya o altere tarjetas, títulos, documentos o instrumentos utilizados para el pago de bienes o servicios o para disposición en efectivo, sin consentimiento de quien esté facultado para ello.

II.- Adquiera, posea o detente ilícitamente tarjetas, títulos, documentos o instrumentos para el pago de bienes y servicios o para disposición de efectivo a sabiendas de que son alterados o falsificados.

III.- Copie o reproduzca, altere los medios de identificación electrónica, cintas o dispositivos magnéticos de documentos para el pago de bienes o servicios o para disposición en efectivo.

IV.- Accese indebidamente los equipos y sistemas de cómputo o electromagnéticos de las instituciones emisoras de tarjetas, títulos, documentos o instrumentos para el pago de bienes y servicios o para disposición de efectivo. Las mismas penas se impondrán a quien utilice indebidamente información confidencial o reservada de la institución o persona que legalmente esté facultada para emitir tarjetas, títulos, documentos o instrumentos para el pago de bienes y servicios o para disposición de efectivo. Si el sujeto activo es empleado o dependiente del ofendido, las penas aumentarán hasta en una mitad más. En el caso de que se actualicen otros delitos con motivo de las conductas a que se refiere ese artículo se aplicarán las reglas del concurso⁸⁷.

Si bien los artículos de los códigos locales anteriormente citados contienen de alguna forma delitos que pueden cometerse a través de medios informáticos y/o electrónicos resultan coincidentes en su contenido, por lo cual el análisis lo realizaremos en manera conjunta ya que de lo contrario resultaría redundante su estudio

En este sentido y en general podemos encontrar que el tipo penal nos habla de que quien altere copie o reproduzca indebidamente los medios de identificación electrónica de boletas contraseñas fichas u otros documentos, adquiera, utilice, posea o detente equipos electromagnéticos o electrónicos para sustraer en forma indebida la información contenida en la cinta magnética de los boletos, contraseñas, fichas u otros documentos

a los que se refiere la fracción I del artículo. Las mismas penas se impondrán a quien utilice o revele indebidamente información confidencial o reservada de la persona física o jurídica que legalmente esté facultada para emitir los boletos, contraseñas, fichas u otros documentos a los que se refiere la fracción I de este artículo, con el propósito de realizar operaciones ilícitas y no autorizadas por la persona emisora, o bien, por los titulares de los boletos, contraseñas, fichas u otros documentos a los que se refiere este artículo.

4.2.5 Artículo 217 del Código Penal vigente de Sinaloa.

Capítulo V

Delito Informático

Artículo 217.

Comete delito informático, la persona que dolosamente y sin derecho:

I. Use o entre a una base de datos, sistema de computadores o red de computadoras o a cualquier parte de la misma, con el propósito de diseñar, ejecutar o alterar un esquema o artificio, con el fin de defraudar, obtener dinero, bienes o información;

II. Intercepte, interfiera, reciba, use, altere, dañe o destruya un soporte lógico o programa de computadora o los datos contenidos en la misma, en la base, sistema.

Al responsable de delito informático se le impondrá una pena de seis meses a dos años de prisión y de noventa a trescientos días multa.

Es importante mencionar que el artículo 217 del Código Penal de Sinaloa, el concepto de delito informático queda muy incompleto y no cumple con los requisitos esenciales para la creación de un tipo penal, porque para comenzar nos dice artículo 217, que; comete delito informático la persona que dolosamente y sin derecho (...) En este sentido al hablar del sujeto activo queda muy escueto, pareciera que en este sentido para

que aplique el tipo penal, tiene que tratarse de “una persona” pero ¿qué sucede si son varios? me parece que está mal redactado en esta primera parte.

Ahora en su fracción primera dice; al que use o entre a una base de datos sistema de computadores o red de computadoras o a cualquier parte de la misma con el propósito de diseñar ejecutar o alterar un esquema o artificio con el fin de defraudar, obtener dinero, bienes o información en este sentido sabemos que los medios informáticos no sólo comprenden a las computadoras también pueden comprender smartphones, tablets, relojes, etc. Que se puede considerar como medio informático, entonces en este punto queda rezagado el solo considerar a las computadoras como un medio informático, continua diciendo ;con el propósito de diseñar ejecutar o alterar un esquema o artificio, me parece que tampoco está bien establecido y queda errado el propósito ya que en delitos contra el sistema informático podemos encontrarnos entre varios supuestos, como pueden ser; los atentados contra la integridad de los sistemas y los datos, los delitos de apropiación indebida delitos de robo de información dentro de los sistemas informáticos, acceso y/o utilización fraudulenta de equipos informáticos, falsedades informáticas, intrusismo informático y espionaje informático.

Por lo anterior, no quedan colmados los elementos esenciales para la existencia de este artículo y no resulta viable su aplicación en casos concretos en la vida real.

4.3 Derecho comparado (caso España-México).

El estudio de derecho comparado es una de las grandes herramientas con las que contamos los estudiosos de la ciencia jurídica, en el caso en particular de esta investigación el derecho comparado en el caso España- México, ha resultado fundamental para encontrar bases sólidas para la misma, ya que no solo resulta un modelo ideal por las implementaciones legales y de investigación que se han realizado en ese país, sino también por algunos rasgos sociales comunes que presentan ambas sociedades, máxime que al haber sido México una colonia española, tenemos una gran influencia no solo social sino que también está muy presente en un nuestro sistema jurídico

En virtud de que el caso de España, resulta un modelo ideal como ejemplo para el combate a la cibercriminalidad, lo tomaremos como estudio de derecho comparado. La

Unión Europea, ha hecho frente a la cibercriminalidad, valiéndose de herramientas tecnológicas y capital humano especializado para dar un combate eficaz a la cibercriminalidad, pero para que esto pueda llevarse a la práctica, se necesita de una fundamentación legal adecuada, esto lo encontramos en el Convenio de Budapest, del cual ya se habló previamente, y al ser parte España uno de los países de la Unión Europea, ha entrado a este combate para protección de sus gobernados, y si bien, presentan áreas de oportunidad que fortalecer, el combate resulta eficaz para la protección de los gobernados españoles.

Hay que recordar que uno de los mayores problemas con el que se puede enfrentar la justicia ante la cibercriminalidad, es el constante “cambio y avance tecnológico” que existe, es decir, su metodología criminal está en constante cambio, que les permite la misma tecnología, ya que esta cambia a cada momento, así que puede parecer que la cibercriminalidad siempre estará un paso adelante de cualquier sistema jurídico que le haga frente, sin embargo, y por este mismo motivo, es necesario comenzar hacerle frente y a combatirla con herramientas legales que nos brinden protección a la sociedad mexicana.

4.4 Antecedentes, legislación y conceptos doctrinales en España acerca de los delitos informáticos y la esfera de privacidad artículo 18 Constitucional (derecho de intimidad).

Uno de los autores más importantes, desde mi punto de vista y que ha realizado importantes contribuciones a la doctrina en sentido general acerca de la cibercriminalidad es el doctor Ignacio Flores Prada, y que es autor del libro “Criminalidad Informática” del cual se han citado en varios momentos de esta investigación, conceptos aportados por él, pero al ser un autor español, es importante establecer su relevancia en este apartado, máxime que me concedió una entrevista y nos dice que: “Los delitos en Internet o más ampliamente la llamada criminalidad informática, es uno de los efectos generados por las nuevas tecnologías de la comunicación. Y es un efecto lógico si tenemos en cuenta que estas tecnologías han conseguido crear una nueva dimensión del espacio, que no es tan tangible o sensorial sino virtual, en el que se almacena o por el que circula información codificada a través de canales informáticos”

La esfera de privacidad (derecho de intimidad) en España se encuentra regulado en el artículo 18.de la Constitución Española, que no dice lo siguiente:

Artículo 18.

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

2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

Analizando este artículo es clara a la protección que existe de la esfera de privacidad en la Constitución Española y es un reflejo de la importancia que representa para este para esta nación, así como para sus gobernados, elevando a derecho fundamental, este derecho humano necesario para la dignidad y libre desarrollo de la personalidad de cualquier ser humano.

En el punto uno de este artículo dieciocho de la Constitución Española podemos encontrar de manera explícita la garantía al derecho de honor a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

En este primer párrafo del precepto dieciocho constitucional se cuenta ya con un contenido complejo, pues en él se protegen, en primer lugar, el derecho al honor, en segundo lugar, el derecho a la intimidad, tanto personal como familiar, y en tercer lugar el derecho a la propia imagen, derechos como que cuenta con rasgos comunes, pero también con aspectos que permiten distinguir tres derechos diferenciados. En este sentido la doctora Ascensión Elvira Perales nos dice que; *en definitiva, y tal y como ha señalado la STC 14/2003, son tres derechos autónomos y sustantivos, aunque estrechamente vinculados entre sí, en tanto que derechos de la personalidad, derivaos de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas.*⁸⁸

⁸⁸ Congreso Español, Sinopsis realizada por: Ascensión Elvira Perales, Profesora Titular. Universidad Carlos III. Diciembre 2003. Actualizado por la autora en octubre de 2006. Actualizada por Ángeles González Escudero, Letrada de las Cortes Generales. Enero 2011, investigado el 05 de mayo de 2017, España.

En este aspecto se habla sobre la esfera de privacidad de las personas, y el cómo se protegen en el artículo 18 de la Constitución Española, pero como bien realizan este análisis, son derechos que se encuentran vinculados unos a otros, con rasgos comunes, pero a la vez son autónomos y que se debe hablar de ellos respetando esta autonomía.

Buscando proteger la esfera de manera integral, pero respetando la independencia y rasgos autónomos de cada uno, para llegar a esta protección que en este párrafo se expresa como patrimonio moral de las personas y que para mí toma un sentido aún mayor, como es la dignidad de las personas, que es un derecho inherente al ser humano y que de ninguna manera debe perderse.

En el punto dos, nos dice que el domicilio es inviolable en este sentido, nos habla de un domicilio real hablando que no puede haber ninguna entrada registro sin el consentimiento del titular o resolución judicial salvo en caso de flagrante delito lo cual resulta muy coincidente con nuestra constitución en el artículo dieciséis.

Y en el punto tres, nos da la garantía del secreto de las comunicaciones especificando como medios las postales telegráficas y telefónicas, salvo, claro que exista una resolución judicial

El punto cuarto del artículo dieciocho, resulta fundamental para el estudio de la presente investigación en virtud de que a la letra reza la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor

Aquí encontramos la fundamentación constitucional necesaria que limita el acceso y uso de la informática previendo la garantía del honor la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos

Aquí encontramos la base constitucional para la creación del artículo 197, 197 bis, 197 ter, 197 quater, 197 quinquies del Código Penal Español donde nos hace hincapié del respeto hacia el derecho a la intimidad, el derecho de honor, a la propia imagen.

Sigueiendo con el estudio que nos brinda la doctora Ascención Elvira Perales, nos dice:

A) El derecho al honor es el que ha gozado de protección por parte de nuestro ordenamiento de manera tradicional, al configurar uno de los derechos clásicos de la personalidad y ha sido objeto de una larga interpretación jurisprudencial, fruto de la cual

se distinguen un aspecto inmanente y otro trascendente del honor: el primero consiste en la estima que cada persona tiene de sí misma; el segundo, por su parte, radica en el reconocimiento de los demás de nuestra dignidad (STS de 23 de marzo de 1987), se vincula así, pues, con la fama, con la opinión social. En este sentido hay que tener presente que el honor está vinculado a las circunstancias de tiempo y lugar de forma tal que el concepto actual del honor poco tiene que ver, no ya con el propio de nuestro siglo de oro, sino con el de hace pocas décadas (STC 185/1989, de 13 de noviembre). Desde el punto de vista personal, por su parte, la afectación al honor habrá de valorarse teniendo en cuenta la relevancia pública del personaje, su afectación a la vida profesional o a la privada, y las circunstancias concretas en la que se produce (en un momento de acaloramiento o con frialdad...) así como su repercusión exterior (SSTC 46/2002, de 25 de febrero; 20/2002, de 28 de enero; 204/2001, de 15 de octubre; 148/2001, de 27 de junio...).

Aunque el derecho en principio es un derecho de las personas individualmente consideradas, cabe poner de relieve como el Tribunal Constitucional ha reconocido el derecho a un pueblo o etnia (el pueblo judío, STC 214/1991, caso Violeta Friedman). Por otra parte se admite que puedan ser titulares del derecho personas jurídico privadas; sin embargo, ha negado el carácter de derecho fundamental a personas jurídicos públicas (STC 107/1988, de 8 de junio).⁸⁹

Como bien se dice en el párrafo anterior, el derecho de honor es susceptible a dos modos; el reconocimiento propio del honor y el manejo del mismo, es decir, nosotros en este modo somos responsables de nuestro *honor* y le ponemos un valor al mismo, y aunque existen parámetros en la sociedad y en la misma dignidad humana, cada quien tiene un concepto propio de su *honor*, en la segunda es en el sentido inverso, es la proyección directa de nuestro *honor* frente a la sociedad y la percepción que se tiene del mismo, además es, el reconocimiento de nuestra dignidad como ser humano.

Coincido con la autora que la definición del honor, tiene que ver con el modo de tiempo y lugar, sin embargo, esto es algo que no se puede dejar al libre arbitrio del todo, porque si bien es cierto, el honor, ya no puede ser entendido de la misma forma, que

⁸⁹ Ibidem.

hace dos siglos en México, o cualquier parte del mundo occidental, eso en el sentido del tiempo, también nos encontramos con la evolución de los derechos humanos, los cuales deben ser protegidos en cualquier lugar del mundo, en este sentido el concepto de “honor” es tan importante que en muchas culturas del Islam, el perder el honor es igual a perder la vida, casi siempre estos castigos recaen en mujeres. Pero hasta aquí, estamos hablando en un sentido real de la vida, pero ¿qué pasa cuando esto los trasladamos al mundo virtual?, ¿debe protegerse cuando se vulnera el honor de una persona en la red?

Si bien es cierto la red, es algo intangible, las repercusiones de la vulneración del derecho de honor, recaen en el mundo real, contra el patrimonio moral, psicológico e inclusive económico de las personas, por eso la segunda respuesta, es que, si debe protegerse el honor de una persona, aunque se vulnere este derecho por medio de la red, resulta totalmente necesario para la protección de sus derechos humanos, como la dignidad de las personas.

Siguiendo ese razonamiento, no estoy de acuerdo con lo que dice la autora en el sentido que debe tomarse en cuenta la relevancia pública del personaje o el momento en que se realiza (acaloramiento o frialdad), con la propagación tan rápida y masiva que existe en el internet, todos somos susceptibles a tener una relevancia pública en cuestión de minutos, cuántas veces hemos visto, la fama que puede adquirir *un lord o lady* en cuestión de minutos al viralizarse un video por la red por un hecho de tránsito, es una persona que hacía cinco minutos nadie la conocía, y en cuestión de minutos ha sido vista o visto por miles, ahora en el segundo punto me parece que estamos frente a dos panoramas en el sentido del momento en que se realiza; uno, es en el sentido que alguien exponga su honor por encontrarse en un momento de perturbación, acaloramiento, una enfermedad o trastorno mental, o cualquier otro factor endógeno o exógeno, que pueda llevarlo a exponer o poner en peligro su honor.

Y el otro, es que alguien que vulnere el honor de otra persona, después quiera excusarse, que lo hizo en un momento de *acaloramiento* o *por impulso*, no prevee el alcance de su conducta, lo cual desde mi punto de vista no podría ser un justificante en virtud de que la repercusión de su conducta en el honor de la otra persona, resulta de un

acto premeditado, con alevosía y ventaja, para dañar a otro y el cual no debe justificarse de ningún modo, en algunos casos excepcionales podría resultar un atenuante.

En el párrafo analizado, nos encontramos con una resolución del Tribunal Constitucional, y me parece muy interesante conocerlo y es STC 214/1991, caso Violeta Friedman, (el cual se deriva de los graves abusos y violación sistemática de los derechos humanos que cometieron en contra de esta mujer y otros innumerables personas por su condición de pertenecer al pueblo judío en la segunda guerra mundial por parte de los miembros del nazismo) señala el Tribunal el reconocimiento a la protección del derecho de honor de un grupo étnico o pueblo, el razonamiento del Tribunal Constitucional es el siguiente:

"... En nuestro ordenamiento constitucional... están legitimados para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo". A diferencia, pues, de otros ordenamientos, tales como el alemán o el propio recurso individual ante la Comisión Europea de Derechos Humanos [art. 25.1 a) CEDH], nuestra Ley Fundamental no otorga la legitimación activa exclusivamente a la "víctima" o titular del derecho fundamental infringido, sino a toda persona que invoque un "interés legítimo"... Tratándose, en el presente caso, de un derecho personalísimo, como es el honor, dicha legitimación activa corresponderá, en principio, al titular de dicho derecho fundamental.

Pero esta legitimación originaria no excluye, ni la existencia de otras legitimaciones (v. gr. la legitimación por sucesión de los descendientes, contemplada en los arts. 4 y 5 de la L.O. 1/1982, de protección del derecho al honor), ni que haya de considerarse también como legitimación originaria la de un miembro de un grupo étnico o social determinado, cuando la ofensa se dirigiera contra todo ese colectivo, de tal suerte que, menospreciando a dicho grupo socialmente diferenciado, se tienda a provocar del resto de la comunidad social sentimientos hostiles o, cuando menos, contrarios a la dignidad, estima personal o respeto al que tienen derecho todos los ciudadanos con independencia de su nacimiento, raza o circunstancia personal o social (arts. 10.1 y 14 C.E.).

En tal supuesto, y habida cuenta de que los tales grupos étnicos sociales e incluso religiosos son, por lo general, entes sin personalidad jurídica y, en cuanto tales, carecen

de órganos de representación a quienes el ordenamiento pudiera atribuirles el ejercicio de las acciones, civiles y penales, en defensa de su honor colectivo, de no admitir el art. 162.1 b) C.E., la legitimación activa de todos y cada uno de tales miembros, residentes en nuestro país, para poder reaccionar jurisdiccionalmente contra las intromisiones en el honor de dichos grupos, no sólo permanecerían indemnes las lesiones a este derecho fundamental que sufrirían por igual todos y cada uno de sus integrantes, sino que también el Estado español de Derecho permitiría el surgimiento de campañas discriminatorias, racistas o de carácter xenófobo, contrarias a la igualdad, que es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama (art. 1.1 C.E.) y que el art. 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, expresamente proscribire ("toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley")⁹⁰

El Tribunal Constitucional, sienta un precedente importante para la protección de este derecho de honor, no solo de manera individual y personal, sino en virtud también de un grupo o etnia.

B) El derecho a la intimidad se vincula a la esfera más reservada de las personas, al ámbito que éstas siempre preservan de las miradas ajenas, aquél que desea mantenerse oculto a los demás por pertenecer a su esfera más privada (SSTC 151/1997, de 29 de septiembre), vinculada con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). De esta forma el derecho a un núcleo inaccesible de intimidad se reconoce incluso a las personas más expuestas al público (STC 134/1999, de 15 de julio). La intimidad, de acuerdo con el propio precepto constitucional, se reconoce no sólo al individuo aisladamente considerado, sino también al núcleo familiar (SSTC 197/1991, de 17 de octubre o 231/1988, de 2 de diciembre).

Partiendo de las anteriores premisas, conviene hacer algunas puntualizaciones: Por una parte, al igual que sucede con el honor, la extensión del derecho se ve condicionada por el carácter de la persona o el aspecto concreto de su vida que se ve afectado, de acuerdo también con las circunstancias particulares del caso. Por otra, el

⁹⁰ Revista Derecho Constitucional, El Caso Violeta Friedman, sobre el derecho de honor: STC 214/1991, artículo de domingo 13 de julio de 2014, <http://www.derechoconstitucional.es/2014/07/caso-violeta-friedman-derecho-al-honor-stc-214-1991.html>, investigado 15 de julio de 2017, Ciudad de México.

Tribunal Constitucional ha interpretado en alguna ocasión que el alcance de la intimidad viene marcado por el propio afectado (STC 115/2000, de 5 de mayo, STC 83/2002 y STC 196/2004), no obstante esta afirmación habrá que ponerla en relación con lo anterior pues, de lo contrario, el alcance del derecho pondría en riesgo, por ejemplo, la libertad de información.

La referencia anterior no debe hacer creer que las únicas injerencias a la intimidad provienen de excesos en las libertades de expresión o información, al contrario, la protección del derecho se muestra imprescindible también en el ámbito laboral, donde habrá que deslindar aquel control idóneo, necesario y equilibrado de la actividad laboral (STC 186/2000, de 10 de julio), de aquéllos otros que supongan una injerencia en la intimidad de los trabajadores afectados injustificada o desproporcionada (STC 98/2000, de 10 de abril); o en otros casos en los que existe una relación especial de sujeción, como acontece en el ámbito penitenciario (204/2000, de 24 de julio y 218/2002, de 25 de noviembre). En los últimos años ha cobrado una gran importancia la necesidad de protección de la intimidad frente a determinados de controles de carácter general como son los que implica la utilización de la video vigilancia, desarrollada por la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos.⁹¹

Me parece muy adecuado el concepto que se da del derecho de intimidad en el desarrollo del artículo de la doctrina y legislación española que se analiza, en precisión del artículo 18 de la Constitución Española, hay algunos puntos que me gustaría remarcar, tenemos que el derecho de intimidad como bien se dice es el que se vincula a la esfera más privada de la persona, pero no solo de la persona sino de su núcleo familiar, el cual es establecido en la legislación española en SSTC 197/1991, además de esto, este derecho de intimidad y su protección para le legislación española, como muchos otros están en constante evolución, como lo podremos ver con la reforma de 2015, de la que se hablara más adelante, en el estudio del artículo 197 del Código Penal Español.

⁹¹ Congreso Español, Sinopsis realizada por: Ascensión Elvira Perales, Profesora Titular. Universidad Carlos III. Diciembre 2003. Actualizado por la autora en octubre de 2006. Actualizada por Ángeles González Escudero, Letrada de las Cortes Generales. Enero 2011, investigado el 05 de mayo de 2017, España.

En cuanto a lo que dice la autora de este artículo, en el sentido de que las vulneraciones al derecho de intimidad no solo provienen de los excesos de la libertad de expresión o de información en los que cae la víctima, aquí podemos poner el claro ejemplo de las redes sociales y de lo controvertido que ha resultado esta situación, ya que las opiniones, inclusive en el ámbito jurídico se encuentran divididas.

Pongamos un caso que resulta muy común en la realidad, cuando alguien sube una foto a la popular red social “Facebook”, muchos piensan que por el hecho de subir esta foto cualquier otra persona puede hacer mal uso de ella, cuando en realidad no es así, si bien es cierto, cuando una persona acepta el contrato que establece la ya mencionada red social, acepta que las imágenes, audio, y cualquier otro tipo de expresión de información personal, puede hacer uso de estas Facebook, sin embargo, esto no le confiere derechos a terceros para que estos hagan uso de la información personal o familiar de quien la comparte.

Por otra parte, también nos habla de la posible injerencia que puede existir en el ámbito laboral como un control o medio idóneo de resguardo de la paz y seguridad para los trabajadores y para la misma empresa o institución donde se labora, sin embargo, aquí también nos encontramos con esta delgada línea donde por el bien común (de los trabajadores y patrimonio de la empresa y/o institución), puede vulnerarse la esfera de privacidad de quienes hay laboran. Por eso hay que tener muy en claro que si bien es importante que la seguridad prevalezca en un área de trabajo, también es importante que las personas que hay laboran cuenten con un espacio de privacidad e intimidad, para que se desarrolle de manera digna su personalidad, entonces, ejemplificando, sería natural que se encuentren cámaras de seguridad en las puertas de acceso de un establecimiento laboral, pero no sería digno que se encontraran cámaras de seguridad en los sanitarios, ya que esto sería atentar contra la dignidad humana de quien haga uso de esos sanitarios.

Ya lo decía Juan Jacobo Rousseau, en su tratado del Contrato Social

“En toda sociedad deben renunciar los individuos a parte de su libertad en favor del bien común, y está les trae mayores beneficios que perfeccionan su naturaleza”⁹²

Desde mi punto de vista, esto resulta totalmente cierto, pongamos el reciente ejemplo del atentado terrorista que sufrió Barcelona y Tarragona, es lógico pensar que después de estos hechos la Policía Nacional, la Guardia Civil Española, así como cualquier otro ente de investigación en cooperación con el gobierno Español, este realizando investigaciones minuciosas, donde el estado deba intervenir comunicaciones, pero esto es más que justificado, porque gracias a este tipo de trabajo de investigación se han podido detener o abatir a casi todas las personas responsables del atentado, que pertenecen a una célula radical de los yihadistas, y gracias a esto también se han evitado mayores tragedias, en este caso en particular, y que nos sirve para ejemplifica y con un razonamiento lógico, tenemos entendido que la intervención estatal que se hay dado o se esté dando es en beneficio de la población española, pero también pueden existir intrusiones estatales que no resulten justificadas en beneficio de la sociedad y que dañen la esfera de privacidad del ciudadano, en su dignidad como ser humano.

C) El derecho a la propia imagen salvaguarda la proyección exterior de dicha imagen como medio de evitar injerencias no deseadas (STC 139/2001, de 18 de junio), de velar por una determinada imagen externa (STC 156/2001, de 2 de julio) o de preservar nuestra imagen pública (STC 81/2001, de 26 de marzo). Este derecho está íntimamente condicionado por la actividad del sujeto, no sólo en el sentido de que las personas con una actividad pública verán más expuesta su imagen, sino también en el sentido de que la imagen podrá preservarse cuando se desvincule del ámbito laboral propio (STC 99/1994, de 11 de abril).

Estos tres derechos podrán verse afectados, por tanto de manera independiente, pero también, con frecuencia, de forma conjunta, dada su evidente proximidad.

⁹² Rousseau, Jean- Jacques, *El contrato social*, 1762, Ed. Porrúa, ed. 15, S/T, estudio preliminar Moreno Daniel, México p. 34.

Estos derechos tienen su más inmediato riesgo del ejercicio de las libertades de expresión e información, lo que llevará a que el ejercicio en la ponderación de bienes entre los derechos del artículo 18 y 20 constituyan un ejercicio habitual por parte de en los operadores del derecho.⁹³

El derecho de imagen nos habla precisamente sobre este derecho que tenemos cada persona para salvaguardar esta imagen como medio de evitar injerencias no deseadas, también nos habla sobre el respeto que se debe establecer cuando se es una figura pública, en este sentido, nos dice que si bien una persona pública es alguien que su imagen está expuesta de alguna forma, esta exposición debe estar solamente relacionada a su desempeño profesional u oficio, esta imagen no puede ser vulnerada en un ámbito meramente personal o familiar.

Como ya ha quedado precisado, el derecho a la propia imagen, es parte de la esfera de privacidad y aunque los mismos cuentan con una autonomía, muchas veces interactúan y por lo tanto cuando es vulnerado uno pueden ser vulnerados los otros ya estudiados, hay que tener en cuenta que el límite de estos derechos debe establecerse, de manera clara, ya que de lo contrario, podríamos poner en peligro, otros derechos tan importantes, como la libertad de expresión, por eso es importante conocer perfectamente sus características.

El desarrollo de la protección de estos derechos lo efectúa, principalmente, la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, en la que se intentan deslindar los supuestos de intromisión ilegítima (art. 7), de aquellos que no puedan reputarse como tales, por mediar consentimiento o por recoger imágenes públicas (art. 8). Junto a esta Ley hay que mencionar igualmente la protección penal a través de los delitos de injurias y calumnias (arts. 205-210; 491, 496, 404-5 CP), y la que ofrece la L.O. 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, desarrollada

⁹³ Congreso Español, Sinopsis realizada por: Ascensión Elvira Perales, Profesora Titular. Universidad Carlos III. Diciembre 2003. Actualizado por la autora en octubre de 2006. Actualizada por Ángeles González Escudero, Letrada de las Cortes Generales. Enero 2011, investigado el 05 de mayo de 2017, España.

*por el Real Decreto 596/1999, de 16 de abril, donde se establecen, por lo que a la garantía de la intimidad se refiere, desde la información sobre la existencia de videocámaras a la destrucción de las grabaciones, salvo las que contengan imágenes relacionadas con infracciones penales o administrativas graves, con la correspondiente obligación de reserva por parte de los que tengan acceso a las imágenes (art. 8 y 9 L.O. 4/1997). Inviolabilidad del domicilio. (...)*⁹⁴

Con el análisis de este artículo legal podemos conocer los antecedentes legales con los que rige actualmente la legislación española, en particular en relación con artículo 18 de la Constitución Española, en protección al derecho de intimidad, así como de los derechos que, aunque autónomos del derecho de intimidad, son parte de la esfera de privacidad y se encuentran estrechamente vinculados con este derecho de intimidad.

Secreto de las comunicaciones

"En una sociedad tecnológicamente avanzada como la actual, el secreto de las comunicaciones constituye no sólo garantía de libertad individual, sino instrumento de desarrollo cultural, científico y tecnológico colectivo" (STC 132/2002, de 20 de mayo).

(.....)

Titulares del derecho son cualquier persona física o jurídica, nacional o extranjera, recogiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para quien las nociones "vida privada" y correspondencia" del art. 8 del convenio incluyen tanto locales privados como profesionales (STEDH de 16 de febrero de 2000, asunto Amann), igualmente reconocida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE de 18 de mayo de 1982, A.M.S. v. Comisión).

*En el Código Penal de 1995 (L.O.10/1995, de 23 de noviembre) tienen cabida la tipificación de la interceptación de comunicaciones por parte de particulares, personas físicas (art. 197).*⁹⁵

Charles Darwin en su teoría de la evolución de las especies, hizo mención sobre la imperante necesidad del ser humano de adaptarse a las condiciones que lo rodean, esto

⁹⁴ *Ibidem.*

⁹⁵ *Ibidem.*

aplica no solo en el campo de la biología, ni en los tiempos que realizó esta teoría, sino no resulta una premisa verdadera, también en la actualidad y ante la evolución tecnológica que está presente en todas las sociedades; una gran parte de los seres humanos que habitamos el planeta, estamos en constante contacto con la tecnología en muchos momentos de nuestra vida, así que como bien apunta la autora, en esta sociedad donde mantenemos esta estrecha vinculación con la tecnología, el secreto de las comunicaciones no solo se interpreta como esta garantía de libertad individual, sino más allá de esto como este instrumento que ella hace mención para el avance cultural, científico y tecnológico, así como se han creado normas para convivir en sociedad de manera armoniosa, también deben existir normas que ayuden a tener la misma armonía en la sociedad virtual, ya que esta sociedad a pesar de no ser tangible, tiene repercusiones reales en un nuestras vidas como individuos parte de la sociedad.

Informática

La protección de los datos frente al uso de la informática es nuestra Constitución una de las primeras en introducirlo dado que es precisamente en los años de su redacción cuando comienzan a apreciarse los peligros que puede entrañar el archivo y uso ilimitado de los datos informáticos. Nuestros constituyentes tomaron, en este caso, el ejemplo de la Constitución portuguesa, sólo dos años anterior a la española.

Una primera interpretación llevó a considerar este derecho como una especificación del derecho a la intimidad, pero el Tribunal Constitucional ha interpretado que se trata de un derecho independiente, aunque obviamente estrechamente relacionado con aquél (SSTC 254/1993, de 20 de julio y 290/2000, de 30 de noviembre).⁹⁶

(...).

La Constitución Española, fue sancionada por el Rey Juan Carlos I de España, el 27 de diciembre de 1978, pero el estudio para realizarla comenzó desde tiempo atrás, y lo interesante de este es que desde esos años hayan incluido en su artículo 18 la protección de la esfera de privacidad, que incluye a los derechos de intimidad, honor y a la propia imagen.

⁹⁶ *Ibidem.*

Desde entonces han existido varias interpretaciones jurisprudenciales por el Tribunal Constitucional Español, al cual podemos comprender mejor con lo que dice el doctor Guillermo Escobar Roca, Director del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Alcalá de Henares y co- tutor de la presente investigación.

“En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no hay que buscar principios y pronunciamientos generales de tipo doctrinal, pues no corresponde a dicho tribunal la elaboración de la teoría. Sin embargo, su papel de intérprete supremo de la Constitución, según reza, el artículo 1.1 de su Ley Orgánica y sobre todo la importancia de la sentencia constitucional en el sistema de fuentes nos obligan a comenzar con la referencia a sus pronunciamientos el estudio del tratamiento constitucional...”⁹⁷

Estos criterios e interpretaciones que ha realizado el Tribunal Constitucional Español han colaborado enormemente en la protección al derecho de intimidad en España.

Por otro lado, resulta imprescindible conocer lo que el doctor Ignacio Flores Prada, nos señala que: dentro del Derecho Interno, cabe hacer aquí mención a la normativa complementaria de carácter técnico, entre la que destaca la Ley 34/2002, de 11 de julio, sobre Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Ley 25/2007, de 28 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, y la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

Por un lado, la ley de 2002 viene a desarrollar la Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo (del Parlamento europeo y del Consejo), relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores y más, especialmente, la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio (del Parlamento europeo y del Consejo), relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior.

⁹⁷ Escobar Roca, Guillermo, “La objeción de conciencia en la Constitución Española, Centro de Estudios Constitucionales”, Madrid, 1993.

(...) los contenidos más importantes se recogen en los dos primeros títulos, dedicados respectivamente a las disposiciones generales (objeto y ámbito de aplicación) y al régimen general de prestación de servicios de la sociedad de la información.

Por lo que se refiere a las disposiciones generales, que establecen el marco jurídico inicial para situar los llamados servicios en Internet, destaca, por una parte, la definición de servicios de la sociedad de la Información, en los que hay que incluir la contratación electrónica, el suministro de información por Internet, las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la Red, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la copia temporal de las páginas, el alojamiento de información en los servidores, los servicios o aplicaciones facilitadas por otros, la provisión de instrumentos de búsqueda o enlace, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios, siempre que represente una actividad económica para el prestador. El ámbito de aplicación, porque de él depende nada menos que los criterios para determinar la competencia jurisdiccional. (...).

En el título segundo de la Ley 34/2002, se contiene básicamente el régimen jurídico de la prestación de servicios, en el que se regulan con cierto detalle los requisitos para iniciar la prestación de servicios, las posibles limitaciones (con base a la preservación del orden público, la salud pública, la dignidad de la persona y la protección de la juventud e infancia), las obligaciones del prestador de servicios y la extensión de su responsabilidad.⁹⁸

4.5 Artículo 197 del Código Penal Español.

Este artículo representa una adecuada legislación en defensa y protección al derecho de intimidad, al que se debe tomar atención y realizar un análisis puntual del mismo para tomarlo como un importante parámetro para la protección del derecho de intimidad en nuestro país, tomando en cuenta las necesidades y características propias de la sociedad mexicana.

En el estudio de derecho comparado, encontré un artículo que resulta fundamental para la presente investigación, y que puede resultar una gran referencia para la creación

⁹⁸ Flores Prada, Ignacio, *Criminalidad Informática*, Ed. Tirant lo Blanch, 2012, España, p.38.

del tipo penal que proteja la vulneración del derecho de intimidad en materia informática o medios electrónicos, por lo cual el análisis de este artículo resulta imprescindible.

TÍTULO X

Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio

CAPÍTULO I

Del descubrimiento y revelación de secretos

Artículo 197.

1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Para comenzar, podemos darnos cuenta que el derecho de intimidad en la legislación española no solo se encuentra tutelado en materia constitucional, del que ya hablamos previamente, sino que este se encuentra sancionado penalmente cuando este bien jurídico tutelado es vulnerado, lo cual, no solo me parece acertado sino necesario en cualquier sociedad.

Lo podemos encontrar en el título X, bajo el nombre de “*Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*”.

Del capítulo I bajo el nombre de “Del descubrimiento y revelación de secretos” en el artículo 197 en el párrafo primero, nos dice que el sujeto activo que para descubrir los secretos o buscando vulnerar la intimidad de otro (particular), sin su consentimiento lo cual es un elemento necesario para que se configure el delito, (aunque nos encontraremos más adelante con un particularidad en este sentido, y del cual hare las precisiones necesarias), continuando, nos dice que se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, en este sentido ya estamos hablando sobre el objeto en representación del derecho de

intimidad, es decir cuando se acceso ilícitamente a mi correo electrónico, por consiguiente, existe una vulneración directa a mi derecho de intimidad, también nos dice que cuando se intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos *de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, aquí nos habla nuevamente del acceso ilícito a cualquier tipo de telecomunicación, y especifica que serán acreedores a una sanción con pena corporal de uno a cuatro años, además de multa de doce a veinticuatro meses.*

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

Aquí nos habla nuevamente de la falta de autorización, y quien se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de otro particular, sus datos personales o familiar, hay que recordar que la intimidad, no solo abarca el ámbito personal sino también el familiar que estén registraos en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, donde se sancionara del mismo modo, con pena corporal de un año a cuatro, y con multa de doce a veinticuatro meses, pero aquí el sujeto pasivo, no solo es el titular del derecho, sino un tercero que pueda resultar también dañada su derecho de intimidad con la conducta desplegada por el sujeto activo,.

3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores. Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.

Este párrafo tercero, nos dice que alcanzarán una pena corporal de dos a cinco años cuando este sujeto activo difunde, revela o cede a terceros los datos reservados

personales o familiares, ya sea en información, imágenes, conversaciones, o cualquier otro dato de carácter personal o familiar, pero también está párrafo sanciona al sujeto activo con la pena de un año a tres de prisión y con multa de doce a veinticuatro meses, al que sin ser el autor del delito, ni haber participado en el mismo, pero que conozca de su origen ilícito, difunda, revele o ceda a terceros, los datos reservados de carácter personal y/o familiar.

4. Los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo serán castigados con una pena de prisión de tres a cinco años cuando: a) Se cometan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros; o b) se lleven a cabo mediante la utilización no autorizada de datos personales de la víctima. Si los datos reservados se hubieran difundido, cedido o revelado a terceros, se impondrán las penas en su mitad superior.

En el punto cuatro se hacen las precisiones acerca de las sanciones que puede alcanzar el sujeto activo cuando tenga la calidad de “persona encargada o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros; o cuando se lleven a cabo mediante la utilización no autorizada de datos personales de la víctima, en este apartado en lo personal me parece un poco redundante, ya que desde el primer párrafo, había quedado clara esta característica.

5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

Aquí encontramos como agravante, en su mitad superior de las penas del párrafo primero cuando la intromisión ilegítima y vulneración del derecho de intimidad afecte los datos de carácter personal que revelen datos tan sensibles y personalísimos como la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual o bien cuando el sujeto pasivo resulte ser un menor de edad o una persona necesitada de especial protección, lo cual me parece, un correcto razonamiento, ya que los grupos vulnerables son los que

deben ser especialmente protegidos y las conductas dañinas que se realicen contra ellos, sancionadas de manera ejemplar.

6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado anterior, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años.

Aquí podemos darnos cuenta de que la pena se incrementa cuando se realizan estas conductas ilegales con fines de lucro, además que en este punto puede concurrir un concurso de delitos, pongamos el ejemplo de la vulneración del derecho de intimidad con el de trata de personas.

7. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona. La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.

Precisamente en este punto, nos encontramos con el resultado de la llamada Reforma de 2015, que fue motivada por el caso de Olvido Hormigos, la cual fue dañada gravemente en su derecho de intimidad, y que además le trajo graves consecuencias en su ámbito familiar, así como la pérdida de su empleo con concejala de los Yébenes, en Toledo, España, por un video que en su momento compartió con alto contenido sexual y exposición de su cuerpo, brindándose auto placer, con una persona con la que sostenía una relación sentimental, este caso sentó un precedente importante en el derecho de intimidad y dio paso entre otros casos similares a la reforma de 2015, la cual nos dice que si bien existe una transmisión del derecho de intimidad al enviarla con anuencia a

otra persona, este vulnera este derecho de intimidad al difundir, revelar o ceder a terceros las imágenes o grabaciones audiovisuales, como bien lo ha señalado el doctor Enrique Sanz Delgado, Director del Instituto de Ciencia Policiales de la Universidad de Alcalá de Henares en España y que vemos fortalecido con el artículo “Efectos de la Reforma de 2015 en los delitos contra la intimidad” de los profesores Antonio Doval Pais y Enrique Anarte Borrallo,

“Con la criminalización de la difusión de imágenes o grabaciones audiovisuales de la intimidad obtenidas con anuencia de la víctima, la reforma de 2015, ha ampliado significativamente el ámbito de las indiscreciones punibles, sobre todo por cuanto convierte a todos en confidentes necesarios sometido a la amenaza de la intervención penal, (...)

En este sentido parecido a lo que se observa en otros ordenamientos, como el alemán, se pretende salir al paso de estos casos, en los que la relación en la que se basa la confianza debería de ser una garantía de la reserva de la intimidad. Sin embargo, precisamente lo insidioso del ataque se atribuye a que quien lo protagoniza frustra la confianza, que depositó la víctima al facilitarle personalmente la obtención de las imágenes.

(....)

La configuración de la conducta típica requiere que tengan lugar dos momentos (...) uno inicial, de obtención y consiguiente tenencia lícita de las imágenes y otro, posterior, de revelación.

Para el primero, las imágenes o grabaciones pueden haber sido obtenidas bien por el autor de la revelación con el asentamiento de la víctima, según un importante sector de la doctrina. (...)

El tipo vendría a ser una infracción con espacio circunscrito, en tanto que contiene una exigencia adicional que se refiere al lugar y a las circunstancias en que ha de ser llevado a cabo el hecho inicial. Se exige así que las fotografías o grabaciones hayan sido obtenidas (en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, sino, más bien, a la idea de un ámbito con una expectativa razonable de privacidad. (...)

El momento de la revelación, que es en el que cuaja el injusto del delito, puede consistir tanto en la muestra de las imágenes a un tercero (revelación), como en su traspaso a una o más personas (cesión) o en su abierta divulgación (difusión).

En cualquier caso, el traspaso o el descubrimiento de las imágenes debe hacerse a terceros, por lo que cabe descartar entre los destinatarios de la conducta típica a otros protagonistas de la escena...

El tipo se cierra con el requisito de que la divulgación (sic) menoscabe gravemente la intimidad personal de la víctima. Esta exigencia, en la que se plasma particularmente el desvalor del resultado, llama la atención, sobre todo, si se confronta con el criterio doctrinal y jurisprudencial dominante, empeñado en anular dicho desvaloren los delitos contra la intimidad o la propia imagen.⁹⁹

CÓDIGO PENAL Y LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA

4.6 Artículo 197 bis del Código Penal Español.

1. El que, por cualquier medio o procedimiento, vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, y sin estar debidamente autorizado, acceda o facilite a otro el acceso al conjunto o una parte de un sistema de información o se mantenga en él en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años.

En este artículo podemos darnos cuenta que cuando cualquier sujeto, por cualquier medio o procedimiento, incluyendo por supuesto el medio informático vulnere las medidas de seguridad establecidas para impedirlo y que sin estar autorizado acceda o facilite a otro el acceso al conjunto o una parte de un sistema de información o se mantenga en el contra la voluntad de quién es el legítimo titular del derecho, la legislación española prevé una sanción con pena de prisión de seis meses a dos años.

2. El que, mediante la utilización de artificios o instrumentos técnicos, y sin estar debidamente autorizado, intercepte transmisiones no públicas de datos informáticos que

⁹⁹ Doval Pais, Antonio, Anarte Borrallo, Enrique, "Efectos de la Reforma de 2015 en los delitos contra la intimidad" Ed. La Ley, 1948-2016 INV - EDPC - Artículos de revistas, 1138-9907, investigado en Universidad de Alcalá de Henares, España, el 14 de junio de 2017, p.5.

se produzcan desde, hacia o dentro de un sistema de información, incluidas las emisiones electromagnéticas de los mismos, será castigado con una pena de prisión de tres meses a dos años o multa de tres a doce meses.

En esta fracción segunda del artículo 197 bis nos dice que, mediante la utilización de artificios, instrumentos técnicos sin tener la autorización realice interceptación de transmisiones no públicas de datos informáticos, que se producen desde, hacia o dentro de un sistema de información donde incluyen las emisiones electromagnéticas de estos, la legislación española prevé una sanción con pena de prisión de tres meses a dos años y en este caso la multa de 3 a 12 meses.

4.7 Artículo 197 ter del Código Penal Español.

Será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de tres a dieciocho meses el que, sin estar debidamente autorizado, produzca, adquiera para su uso, importe o, de cualquier modo, facilite a terceros, con la intención de facilitar la comisión de alguno de los delitos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 197 o el artículo 197 bis: a) un programa informático, concebido o adaptado principalmente para cometer dichos delitos; o b) una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un sistema de información.

En el artículo 197 ter del Código Penal español nos dice que al sujeto que sin estar debidamente autorizado produzca adquiera para su uso importe o de cualquier modo facilite a terceros para que se pueda cometer alguno de los delitos que se refieren a los apartados 1 y 2 del artículo 197 que nos dicen el que para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro sin su consentimiento se apodere de sus papeles cartas mensajes de correo electrónico cualesquiera de otros documentos Efectos Personales y que en ese sentido se tenga un programa informático que está creado o adaptado principalmente para cometer dichos delitos o una contraseña de ordenador un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad a una parte de un sistema de información Se le impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años de prisión o multa de 3 a 12 meses.

4.7 Artículo 197 quater del Código Penal Español.

Si los hechos descritos en este Capítulo se hubieran cometido en el seno de una organización o grupo criminal, se aplicarán respectivamente las penas superiores en grado.

En el artículo 197 quater del Código Penal español encontramos que sí es una organización o grupo criminal los que los que cometen estos delitos se les aplicarán respectivamente las penas superiores en grado

4.8 Artículo 197 quinquies del Código Penal Español.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los artículos 197, 197 bis y 197 ter, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

4.9 El Ministerio Fiscal Español.

El Ministerio fiscal Es el órgano investigador y persecutor de los delitos en España que ejerce las funciones que son señaladas por las normas reguladoras y el ordenamiento jurídico estatal con el fin de dar satisfacción al interés social a través de la defensa de la legalidad y del interés público tutelado por la ley el cual es atendido por los tribunales de justicia en varios ámbitos en el penal en el civil en el contencioso administrativo y social

El artículo 3 del Estatuto de Ministerio Fiscal define en apartados las funciones del Ministerio Fiscal que son, entre otras, las siguientes:

1. Velar por que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ellas señalados, ejercitando, en su caso, las acciones, recursos y actuaciones pertinentes.
2. Ejercer cuantas funciones le atribuya la ley en defensa de la independencia de los jueces y tribunales.

3. Velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa.

4. Ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda.

5. Intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos o instruyendo directamente el procedimiento en el ámbito de lo dispuesto en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas diligencias que estime oportunas.

6. Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley.

7. Velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas.

8. En materia de responsabilidad penal de menores las funciones que le encomiende la legislación específica, debiendo orientar su actuación a la satisfacción del interés superior del menor.

9. Promover o, en su caso, prestar el auxilio judicial internacional previsto en las leyes, tratados y convenios internacionales.¹⁰⁰

4.10 Fiscalía Especializada en Criminalidad Informática de España.

Las funciones del Fiscal de Sala de Criminalidad Informática aparecen desglosadas en la Instrucción 2/2011 sobre el Fiscal de Sala de Criminalidad Informática y las Secciones de Criminalidad Informática de las Fiscalías y son las siguientes:

¹⁰⁰, Funciones del Ministerio Fiscal, página https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/el_ministerio_fiscal/funciones_ministerio_fiscal/!ut/p/a1/jZLBDolwEEQ_qVsKTTkWEVoVMTRE6MVwMiSKHozfbyFegLh1e2ryprOzW2JJQ-zQvfr9-ofQ3cb75ZftFSSagM7kVYJyJwFgjLFII8c0DoAfpSEuT4_iMzptUkipZjZBI89AiD6cMNXvajC__pHDBD__WnlX6oicAAt6jBOGYhFfufiQIqamzjNAIQn_2iA-JdHT_4R8OQ_E4tZTBOcAGzF8xcWMwC-BNZdWF9M6_sHKA09TTPfvW811M10Gt35Aeu2ija/di5/d5/L2dJQSEvUUt3QS80SmIFL1o2X0lBSEExSVMwSkdMOEYwQUdJU0l1SEgzOFYw/, investigado 20 de mayo de 2017, a las 11:17 a.m., Alcalá de Henares, España.

1. *Practicar las diligencias a que se refiere el artículo cinco del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal e intervenir directamente, o a través de instrucciones, en aquellos procesos penales de especial trascendencia apreciada por el Fiscal General del Estado, referentes a hechos delictivos relacionados con la Criminalidad Informática.*
2. *Supervisar y coordinar la actividad de las secciones de Criminalidad Informática y recabar informes de las mismas, dando conocimiento al Fiscal Jefe del órgano del Ministerio Fiscal en que se integran.*
3. *Coordinar los criterios de actuación de las distintas Fiscalías en materia de criminalidad informática, para lo cual podrá proponer al Fiscal General la emisión de las correspondientes Instrucciones y reunir cuando proceda a los Fiscales integrantes de las secciones especializadas.*
4. *Elaborar anualmente y presentar al Fiscal General del Estado un informe sobre los procedimientos seguidos y actuaciones practicadas por el Ministerio Fiscal en materia de criminalidad informática que será incorporado a la Memoria anual presentada por el Fiscal General del Estado.*
5. *Coordinar la intervención del Ministerio Fiscal en las investigaciones relativas a hechos comprendidos en el marco de actuación de la especialidad cuando afecten al territorio de más de una Fiscalía provincial y revistan especial complejidad o trascendencia.*
6. *Mantener contacto con las autoridades administrativas con competencia en esta materia para resolver las cuestiones generales que, relacionadas con su función, puedan ir planteándose. Apoyar y facilitar, a su vez, la comunicación directa que los Fiscales especialistas deban establecer con las dichas autoridades en sus respectivos territorios.*
7. *Promover la organización y celebración de actividades formativas, cursos, jornadas de especialistas o seminarios de especialización relacionados con la Criminalidad Informática y colaborar con la Secretaría Técnica en la determinación de criterios para la formación de Fiscales especialistas, dentro del marco de los planes de formación inicial y continuada de la Carrera Fiscal.*

8. *Supervisar y coordinar la actividad de las secciones de Criminalidad Informática y recabar informes de las mismas, dando conocimiento al Fiscal Jefe del órgano del Ministerio Fiscal en que se integran.*

9. *Coordinar los criterios de actuación de las distintas Fiscalías en materia de criminalidad informática, para lo cual podrá proponer al Fiscal General la emisión de las correspondientes Instrucciones y reunir cuando proceda a los Fiscales integrantes de las secciones especializadas¹⁰¹*

Es muy importante el conocer las funciones con las que está facultada la Fiscalía Especializada en Criminalidad Informática de España, ya que podemos reconocer en estas las facultades legales de que esta investida para la correcta persecución de los delitos informáticos, y que permite que los casos de cibercriminalidad puedan judicializarse y ser sancionados conforme el código adjetivo en materia penal en España.

¹⁰¹ *Ibidem.*

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se llegó a la conclusión durante el desarrollo de esta investigación, a través del análisis de diversos conceptos que se encuentran dentro del marco teórico, en el capítulo primero; el estudio de los derechos fundamentales, el estudio de la esfera de privacidad, en particular del derecho de intimidad y tomando como parámetro el artículo doceavo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que nos dice: Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra y a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”, y con fundamento en el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Estado Mexicano debe brindar la protección de este derecho humano a sus gobernados y sancionar las conductas que la vulneren.

SEGUNDA.- La esfera de privacidad resulta vital para el sano y libre desarrollo de la personalidad, así como para el respeto de la dignidad humana y está conformada por el derecho de intimidad, derecho al honor, a la propia imagen, a la inviolabilidad del domicilio en sentido real o virtual, y aunque son derechos autónomos unos de otros, se encuentran estrechamente vinculados entre sí y a medida que se vulnera uno a través de medios informáticos generalmente se perjudica al otro, como se analizó en la presente investigación.

TERCERA. - Existe una problemática real en nuestra sociedad mexicana, presente por los altos índices de cibercriminalidad ya que en solo un año (2016) alrededor de 45 millones de personas en México han sido víctimas de un ciberataque, de las cuales el 68% están relacionados por suplantación y robo de identidad¹⁰², los cuales por su misma naturaleza vulneran del derecho de intimidad.

CUARTA.- La vulneración de la esfera de privacidad (derecho de intimidad, derecho a la propia imagen, derecho al honor, inviolabilidad del domicilio) se da a través de cualquier medio informático, sin embargo por ser las más populares y con mayor facilidad de acceso para cualquier persona, máxime que es donde las imágenes y audio se

¹⁰²<http://aristeguinoticias.com/2407/mexico/mexico-tercer-lugar-mundial-en-ciberdelitos-china-y-sudafrica-lo-superan/>

comparten a través de sus plataformas; son las llamadas “redes sociales”, aunque no dejamos de lado cualquier otro medio informático que pueda ser un canal para la realización de estas conductas dañinas para la dignidad del ser humano.

QUINTA. - Resulto fundamental para la presente investigación, realizar un análisis de la legislación mexicana, en su Carta Máxima, donde si bien no se encuentra protegido el derecho de intimidad de manera explícita, en apoyo de criterios jurisprudenciales realizados por los magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de un análisis e interpretación lógica jurídica, podemos fundamentar la protección de la esfera de privacidad en su artículo sexto y décimo sexto.

También se realizó el análisis de algunos artículos Códigos Adjetivos en materia penal de diferentes estados donde se encuentran tipificados de alguna manera ya sea por su comisión o como conductas que pueden clasificarse como que delitos informáticos, en virtud de sus características, como en el caso de Sinaloa, sin embargo, la mayoría de los delitos son estos van relacionados con delitos patrimoniales y en ningún caso sanciona el derecho que es objeto en la presente investigación.

SEXTA.-Este estudio se allegó a través de una estancia de investigación en la Universidad de Alcalá de Henares del derecho comparado, analizando la legislación española que resultó fundamental para encontrar bases sólidas, para la justificación de la propuesta de creación del tipo penal, máxime que en la legislación Española el derecho de intimidad se encuentra protegido constitucionalmente como ya quedado establecido y que además cuenta con el tipo penal que sanciona la vulneración de este derecho de intimidad, desde su artículo 197, 197 bis, 197 ter, 197 quater, y 197 quinquies, dentro de los cuales con la llamada Reforma de 2015, , se han visto perfeccionados para lograr una protección integral del gobernado español, y que el injusto penal sea sancionado de manera integral y en todos los supuestos posibles que pudieran darse para vulnerar la intimidad de una persona.

El derecho comparado en el caso España- México, también resulto ideal para esta investigación, en virtud de que además de encontrarse sancionadas estas conductas lesivas contra la intimidad de la persona, cuentan con un Ministerio Fiscal especializado en la persecución de la cibercriminalidad, lo cual nos allega de más herramientas jurídicas

para que el tipo penal propuesto pueda ser en su momento perseguido de manera correcta, a través de un órgano investigador especializado, del cual no se profundiza en este momento por salir de la delimitación del objeto de estudio, pero que se prevé abordar en otro momento de investigación.

SEPTIMO.- A través del análisis que se realizó de la doctrina y la legislación durante la presente y haciendo razonamientos lógico-jurídicos, se ha tratado de explicar la cibercriminalidad y los delitos informáticos demostrando la necesidad de establecer medios jurídicos adecuados de defensa en protección del derecho de intimidad en materia informática, a través de un tipo penal con el que precisamente se busca hacer una aportación al sistema jurídico punible mexicano, en su Código Adjetivo Penal en este caso en particular de la Ciudad de México, para que este después pueda ser adoptado por otras entidades del Estado Mexicano, y con esto lograr una protección integral para el gobernado mexicano.

PROPUESTA

Como se ha desarrollado en el presente estudio, el objetivo principal de la misma ha sido encontrar un medio legal que brinde protección a los gobernados en su esfera de privacidad, (derecho de intimidad) en este sentido y a través de un minucioso análisis *ab origine* de la legislación, principios generales de derecho, doctrina, etc, de la esfera de privacidad, cibercriminalidad y de todos sus elementos esenciales, se tiene como propuesta retomar en su redacción, el tipo penal ya regulado en el derecho español, en el artículo 197 del código penal español, justificándose este planteamiento por contener y satisfacer las características jurídicas y sociales necesarias para nuestro país, ya que resulta imprescindible para el respeto de los derechos humanos de cualquier persona que esté bajo la tutela y protección del Estado, comenzando por los gobernados de la Ciudad de México, para que este después pueda ser adoptado por otras entidades del Estado Mexicano, y con esto lograr una protección integral para el gobernado mexicano por lo cual se sugiere la posible inserción en el Código Penal de la Ciudad de México del siguiente texto:

“Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”.

Artículo.

1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas

se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores. Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.

4. Los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo serán castigados con una pena de prisión de tres a cinco años cuando: a) Se cometan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros; o b) se lleven a cabo mediante la utilización no autorizada de datos personales de la víctima. Si los datos reservados se hubieran difundido, cedido o revelado a terceros, se impondrán las penas en su mitad superior.

5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado anterior, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, traducción y estudio introductorio, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2007.
- Aboso, Gustavo Eduardo-Zapata, María Florencia, *Cibercriminalidad y Derecho Penal*, Ed.2006, Ed. Tirant, España.
- Amuchategui Requena, Griselda, *Derecho Penal*, Tercera Edición, Ed. Oxford, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- Anzit Guerrero Ramiro *El Derecho Informático: Aspectos Fundamentales*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, Argentina 2010.
- Cacharel, Jean, *Cómo hacer casi todo en la Computadora*,_3ra. Edición, Selecciones Reader'sDigest, México 2008. Idem bibliografía capítulo 1.
- Arocena Gustavo A, *La regulación de los delitos Informáticos en el Código Penal Argentino*. Introducción a la Ley Nacional.
- Azaola Calderón, Luis, *Delitos Informáticos y Derecho Penal* 2da. Ed. UBIJUS PGJDF, México, 2010.
- Bastida Frijeido, Francisco, El fundamento de los derechos fundamentales, catedrático de derecho constitucional, Universidad de Oviedo, España, Revista electrónica del departamento de derecho de la Universidad de la Rioja, número 3, año 2005, España, Redur3/año2005, <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero3/bastida.pdf>, p.
- Bazúa, Whitte Alfredo, *Los derechos de la personalidad. Sanción civil a su violación*. Colección colegio de notarios del Distrito Federal", 2004.
- Beltrán de Heredia Castaño, J., "Construcción jurídica de los derechos de la personalidad", Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 29 de marzo de 1976.
- Bernal Pulido Carlos, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal electoral del poder judicial de la federación*, ed. 2009.
- Carbonell Sánchez, Miguel, *Derechos fundamentales en México*, México, editorial Porrúa; edición 6, 2014.

- Carbonell Sánchez, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, Serie doctrina Jurídica, Núm 247 ed.2014, Investigaciones jurídicas de la UNAM, Ed Porrúa, México.
- Camacho Losa, L., *El delito informático*, Gráficas Condor, Madrid, 1987.
- Campoli Gabriel, *Delitos Informáticos en la legislación mexicana*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2005.
- Castán Tobeñas José, *Los derechos de la personalidad*, Ed. Reus, 1958, Madrid, España.
- Castro Cuenca G. (Coordinador) *De los Delitos Informáticos LEY 1276 DE 2009. Manual de Derecho Penal Parte Especial*, Universidad del Rosario, Bogotá ,.
- Dienheim, Barriguette, *El derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen*, septiembre-octubre de 2002, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/57/pr/pr28.pdf> p'<g
- Escobar Roca, Guillermo, *La objeción de conciencia en la Constitución Española*", Ed. Colección estudios constitucionales", 1993, Madrid, España.
- Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*,_Ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, España, Trotta, 2004.
- Ferrajoli, Luigi, "Sobre los derechos fundamentales", Cuestiones constitucionales, núm 15 julio-diciembre 2006.
- Flores Prada, Ignacio. *Criminalidad Informática: Aspectos Sustantivos y Fundamentales*, 1ra. Ed. Tirant lo Blanch, México,2012.
- Galán Juárez Mercedes, *Intimidación: Nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. S.A
- Hernández Delgado, Vicente, *La tipificación de los delitos informáticos (Estudio jurídico-dogmático)* Ed. CEAIPES, ed.2010, Universidad Autónoma de Sinaloa, México.
- Matellanes Rodríguez, Nuria, "*Algunas notas sobre la dificultad de demarcar un espacio de tutela penal para la ordenación del territorio*", en Revista Penal, nº 8, La Ley, Madrid, 2001
- Mendoza Martínez, Lucía Alejandra, "*La acción civil del daño moral*" Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2014, México.

- Miro Llinares Fernando, *El cibercrimen: fenomenología y criminología de la delincuencia en el Ciberespacio*, Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2012.
- Muñoz de Alba Medrano Marcía, *Del derecho a la intimidad al conocimiento de la información genética*, Investigación del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pág. 232. http://www.anmm.org.mx/bgmm/1864_2007/1996-132-2-231-238.pdf
- Nava Garcés, Alberto Enrique, *Análisis de los Delitos Informáticos*, México, Porrúa, 2005.
- Núñez Ponce, Julio: *"Derecho Informático: Nueva Disciplina Jurídica para una Sociedad Moderna"*. Ed. Marsol, Perú Editores. Primera Edición. Enero de 1996. Lima, Perú. 366
- O'Callaghan, Munoz, Xavier, *Personalidad y derechos de la personalidad (Honor, intimidad e imagen del menor, según la Ley de Protección del Menor en la Ley 1996*.
- París, María Dolores *Concepto de Red Social En Diccionario de Sociología* Madrid, 2004.
- Pérez Álvarez, Fernando, coordinación Díaz Cortés, Lina Mariola, *Delito, Pena, Política Criminal y Tecnologías de la Información y la Comunicación*, Congreso Internacional de Jóvenes, Investigación en Ciencias Penales, Salamanca, España 2011
- PérezLuño Antonio Enrique, *Ensayos de informática jurídica*, serie BEFDYP, núm. 46, Fontamara, México, 1996.
- Polanco Braga, Elías, *Procedimiento penal nacional acusatorio y oral*, Ed. Porrúa, México, 2015.
- Salame, Diego. *El Delito Informático y la Prueba Pericial Informática*. 1ra Ed. Editorial Jurídica del Ecuador Quito, Ecuador 2012.
- Sieber, Ulrich, *Documentación para una aproximación al Delito Informático en Mir Puig, Santiago (comp.)_Delincuencia Informática*, Editorial PPU, Barcelona, 1992.
- Silva Meza, Juan N. Ministro, *Código Penal Federal*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2012.

Kant, Emmanuel, *“Crítica de la razón pura” 1781*, editorial Porrúa, México, 2000.

Fuentes de información

Libros en línea

Landa César, "Teoría de los derechos fundamentales", Revista Mexicana de Derecho Constitucional,

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/6/ard/ard3.htm>

Ynchausti Pérez, Celia, "Los derechos inherentes a la personalidad. El derecho a la identidad personal", <http://www.eumed.net/rev/cccsc/19/ypgm.html>

Legislación

Derecho de intimidad, Declaración Universal de Derechos Humanos, <http://mx.humanrights.com/what-are-human-rights/videos/right-to-privacy.html>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de Ignacio de la Llave, ÚLTIMA REFORMA PUBLICADA EN LA GACETA OFICIAL: 29 DE AGOSTO DE 2013, http://www.veracruz.gob.mx/oficinadelgovernador/files/2014/06/CONSTITUCION_POLITICA_29_08_13.pdf

Constitución Española, http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf

Resolución 56/121 de la Asamblea General de las Naciones Unidas http://www.unausapr.org/uploads/3/1/1/7/3117189/ag_naciones_unidas_julio_2011.pdf

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ediciones Cardumen, 2012

Código Penal Vigente del Distrito Federal, <http://www.aldf.gob.mx/archivo-d261f65641c3fc71b354aaf862b9953a.pdf>

Código Penal vigente del estado de Quintana Roo, página web del congreso de Quintana Roo <http://www.congresoqroo.gob.mx/codigos/>

Código Penal del Estado de México, Pagina web Legistel del portal del Gobierno del Estado de México, <http://legislacion.edomex.gob.mx/codigos/vigentes>

Código penal del estado de Jalisco

Código Penal Español

http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20121008_02.pdf

Diarios en línea

1. *#LadyMemes, la diputada que propone cárcel a quien difunda 'memes'*, Diario Excelsior en internet, 4 de mayo de 2016, sección Redacción, Investigado 13 de mayo de 2016, 7:09 hrs.
<http://www.excelsior.com.mx/nacional/2016/05/04/1090536>

ELUniversal, Redes sociales, vínculo para enganche de trata de personas, 16 de diciembre de 2014, México <http://archivo.eluniversal.com.mx/computacion-tecno/2014/redes-sociales-vinculo-enganche-trata-de-personas-98957.html>

Libros en línea

Riascos Gómez, Libardo Orlando, El delito informático contra la intimidad de las personas: una visión constitucional y penal, Ensayos de Derecho Público, Derecho Informático Colombiano, Ponencia presentada en el Congreso Latinoamericano de Derecho Informático. Buenos Aires, Argentina, 2004,
file:///C:/Users/Profe/Documents/importantisimo%20delito%20informatico%20y%20derecho%20de%20intimidad%20COLOMBIA.pdf

Revistas en línea

Microsoft Word - UNIDAD I - Nacimiento de la Informática.doc,
<http://www.nicolastato.com.ar/esp/docs/UNIDAD%20I.pdf>

Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea, comisión Europea Grupo de Trabajo Sobre Protección de Datos del Artículo 29, http://ec.europa.eu/justice/data-protection/index_es.html

Estudio sobre la privacidad de datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online “ Agencia Española de Protección de Datos” (www.agpd.es) Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación INTECO (www.inteco.es) ed. Febrero 2009.

Legislaciones

Página web del Congreso Español, Sinopsis realizada por: Ascensión Elvira Perales, Profesora Titular. Universidad Carlos III. Diciembre 2003. Actualizado por la autora en octubre de 2006. Actualizada por Ángeles González Escudero, Letrada de las Cortes Generales. Enero 2011, investigado el 05 de mayo de 2017, España

Derecho Constitucional, El Caso Violeta Friedman, sobre el derecho de honor: STC 214/1991, artículo de domingo 13 de julio de 2014, <http://www.derechoconstitucional.es/2014/07/caso-violeta-friedman-derecho-al-honor-stc-214-1991.html>, investigado 15 de julio de 2017, Ciudad de México.