



INSTITUTO DE ESTUDIOS AVANZADOS UNIVERSITARIOS

INCORPORADA A LA UNAM

CLAVE 8955

FACULTAD DE DERECHO

***“LA PROTECCIÓN A LA DIGNIDAD, LA IMAGEN Y LOS DATOS
PERSONALES POR EL TRATAMIENTO DE IMÁGENES FOTOGRÁFICAS Y
AUDIOVISUALES EN LAS REDES SOCIALES.”***

TESIS PROFESIONAL
PARA OBTENER EL GRADO DE
LICENCIADO EN DERECHO.

PRESENTA:

JUAN RODOLFO SOLANA RIVERO

ASESOR:

MTRO. FERNANDO MELCHOR
SÀNCHEZ

PUEBLA, PUE. NOVIEMBRE DE 2019.



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.

DEDICATORIAS.

A DIOS.

Por guiarme en mi camino en el estudio del derecho y en mi vida en general, así como por brindarme el conocimiento y la sabiduría suficiente para terminar esta tesis.

A MI NONA.

Por ser la persona que me impulsó como estudiante y como ser humano. Por haber creído en mí todo el tiempo y haberse sacrificado durante lo que duró toda mi carrera para poder sufragar los gastos que con ello se generaba. Agradezco sinceramente el que hubieras podido ser uno de los pilares más importantes en mi vida y el ser la persona que más confió en mí y compartió sus experiencias para brindarme una guía en mi camino.

A MIS PADRES.

Por ser quienes constantemente fueron un aliciente para completar mi vida universitaria, buscando en todo momento que pueda avanzar en el aspecto profesional.

A MI FAMILIA.

Por darme el apoyo moral necesario para que continuará con la elaboración de esta tesis.

Índice	
Introducción.....	1
Capítulo I.....	3
Derechos de Dignidad, Imagen y Datos Personales.	3
1.1. Dignidad.....	3
1.2 Dignidad como valor.....	12
1.3. Datos personales.....	19
1.4 Utilización de datos personales.....	21
1.5 El Habeas data y los Derechos Humanos.	21
1.6 Datos personales en la legislación mexicana.....	24
1.7 Datos personales en posesión de particulares.	28
1.8 Derechos de Imagen.	37
1.8.1 Derechos de Imagen y Derechos de autor.....	39
1.9 Derechos de imagen y datos personales.....	42
Capítulo II.....	52
Derechos Humanos y obligaciones del Estado.....	52
2.1 Derechos Humanos.....	52
2.2 Derechos Humanos y Derechos Fundamentales.	56
2.3 Tutela Estatal de Derechos Humanos.	62
2.3.1 Procedimientos constitucionales de tutela de Derechos Humanos. .	65
2.4 Obligación del Estado en materia de los Derechos Humanos.	68
2.4.1 Obligaciones genéricas de las Autoridades en materia de Derechos Humanos.	72
2.4.2 Principios de las obligaciones de las Autoridades en materia de Derechos Humanos.	82

2.4.3 Obligaciones específicas de las Autoridades en materia de Derechos Humanos.	88
2.4.4 Omisión.	100
2.4.4.1 Omisiones del Estado.....	102
Capítulo III.....	105
Protección de la Imagen y los Datos Personales.	105
3.1 Violaciones de derechos humanos con intervención de particulares....	105
3.2 Límites de los Derechos Humanos.....	108
3.2.1 La libertad de expresión y sus límites.	113
3.2.2 Límites de los Derechos de Autor sobre una obra fotográfica.....	119
3.3 Violación a los derechos de imagen y datos personales.	121
3.3.1 Violación en materia de derechos de Autor.	125
3.3.1.1 Infracciones en materia de Derechos de Autor.	128
3.3.2 Violación en materia de datos personales.....	134
3.3.2.1 Procedimientos de Protección de los Datos personales en posesión de particulares.	138
3.3.2.2 Protección de los datos personales en posesión de particulares con actividad empresarial.	149
3.4 Protección a los derechos de imagen y datos personales en la legislación común.....	154
3.4.2 Reparación del daño en materia civil.....	159
3.4.3 Protección de la imagen y los datos personales en materia penal.	168
Conclusiones.....	172
Propuesta.....	176
Bibliografía.....	181

Introducción

El presente proyecto aborda el problema que implica el uso de los datos personales, que se puede manifestar a través de los derechos que se ejercen sobre los derechos de imagen, ya que, pese a que el estado reconoce una serie de normas que abordan desde diferentes perspectivas los derechos de la personalidad y hasta cierto punto de los datos personales, ya sea desde su perspectiva de encontrarse en posesión de las autoridades, o a disposición de personas físicas; el uso no autorizado de los derechos de imagen en el ámbito privado, reviste una importante serie de manifestaciones que implican prerrogativas concretas que comprenden aspectos diversos de la vida privada de los individuos.

En ese sentido, el proyecto de alcances descriptivo- explicativo, busca abordar el problema de los derechos de imagen enmarcados en el ámbito de los derechos de la personalidad, desde el enfoque cualitativo y apoyado en métodos como el discursivo y el fenomenológico. Para ello, se abordarán diversas posturas teóricas que explicarán algunas dimensiones sobre la responsabilidad del Estado y las condiciones descritas por la ley en materia de protección de datos personales aplicable.

Para efecto de abordar las consideraciones descritas el proyecto se divide en tres capítulos de los que se hará una descripción a continuación:

En el capítulo primero, se describirán conceptos que servirán como fundamento para el desarrollo del proyecto. Se abordarán conceptos, como

dignidad, valores, derechos humanos; y algunos relativos a la tutela que el Estado debe ofrecer a los sujetos sometidos a su jurisdicción.

El capítulo segundo, versa sobre los derechos humanos y su relación con los datos personales. Para su descripción se abordan las consideraciones que establecen las diversas leyes competentes en la materia, así como el análisis que personalmente se hará respecto a dichos dispositivos jurídicos. Ya que el ámbito que comprenden estas prerrogativas gira en torno a elementos como el ejercicio, el goce, la tutela y la responsabilidad.

Finalmente, en el capítulo tercero, se aborda la vinculación que se puede reconocer entre conceptos como datos personales y dignidad e imagen. Bajo estas premisas, se desarrollará una reflexión sobre la responsabilidad que deriva del uso no autorizado de los datos personales en el ámbito privado y el papel que deben desempeñar las Autoridades para su protección.

Y así, la finalidad de la exposición de los tres rubros mencionados en los párrafos que preceden es el establecimiento de la problemática que prevalece derivado del uso indebido y no autorizado de los datos personales por parte de un tercero, especialmente los datos contenidos en imágenes fotográficas o de video, y la proposición de una solución a dicho problema que se vive en la actualidad. Esto estableciendo un análisis de los derechos de imagen y sus vulneraciones en el ámbito virtual, para poder determinar cómo al considerarse parte de los datos personales en posesión de particulares, pueden implicar una vulneración a la dignidad de los seres humanos.

Capítulo I

Derechos de Dignidad, Imagen y Datos Personales.

El desarrollo del pensamiento jurídico evolucionó entorno al reconocimiento de prerrogativas que fueron concomitantes a las diversas condiciones históricas y políticas en las que se constituía la realidad de las sociedades en los diversos contextos. Desde esta perspectiva, se puede mencionar que el reconocimiento de las diversas prerrogativas se derivó de la forma en la que los distintos momentos concibieron al sujeto como titular de las prestaciones que deben reconocer las estructuras del poder a los diversos individuos.

En ese contexto, la comprensión de estas condiciones nos llevará a identificar como una cuestión necesaria el entrar al conocimiento de concepciones como dignidad, derechos humanos y las condiciones de tutela de los mismos, para poder comprender la forma en la que estos conceptos se vinculan con la noción de datos personales como presupuesto indispensable para el reconocimiento de los mismos en las condiciones actuales de exigencia ante la evolución del pensamiento jurídico y la comprensión del mismo en el contexto de la tecnología y sus manifestaciones.

1.1. Dignidad.

El principio por el que se reconoce la capacidad de entenderse como titular de derechos, parte de la idea de la posibilidad de merecer una serie de prestaciones por parte de los órganos que ejercen las posiciones de poder en las diferentes organizaciones sociales.

En este sentido, el establecimiento de criterios para la comprensión de estas facultades, precisamente parten de las exigencias que los propios órganos de poder determinen cómo condiciones de capacidad para la solicitud de tutela de las mismas prestaciones. Es importante mencionar que la conformación de las estructuras de estas organizaciones y la vocación que persiguen serán factores determinantes, ya que los sistemas de producción imperantes en el contexto de análisis pueden variar respecto de las condiciones necesarias para establecer este reconocimiento.

De esta manera, la dignidad humana surge como una categoría pluridisciplinar, ya que para su conformación y su cabal caracterización, se debe recurrir a la influencia de diversas disciplinas de las que se pueden resaltar: la Filosofía general, y en particular su rama de Ética o Filosofía moral; la Antropología; la Política y el Derecho.

Cabe mencionar que la conjunción de estas diversas ramas del saber, servirán para adentrarse en el concepto de dignidad humana, especialmente haciendo hincapié en el valor que en este análisis revestirá el Derecho, ya que desde su perspectiva deontológica y normativa, presentará una ruta favorable para ahondar en su significado.¹

Es relevante comprender que para establecer precisiones conceptuales sobre el concepto de dignidad, se debe recurrir al origen más próximo y más claro del concepto, que según establece Marín Castán, proviene del ámbito jurídico antes de que del filosófico.²

¹ Marín Castán, María Luisa. La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales. En: Revista de Bioética y Derecho N. 9. Enero, 2007. p, 1

² Ídem

Al respecto, establece que “las referencias a la dignidad personal resultan escasas en la historia del pensamiento filosófico”.³ Y en este mismo sentido la autora en comentario, advierte que es posible asegurar, que pese a la existencia de manifestaciones de dignidad en el pensamiento antiguo y medieval; es en realidad, en el tránsito a la modernidad donde la visión antropocéntrica del mundo y de la vida, configura la noción actual de dignidad.⁴

Se puede decir que el término dignidad, posee de acuerdo con lo establecido en supra líneas, un cúmulo de significados. En este sentido, se debe aclarar que un factor determinante para la pluralidad de significados es precisamente la vasta realidad que cobija este término, y las posturas desde las que puede abordarse el mismo.

En concordancia con los razonamientos descritos es menester mencionar que de entre la multiplicidad de significados que se pueden conocer para este concepto, los que deberán destacarse serán los que lo reconocen como principio ético-jurídico.

El concepto de dignidad puede comprenderse desde la postura de diversos autores, que cada uno, a partir de su realidad identifican características específicas para el mismo concepto. Luego entonces, en palabras de Millán Puelles citado por Aparici Miralles, “*Axiomata, dignitates*, son, en el orden lógico... las verdades objetivamente irreductibles, las que valen en sí, sin posibilidad de mediación”⁵.

³ Marín Castan, María Luisa. La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales. En: Revista de Bioética y Derecho N. 9. Enero, 2007. p, 1

⁴ Cfr. Ídem

⁵ Millán Puelles, Sobre el hombre y la sociedad, Rialp, Madrid, 1976, pág. 99. Cit. por. Aparici Miralles, Ángela. El principio de la Dignidad humana como fundamento de un bioderecho global. En: Cuadernos de Bioética XXIV 2013/2ª. España, 2013. p. 206

Entonces bien, estas verdades irreductibles, se consideran como condiciones incuestionables de la naturaleza humana, y por tanto, no admiten restricciones.

Por su parte, Santo Tomás de Aquino, asevera que “El término dignidad es algo absoluto y pertenece a la esencia”⁶, de la misma forma sostiene que de ella se compone cualquier proposición que pertenezca al mismo sujeto, por lo que se entiende que se conforma de toda expresión de que hable de sí misma. En este sentido, la noción de dignidad se comprende como una parte inescindible de la naturaleza humana, y por ello se debe comprender que la idea de dignidad es tanto, lo que significa y todo aquello que ella contempla.

Así el alcance del concepto puede comprometer una importante cantidad de fenómenos y circunstancias que se pueden reconocer como parte de las consideraciones que alberga.

La noción de dignidad humana, implica un presupuesto esencial, que determina el valor que todo ser humano tiene de forma intrínseca, con independencia de cualquier otro factor, lo cual le hace merecedor de un respeto incondicionado. Esta cualidad, le otorga la capacidad de ser reconocido por las instituciones que detentan el poder, de manera que se constituya como un ente con la personalidad que le permita hacerse presente ante las entidades competentes para hacer valer las prerrogativas que acompañan a su estatus como ente poseedor de capacidad en la esfera que se desarrolla, como el ámbito jurídico.

⁶ Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, I-I, Cuestión 42, artículo 4, edición de Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1993, pág. 411.

Ahora bien, para pasar al ámbito meramente jurídico del concepto dignidad humana, es necesario entender la importancia del mismo en la sociedad actual y para ello lo correcto es voltear a lo sucedido en el pasado.

Como bien se sabe, el derecho a la dignidad humana tiene especial importancia dentro del sistema jurídico mexicano, y en general en la comunidad internacional, en especial, después de las atrocidades cometidas en la ⁷Segunda Guerra Mundial entre las cuales acontecieron constantes genocidios, vejaciones a los derechos humanos en varios países, alimentación precaria, erradicación de grupos humanos, uso desmedido de armas mortales e inhumanas, entre otros, pero lo más destacado fueron los atentados contra la vida, que ocurrieron dentro de campos de concentración pertenecientes a los Nazis, en donde se buscaba reducir al mínimo a sus prisioneros y muchas veces ponerlos en contra de sí. Torturas, burlas, violaciones, experimentaciones, amenazas y asesinatos fue lo que más se vivió dentro de estas instalaciones construidas para erradicar a grupos o razas de la humanidad.

El derecho a la dignidad humana se encuentra íntimamente ligado al derecho a la vida, siendo que estos dos derechos fundamentales son la base de todos los demás derechos existentes reconocidos por nuestra Constitución Política.

En efecto, una persona no puede contar con dignidad humana si no cuenta con los demás derechos como lo pueden ser el derecho a la libertad, a la verdad, al honor, a un mínimo vital, a la integridad física y psicológica, al libre desarrollo de la personalidad, a la privacidad, a la identidad, entre otros.

⁷ Carbonell, Miguel, La Libertad. Dilemas, retos y tensiones, México, UNAM, CNDH, 2008, pp. 220 y siguientes.

La dignidad humana fue consagrada como derecho humano gracias al artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no obstante, a pesar de ser de extrema importancia en nuestro sistema jurídico hasta el momento no cuenta con una definición unánime y aplicable en la doctrina o en la práctica jurídica, debido a la cantidad tan extensa de facetas y áreas en las cuales se ve involucrada.

Efectivamente, este derecho humano no se ha definido en ninguna ley perteneciente al sistema jurídico mexicano ni por autoridades judiciales de la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación de manera específica.

Las únicas referencias que podemos encontrar sobre el tema son las contenidas en algunas jurisprudencias emanadas de diversos Tribunales Colegiados de Circuito que han pretendido definir el alcance verdadero de tan importante figura, sin poder hacerlo como cualquier estudioso del derecho lo esperaría.

Algunas de las jurisprudencias que abordan el tema de la dignidad humana son las siguientes:

- *8“La dignidad humana es un valor supremo establecido en el artículo [1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos](#), en virtud del cual se reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna.”*

⁸ 164083. I.5o.C.132 C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXII, Agosto de 2010, Pág. 2273.

- ⁹*“La dignidad humana es el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos.”*

- ¹⁰*“...dicho concepto tutela el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos, necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros, los relativos a: la vida, la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal.”*

No obstante las anteriores jurisprudencias emitidas por los Tribunales Colegiados de Circuito con la intención de esclarecer la definición y alcance del derecho a la dignidad humana, encontramos que aun el derecho fundamental se encuentra muy ambiguo. Es por lo cual la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación definió de manera por demás correcta el alcance, naturaleza y función del derecho fundamental de la dignidad humana; este criterio jurisprudencial de carácter obligatorio para todas las Autoridades al tenor dice lo siguiente:

“La dignidad humana no se identifica ni se confunde con un precepto meramente moral, sino que se proyecta en nuestro ordenamiento como un bien jurídico circunstancial al ser humano, merecedor de la más amplia

⁹ 164084. I.5o.C.131 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXII, Agosto de 2010, p. 2273.

¹⁰ 2004199. VI.3o.A. J/4, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXIII, Agosto de 2013, Pág. 1408.

protección jurídica, reconocido actualmente en los artículos 1o., último párrafo; 2o., apartado A, fracción II; 3o., fracción II, inciso c); y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, el Pleno de esta Suprema Corte ha sostenido que la dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad. Así las cosas, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta -en su núcleo más esencial- como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada.”¹¹

De la lectura a todos y cada uno de las definiciones transcritas contenidas en criterios jurisprudenciales podemos observar que en el sistema jurídico mexicano se reconoce en conjunto con los tratados internacionales de los que México es parte el valor superior de la dignidad humana por sobre todos los demás derechos humanos – excepto a la vida-, siendo un derecho absolutamente fundamental para la vida del individuo que como característica sine quanon debe ser una persona física (ya que evidentemente las personas morales no cuenta con dicha prestación)..

Se considera que el derecho fundamental a la dignidad humana es la base y condición para la existencia de los demás derechos fundamentales reconocidos

¹¹ Tesis 1a./J. 37/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, Agosto de 2016, p. 633.

en nuestra Constitución Federal y los tratados internacionales, es obvio que sea así ya que la dignidad humana es necesaria para que cualquier individuo como ser humano de desarrolle de manera integral dentro de la sociedad.

Otra característica importante que tiene la dignidad humana y que es resaltada constantemente en instrumentos internacionales y jurisprudencia de nuestros órganos jurisdiccionales federales es que de ese derecho fundamental derivan otros derechos como lo son: el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil, entre muchos otros derechos.

Aun y a pesar de que en nuestra Carta Magna no se enuncien de manera personalizada los derechos humanos precitados, estos encuentran su existencia en nuestro ordenamiento jurídico, pues vienen insertos implícitamente en los diversos artículos que conforman nuestra Constitución y en especial en el artículo 1ro, en donde se encuentra el derecho a la dignidad humana. Además de todo, el derecho a la dignidad humana solo podrá ser conseguido con el pleno cumplimiento de los derechos humanos mencionados, lo que significa en pocas palabras, que con la falta o vulneración de uno de los derechos mencionados encontramos una vulneración directa al derecho de la dignidad humana.

No solamente es el estado mexicano quién reconoce a la dignidad de la persona como un derecho humano de suma importancia y sin el cual los demás no podrían existir, ya que la misma comunidad internacional ha establecido en diversos instrumentos internacionales su trascendencia.

Al respecto Javier Saldaña¹² estableció desde su punto de vista que la Declaración Universal de los Derechos Humanos propone cuatro conclusiones importantes a propósito de la dignidad de la persona que son:

- 1) La dignidad es la base o fundamento de los derechos humanos, de la justicia y la paz social;
- 2) Que existe un reconocimiento universal de la existencia de esta dignidad, y hay también una convicción generalizada de que la misma es algo valioso, valioso de suyo, con un valor inherente al propio hombre quien es su titular o la posee;
- 3) Que de la dignidad participan hombres y mujeres por igual; y
- 4) La idea de dignidad de la persona se encuentra en estrecha vinculación con la libertad humana.

1.2 Dignidad como valor.

En el ámbito de los valores el análisis de la dignidad se vuelve un concepto complejo. Ya que bajo cierta óptica, se debe entender que el reconocimiento del mismo, se constituye como un presupuesto determinante para el efectivo cumplimiento de valores relacionados con la esencia de la persona. Así es que la dignidad y los titulares de la misma, se pueden entender como relacionados esencialmente de manera inescindible.

¹² Saldaña, Javier. La dignidad de la persona. Fundamento del derecho a no ser discriminado injustamente. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. 2006.

Así pues, la titularidad de la dignidad se constituye como una característica que faculta para poseer, partiendo de la noción de que esta potestad, se debe entender como una aptitud para recibir o portar. “En este contexto, la dignidad de la persona remite a una cualidad exclusiva, indefinida y simple del ser humano, que designa su superioridad frente al resto de los seres, con independencia del modo de comportarse”.¹³

Por lo tanto, se puede reconocer que la posibilidad de conformarse como titulares del derecho, es una condición exclusiva de los seres humanos, y por ende, los derechos subjetivos públicos pertenecen de forma exclusiva a aquellos seres vivos que pertenecen a esta condición.

Entonces para comprender la idea de dignidad humana, se debe partir de la noción de que la persona como describe Spaemann, tiene una base ontológica, y no sólo fenomenológica.

De esta suerte su dignidad no se manifiesta únicamente en algunas expresiones de su titular, en todo caso es concomitante a su entidad, y por ello a toda su complejidad, de manera que no sólo puede entenderse la misma como el ejercicio exclusivo de algunas consideraciones como la racionalidad o la capacidad de sufrir, que de alguna forma parcelan la totalidad de las posibles manifestaciones de la persona.

¹³ Aparici Miralles, Ángela. El principio de la Dignidad humana como fundamento de un bioderecho global. En: Cuadernos de Bioética XXIV 2013/2ª. España, 2013. p. 206

Ahora bien, la dignidad debe comprenderse como una proyección de la integridad del ser humano en su totalidad, y que por ello, no refiere exclusivamente a su ámbito corporal.

Se debe reconocer que para adentrarse en la comprensión del concepto “dignidad”, es prioritario entender que cualquier miembro de la especie humana, en razón de su dignidad ontológica, no es -en palabras de Spaemann-, solamente “un fin en si mismo para sí”, como si se tuviera que entender la cuestión como una determinación meramente subjetiva. Por el contrario, los seres humanos deberán entenderse con sentido objetivo como un fin, o como el fin por excelencia.¹⁴

Bajo esta lógica, se debe comprender que durante el Medioevo se presentaron algunos de los más relevantes avances en materia de dignidad humana, ya que es durante este periodo en el que se determina la idea de que la misma se constituye como resultado de los atributos y características de la ontología del mismo ser.

Esta concepción tuvo como trascendencia la noción de que el ser humano es digno en sí mismo. De manera que su dignidad es una condición que se encuentra ajena al aprecio, reconocimiento, valoración social o la vinculación de mismo con la divinidad o las autoridades religiosas. Por tanto, la dignidad es intrínseca al ser humano.¹⁵

¹⁴ Spaemann, R., “Sobre el concepto de dignidad humana”, en *Persona y Derecho*, pág 20. Cit. por. Aparici Miralles, Ángela. El principio de la Dignidad humana como fundamento de un bioderecho global. En: *Cuadernos de Bioética XXIV 2013/2ª*. España, 2013. p. 206

¹⁵ Cfr. Martínez Bulle-Goyri, Víctor M. Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVI, núm. 136, enero-abril de 2013, pp. 43

Por su parte, Aparici Mirelles hace un comentario especial en materia del reconocimiento de la dignidad.

“Entender que el ser humano es digno por si mismo, y no sólo en razón de su conciencia o racionalidad, puede parecer una diferencia muy sutil, pero tiene una gran trascendencia práctica: lo digno no es sólo su razón o su capacidad de autodeterminarse moralmente, sino también su naturaleza corporal, toda ella penetrada de racionalidad. Y ello, con independencia de que, a lo largo de su vida, un ser humano realmente desarrolle, o no, toda su potencialidad”.¹⁶

Es importante mencionar que la dignidad se conforma como uno de los valores más importantes, en materia de reconocimiento para los seres humanos, y bajo esta lógica, la naturaleza humana se ve dotada de las características que le permiten a la persona ser titular de los derechos que la propia dignidad le reconoce y confiere.

Cabe resaltar que si bien, el análisis ontológico que ha venido realizando, sustenta una idea de dignidad que se apoya en las potencialidades del ser humano, y que son concomitantes a la naturaleza del mismo; también es necesario recordar que el presente proyecto reviste principalmente un enfoque jurídico, por lo que se hace necesario comprender el alcance que la deontología le otorga a la dignidad en el ámbito del Derecho y las prerrogativas que esta condición le reconoce al individuo en su calidad de sujeto merecedor de las prestaciones correspondientes a su calidad de persona.

¹⁶ Aparici Miralles, Ángela. El principio de la Dignidad humana como fundamento de un bioderecho global. En: Cuadernos de Bioética XXIV 2013/2ª. España, 2013. p. 209

En este tenor, la idea de dignidad aparece en los textos jurídicos como un concepto inescindiblemente ligado al de derechos humanos. De manera que la dignidad es la condición de reconocimiento que los entes del poder político imponen a los seres humanos que buscan su protección. De esta suerte, la dignidad en el ámbito jurídico es precisamente la justificación en la que se apoya la obligación de tutela del Estado en favor de los intereses de los particulares.

Esta idea encuentra eco principalmente en los postulados vertidos por A. Heller y la escuela de Budapest, cuando afirman que:

“El derecho a tener y a poner en práctica derechos es la especificación del valor de la dignidad humana. ”Si observamos con atención los Preámbulos y los textos articulados de la Declaración Universal y de los Pactos internacionales [...] podemos concretar el contenido esencial de éstos como el derecho a tener derechos”.¹⁷

En este sentido, se puede afirmar que el valor que le otorga a los individuos la posibilidad de ostentarse como titulares de derechos, precisamente radica en el reconocimiento de la dignidad de los mismos por parte de los entes que ejercen el poder público.

“En su desarrollo histórico la idea de dignidad humana ha hecho referencia a distintos aspectos de la condición humana o ha sido entendida desde distintas perspectivas o dimensiones. Francisco García Moreno, por ejemplo, identifica lo que él llama cuatro dimensiones de la dignidad: a) político-social; b) religiosa o teológica; c) ontológica y d) ética, personal y

¹⁷ Marín Castan, María Luisa. La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales. En: Revista de Bioética y Derecho N. 9. Enero, 2007. p, 2

social en el sentido de la autonomía, que corresponde de alguna manera a su evolución o desarrollo a lo largo de la historia”.¹⁸

Cabe mencionar que la idea de dignidad humana comprende de suyo, una importante complejidad, ya que la misma puede ser entendida desde la perspectiva del derecho, como desde la postura de la filosofía, situación que provoca relevantes complicaciones para su esclarecimiento y definición.

Es posible considerar que al depender de ambas ramas del saber, su concepción resulta especialmente compleja, más aun cuando tiene que apoyarse principalmente de la argumentación para su entendimiento.

En ese sentido, Roberto Adorno, describe que “la conceptualización de la dignidad más utilizada en la actualidad tiene un carácter meramente instrumental, en la que se hace referencia a la dignidad como el trato o respeto debido a las personas por su sola condición de seres humanos”.¹⁹

Sin embargo, esta concepción descrita por el autor en comentario no responde con un análisis profundo o una reflexión sobre la naturaleza humana o las características que componen a la misma, por las que se podría afirmar, como

¹⁸ García Moreno, Francisco, “El concepto de dignidad como categoría existencial. Un recorrido del concepto a lo largo de la historia de la filosofía”, El Búho, Revista Electrónica de la Sociedad Andaluza de Filosofía, p. 4. Cit. por: Martínez Bulle-Goyri, Víctor M. Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVI, núm. 136, enero-abril de 2013, p. 44

¹⁹ Andorno, Roberto, “Dignidad humana”, Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, Granada, España, Universidad de Deusto-Comares, 2011, t. I, p. 658. Cit. por: Martínez Bulle-Goyri, Víctor M. Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVI, núm. 136, enero-abril de 2013, pp. 39-67

ya se ha hecho, que sustentan este valor que reviste a sus titulares de merecimiento.

Ahora bien, tal como se ha descrito en su complejidad, la dignidad de la persona se nos ofrece como una categoría pluridimensional. A tal respecto, Ruiz Giménez ha distinguido cuatro niveles o dimensiones de la dignidad:

- “1) La dimensión religiosa, en cuya virtud se concibe al hombre a imagen y semejanza de Dios.
- 2) La dimensión ontológica, en la que se considera al hombre como ser dotado de inteligencia racional, con conciencia de sí mismo y de su superioridad en el orden de la naturaleza, en el orden del mundo.
- 3) La dimensión ética en el sentido de la autonomía moral, como esencial función de la conciencia valorativa ante cualquier norma y ante cualquier modelo de conducta (esta coincidiría con el planteamiento kantiano).
- 4) La dimensión social, como estima o fama dimanante de un comportamiento valioso. Curiosamente el Diccionario de la Real Academia española recoge este último de los sentidos, al definirlo como forma de comportamiento de la persona presidida por su gravedad y decoro”.²⁰

Cabe señalar que dentro de su los entresijos que esconde la dignidad, esta se debe reconocer como una cualidad que se predica de toda persona, con

²⁰ Ruiz Giménez, J. “Artículo 10. Derechos fundamentales de la persona “, en AAVV, Comentarios a la Constitución española de 1978, dir. por O. Alzaga, Cortes Generales - EDERSA, Madrid, 1996, vol II, pag 58. Cit. por. Marín Castan. Op. Cit. p. 2

independencia de cuál sea su comportamiento, y sobre ello, cabe resaltar que ni tan siquiera una actuación indigna priva a la persona de su dignidad.

Puede resultar aparentemente contradictorio afirmar que la dignidad es irrenunciable, incluso cuando por el ejercicio de su voluntad, el titular se encuentre realizando los actos que se pueden considerar por su naturaleza indignos. “La dignidad no queda desmentida por el hecho de que muchas personas se comporten indignamente, hasta el asesino más abyecto tiene dignidad”.²¹

1.3. Datos personales.

La privacidad ha sido un tema que ha ido preocupando a los ciudadanos poco a poco, y en el que los Estados han reglamentado que existen ciertas áreas que son “inmunes” del escrutinio público: como el domicilio, la correspondencia, entre otros.²²

Otra área perteneciente a la privacidad son los datos personales de un gobernado, los cuales son definidos en sentido lato como todos aquellos datos que identifican o permiten identificar a una persona física o moral, pudiendo ser datos personales de identificación, laborales, patrimoniales, académicos, migratorios, sociales, contractuales, entre otros.

Es la persona titular de los datos personales la que puede necesitar la protección, ya que el dato, como tal, no necesita protección alguna²³.

²¹ Marín Castan, María Luisa. La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales. En: Revista de Bioética y Derecho N. 9. Enero, 2007. p, 2

²² Acuña Llamas, Francisco Javier. La protección de los datos personales y notas sobre los desafíos de internet. SCJN. p. 7. Disponible en: https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/archivos/calendario_actividades/06_ACU%C3%91A_La%20constitucion%20en%20la%20sociedad%20y%20economia%20digitales.pdf

²³ Davara Rodríguez. Op. cit.

Se trata de proteger a las personas ante el manejo o manipulación, no autorizada, de sus datos personales, con especial atención cuando estos datos sean susceptibles de tratamiento automatizado o se encuentren en un soporte susceptible de tratamiento automatizado.²⁴

Se puede entender por dato el antecedente o noticia cierta que sirve de punto de partida para la investigación de la verdad, siendo que, ese dato se debe encontrar en un documento o soporte físico o lógico con la calidad de testimonio, debiendo diferenciarlo de información, entendida por tal la acción de informar o dar noticia de algo.

Esto es, mientras el dato no resuelva una consulta determinada, no sirva a un fin, no dé respuesta o no oriente la posible solución a un problema, es el antecedente o punto de partida para la investigación de la verdad; pero, en el momento en que ese mismo dato da respuesta a una consulta determinada, o sirve a un fin, o se utiliza para orientar la solución a un problema, se ha convertido en información.²⁵

El dato, por tanto, o la documentación entendida como conjunto de datos son las noticias en su origen, sin haber sido sometidas a ningún tipo de tratamiento ni adecuación. Cuando el dato o la documentación como conjunto de datos es sometida a un tratamiento o adecuación a un fin, para obtener un resultado elaborado, se convierte en información, y ésta será el resultado orientado y adecuado a un fin determinado.²⁶

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ Davara Rodríguez. Op. Cit.

²⁶ *Ídem.*

1.4 Utilización de datos personales.

La evolución de la “sociedad de la información” es incesante y ha transformado la noción de lo público y, por consecuencia, la idea del conocimiento. El conocimiento en el pasado era algo exclusivo de los enterados, los doctos. Ahora eso sigue en tanto que la complejidad de la modernidad exige la ponderación de los expertos de cada tema antes y después de cada decisión pública.

La informática es entendida como la ciencia del tratamiento automático de la información, con las posibilidades que ofrece de almacenamiento y tratamiento de la documentación y la recuperación de la información registrada en soportes magnéticos, ópticos u otros, permite controlar esa información y puede llegar a convertirse en un instrumento de presión y control social.²⁷

La memoria magnética e Internet vinieron a insertarnos en la era de la “inseguridad digital”. En la medida en que más aspectos de la vida personal y comercial se operan desde los ordenadores o computadoras es evidente que la informática y la telemática se han convertido, en muy poco tiempo, en servicios de utilidad pública, aun contra la voluntad o entusiasmo de los usuarios, que empero han sucumbido a resistirse, por el temor fundado en padecer las consecuencias de distanciarse de los mecanismos cibernéticos y quedar encofrados en una dimensión manual de la historia, la que los llevará a convertirse en una especie inadaptada para la comunicación cultural del porvenir.²⁸

1.5 El Habeas data y los Derechos Humanos.

²⁷Ídem.

²⁸ Acuña Llamas, Francisco Javier. La protección de los datos personales y notas sobre los desafíos de internet. SCJN. p. 8. Disponible en: https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/archivos/calendario_actividades/06_ACU%C3%91A_La%20constitucion%20en%20la%20sociedad%20y%20economia%20digitales.pdf

El sentimiento de aislamiento en esta era posmoderna lleva a millones de personas a compartir aspectos de su vida íntima en las denominadas redes sociales o, mejor dicho, plataforma de redes sociales. Los Sistemas de Redes Sociales (SRS) viven un auge y podemos afirmar que la gran mayoría de las personas que las usan no leen los términos de privacidad de dichos sistemas.²⁹

Murillo de la Cueva habla sobre el derecho a la protección de los datos personales y menciona que es un derecho nuevo, de los que se dice que integran una de las últimas generaciones de derechos, la tercera o cuarta, según los autores. Es decir, las formadas por aquellos que responden a los retos y dificultades de la sociedad de nuestros días. Principalmente, a los derivados del avance tecnológico, del impacto sobre el medio y las nuevas formas de desigualdad. Interesa, por tanto, destacar algunos pasos más significados del proceso que ha llevado a su reconocimiento.³⁰

El habeas data según algunos doctrinarios, es concebido como un instrumento de protección de la facultad de las personas para disponer libremente de sus datos ante las diversas amenazas del poder informático.³¹ Esto pues, fue instaurado como una garantía de que los datos personales de una persona no serán transferidos ni utilizados por un tercero, sin el consentimiento expreso de su titular.

Adicional a la definición anterior tenemos la establecida por Néstor Pedro Sagúes en el sentido de que habeas data tiene como finalidad:

²⁹ Acuña Llamas, Francisco Javier. La protección de los datos personales y notas sobre los desafíos de internet. SCJN. p. 9. Disponible en: https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/archivos/calendario_actividades/06_ACU%C3%91A_La%20constitucion%20en%20la%20sociedad%20y%20economia%20digitales.pdf

³⁰ Murillo de la Cueva. Op. Cit. p.13

³¹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Flores Pantoja, Rogelio. La Constitución y sus garantías- A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. UNAM. Instituto de Estudio Constitucionales del Estado de Querétaro. Querétaro, México. Primera edición. 2017. p. 55

“...proteger a personas físicas (algunas veces, también a personas jurídicas) de los excesos del “poder informático”, y por ello sirve primero para acceder, y después para rectificar, actualizar, eliminar y reservar información obrante en bases o bancos de datos, que sea inexacta o lesiva de sus derechos constitucionales.”³²

Cabe mencionar que el habeas data es una garantía procesal que fue creada no hace mucho tiempo, razón por la cual, a la fecha no se encuentra bien desarrollada, no obstante, esta garantía también configura un derecho de autodeterminación informativa o de datos personales, que a su vez garantiza colateralmente la protección o salvaguarda de otros muchos derechos como lo pueden ser el derecho a la intimidad, a la privacidad, el honor, la reputación, la libre determinación, entre muchos otros, y por ello, también genera un beneficio muy grande a la dignidad humana del titular de los datos personales.

Ahora bien, podría parecer que el habeas data es una garantía que puede ser ejecutada únicamente en contra de entidades públicas o privadas como pudieran ser dependencias, instituciones crediticias o bancarias, empresas prestadoras de servicios o cualquier persona moral con disposición de una base de datos de clientes o usuarios, sin embargo, esta afirmación no puede estar más alejada de la realidad, ya que este derecho puede ser oponible en contra de cualquier persona física o moral, pública o privada que tenga cualquier tipo de información o dato de una persona.

Aun y a pesar de que la figura del habeas data sea de reciente creación, esta si encuentra su reconocimiento nacional en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual al tenor dice:

³² Sagües, Néstor Pedro, El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en – América Latina, México, Porrúa, 2004, p. 77.

“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.”

Como se puede observar de la transcripción de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos existe en el orden jurídico mexicano el reconocimiento del derecho a la protección de los datos personales (habeas data), o derechos ARCO, empero, no existe aún el procedimiento constitucional que tenga como objetivo el proteger los datos personales de las personas ni tampoco establecer la sanciones pertinentes por su vulneración.³³

1.6 Datos personales en la legislación mexicana

De acuerdo con la legislación mexicana, en los derechos relativos a la protección de datos personales se encuentran cuadrados parte de los derechos fundamentales; y en ellos recae la responsabilidad de determinar quién, cómo, de qué manera se resguardan, se recaban, se utilizan y se comparten los datos de los gobernados.

Por lo tanto, se puede aseverar que los datos personales se organizan, de acuerdo, a características de la personalidad que tienen que ver con datos de carácter identificable y que pueden dividirse en criterios relativos a la tutela que ofrecen de acuerdo con lo que establece la Comisión Estatal de información gubernamental del Estado de Querétaro.³⁴

³³ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Flores Pantoja, Rogelio. Op. Cit.

³⁴ Comisión Estatal de Información Gubernamental. Protección de datos personales. CEIG, Querétaro. México, 2012. s/n. Disponible en:

En el mismo sentido, cabe resaltar que el sistema mexicano de protección de derechos conoce por medio de la legislación aplicable una serie de normas que tutelan los derechos relacionados con la protección de datos personales. Cabe mencionar que en el tenor del presente comentario, se pueden identificar dos ámbitos de competencia y aplicación de las normas correspondientes, ya que la entidad poseedora de los datos consignados, determinará la legislación que puede conocer el asunto.

Por una parte, se pueden identificar los datos que se encuentran en posesión de particulares, mismos que deben ser tutelados por competencia del estado, y que el mismo, en su carácter de autoridad competente, deberá vigilar de manera que se realice una adecuada administración y tutela de ellos.

Por otro lado, se pueden referenciar los datos que se encuentran en posesión de las propias entidades estatales, representadas por las diferentes administraciones que la conforman. Así pues, el Estado pasa de ser un mero vigilante, para convertirse en el sujeto responsable u obligado de la administración y resguardo de la información que le ha sido confiada.

Es importante recalcar que, frente a la actividad de los particulares poseedores de datos personales, la función del Estado es la de vigilar y tutelar la actividad de los mismos.

Sin embargo, cuando los datos han sido depositados bajo la tutela del propio Estado, el incumplimiento de las actividades correspondientes, implican vulneraciones en materia de Derechos Humanos y derechos fundamentales que deben ser sancionadas por la propia Norma.

En esa tesitura es de destacar, que según el sujeto que trate los datos personales de una persona, sea un particular o sea una entidad de gobierno, determinará cuales el ámbito de competencia, y en especial, la Ley aplicable.

En ese caso tenemos en nuestro ordenamiento jurídico mexicano dos Leyes que estatuyen las normas aplicables en materia de protección de datos personales, las cuales serán de aplicación según la calidad del detentador de dichos datos.

Así bien cuando el responsable de los datos personales de una persona sea un particular la Ley aplicable es la Ley Federal de protección de datos personales en posesión de particulares y su reglamento respectivo³⁵; y cuando las datos personales de una persona sean responsabilidad de un ente de gobierno la Ley a observar será la Ley General de protección de datos personales en posesión de sujetos obligados³⁶.

Para efecto del presente análisis se establecerán las definiciones que determinan normas aplicables sobre la materia de protección de datos personales en posesión de particulares, por lo que se atenderá al contenido de la propia Ley Federal de protección de datos personales en posesión de particulares, al ser el contenido que nos interesa en la presente tesis.

En este sentido es importante describir que la Ley Federal de protección de datos personales en posesión de particulares reconoce por “datos personales”, como una característica importante que refiere a la posibilidad de identificar a su titular.

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

³⁵ Ley Federal de protección de datos personales en posesión de particulares. Artículo 1 y 3 fracción IV.

³⁶ Ley General de protección de datos personales en posesión de sujetos obligados. Párrafo 5 del artículo 1.

[...]

V. Datos personales: Cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable”.³⁷

Ahora bien, bajo la idea de qué cualquier funcionamiento inadecuado, tanto en el manejo, ministración y transferencia de datos en manos de un particular, implica una vulneración a los derechos fundamentales de los gobernados. Se puede distinguir alguna información que por su naturaleza debe considerarse como especialmente delicada, ya que en ella se concentran aspectos relevantes como la condición de los sujetos titulares de los mismos.

“...VI. Datos personales sensibles: Aquellos datos personales que afecten a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste. En particular, se consideran sensibles aquellos que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, estado de salud presente y futuro, información genética, creencias religiosas, filosóficas y morales, afiliación sindical, opiniones políticas, preferencia sexual.”³⁸

Es por lo que es necesario comprender que bajo esta lógica, en el ámbito del reconocimiento de los derechos se deben clasificar una serie de prerrogativas que por su naturaleza comprenden una exigencia superior de protección a los datos personales que se encuentran en poder de particulares. Estos derechos son reconocidos en nuestra legislación como derechos ARCO, los cuales implican beneficios orientados al tratamiento y transmisión de datos personales que se encuentran en poder de particulares, pero sometidos a la tutela del estado y son reconocidos especialmente en el Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de Particulares. Estos derechos ARCO serán analizados en un capítulo posterior.

³⁷ Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de Particulares. Artículo 3.

³⁸ Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de Particulares. Artículo 3 fracción VI.

Es por lo que la Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de Particulares realiza una definición de términos importantes relativos a la administración de datos de particulares, que para efecto de lo que establece el artículo 3 en sus fracciones XVIII y XIX, se deben entender como obligaciones respecto de la información que ha sido confiada a otro particular.

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

XIX. Transferencia: Toda comunicación de datos realizada a persona distinta del responsable o encargado del tratamiento...”³⁹

Es importante mencionar que si bien no se ha hecho una referencia explícita a qué tipo de información comprenden de forma específica estos conceptos de datos personales se puede determinar por las consideraciones vertidas hasta el momento que estos datos son cualquier medio de información que permitan identificar o adquirir características de los titulares de estos.

Algunas consideraciones consignadas en bases de datos en posesión del sector privado, es decir, de particulares que permitan identificar a los titulares de ciertas informaciones deben entenderse como parte de esta definición y en ellas perfectamente comprenderse datos de carácter fotográfico o de video que revelan la identidad de sus titulares cómo son los objetos de este estudio.

1.7 Datos personales en posesión de particulares.

³⁹ Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de Particulares. Artículo 3 fracciones XVIII y XIX.

Bajo el mismo tenor del apartado precedente, continuaremos trabajando en términos específicos bajo el patrocinio de la legislación competente en materia de protección de datos personales en poder de particulares.

Primero que todo, para poder hablar de la protección a los datos personales en posesión de particulares, se debe mencionar, en que momento dichos datos personales son tratados legalmente por los particulares, es decir, cuando son obtenidos, usados, divulgados o almacenados lícitamente. Para ello, resulta necesario el entrar al estudio a los artículos 8 y 9 de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, artículos que al tenor dicen:

“Artículo 8.- Todo tratamiento de datos personales estará sujeto al consentimiento de su titular, salvo las excepciones previstas por la presente Ley.

El consentimiento será expreso cuando la voluntad se manifieste verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos.

Se entenderá que el titular consiente tácitamente el tratamiento de sus datos, cuando habiéndose puesto a su disposición el aviso de privacidad, no manifieste su oposición.

Los datos financieros o patrimoniales requerirán el consentimiento expreso de su titular, salvo las excepciones a que se refieren los artículos 10 y 37 de la presente Ley.

El consentimiento podrá ser revocado en cualquier momento sin que se le atribuyan efectos retroactivos. Para revocar el consentimiento, el

responsable deberá, en el aviso de privacidad, establecer los mecanismos y procedimientos para ello.

Artículo 9.- Tratándose de datos personales sensibles, el responsable deberá obtener el consentimiento expreso y por escrito del titular para su tratamiento, a través de su firma autógrafa, firma electrónica, o cualquier mecanismo de autenticación que al efecto se establezca.

No podrán crearse bases de datos que contengan datos personales sensibles, sin que se justifique la creación de las mismas para finalidades legítimas, concretas y acordes con las actividades o fines explícitos que persigue el sujeto regulado.”⁴⁰

Como se puede observar, como obligación medular que tienen los particulares que tratan datos personales está la de obtener el consentimiento expreso o tácito de sus titulares, consentimiento que es otorgado con la presentación previa del aviso de privacidad, y su autorización ya sea verbal, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, por signos inequívocos, o por no manifestar oposición; siendo para el caso concreto de los datos personales sensibles la obtención obligatoria del consentimiento debe ser expreso, por escrito y firmado.

En este campo la Norma competente en materia de particulares, incorpora una figura que puede convertirse en la piedra angular de las relaciones particulares en la materia, a la luz de la incorporación en ellas de las prerrogativas descritas. Este concepto que corresponde al aviso de privacidad será precisamente el que marque las pautas de utilización de los datos, de acuerdo con fines y para metas específicas.

⁴⁰ Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares. Artículos 8 y 9.

Así bien, el aviso de privacidad es descrito por la multicitada Ley como un documento que puede ser físico, electrónico o en cualquier otro formato generado por el responsable que es puesto a disposición del titular de los datos personales, previo al tratamiento de sus datos personales.⁴¹ Dicho documento tiene como objeto el precisarle al titular de los datos personales la información que se está recabando y cuál es la finalidad de recabarla. Dicha aseveración de su objeto se puede colegir de lo que establecen los artículos 14 y 15 de la misma Ley que establecen lo siguiente:

“Artículo 14.- El responsable velará por el cumplimiento de los principios de protección de datos personales establecidos por esta Ley, debiendo adoptar las medidas necesarias para su aplicación. Lo anterior aplicará aún y cuando estos datos fueren tratados por un tercero a solicitud del responsable. El responsable deberá tomar las medidas necesarias y suficientes para garantizar que el aviso de privacidad dado a conocer al titular, sea respetado en todo momento por él o por terceros con los que guarde alguna relación jurídica.

Artículo 15.- El responsable tendrá la obligación de informar a los titulares de los datos, la información que se recaba de ellos y con qué fines, a través del aviso de privacidad”.⁴²

De esta forma, el aviso juega un papel fundamental en caso de no existir un acuerdo de voluntades manifiesto por ambas partes, ya que el mismo determina los límites de la actuación del poseedor y responsable de los datos, informando al titular de su obtención y tratamiento, así como sobre los fines y formas a través de las cuales se almacenarán y utilizarán los datos correspondientes.

⁴¹ Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares. Artículos 1.

⁴² Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de los Particulares. Artículos 14 y 15.

Misma finalidad del aviso de privacidad se puede vislumbrar en sus requisitos, que se encuentran establecidos en el artículo 16 de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares los cuales en resumen consisten en la identidad y domicilio de quien recaba los datos personales, la finalidad de su tratamiento, las opciones o medios para limitar el uso o divulgación de los datos, los medios para ejercer los derechos ARCO, las transferencias de los datos, y el procedimiento o medios por los cuales se notificarán los cambios al aviso de privacidad.⁴³

De ello se colige que el aviso de privacidad funge como el documento por el cual se le da conocer al titular de los datos personales todos los derechos que puede ejercer sobre los datos personales que serán tratados.

Ahora bien, la misma Ley establece en su artículo 10 los supuestos en los cuales no es necesaria la obtención del consentimiento para tratar los datos personales de un titular, siendo los que se establecen como sigue:

“Artículo 10.- No será necesario el consentimiento para el tratamiento de los datos personales cuando:

- I. Esté previsto en una Ley;
- II. Los datos figuren en fuentes de acceso público;
- III. Los datos personales se sometan a un procedimiento previo de disociación;
- IV. Tenga el propósito de cumplir obligaciones derivadas de una relación jurídica entre el titular y el responsable;
- V. Exista una situación de emergencia que potencialmente pueda dañar a un individuo en su persona o en sus bienes;
- VI. Sean indispensables para la atención médica, la prevención, diagnóstico, la prestación de asistencia sanitaria, tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, mientras el titular no esté en condiciones de

⁴³ Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de los Particulares. Artículo 10

otorgar el consentimiento, en los términos que establece la Ley General de Salud y demás disposiciones jurídicas aplicables y que dicho tratamiento de datos se realice por una persona sujeta al secreto profesional u obligación equivalente, o

VII. Se dicte resolución de autoridad competente.”⁴⁴

En el caso que se estudia en este trabajo, la única fracción que sale a colación por su importancia en este trabajo es la II, ya que las redes sociales constituyen de las llamadas fuentes de acceso público, de acuerdo a lo establecido en el artículo 7 del Reglamento del mismo dispositivo jurídico.

En este sentido la Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de Particulares y el Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de Particulares hacen una importante distinción sobre lo referente a las fuentes que permiten acceder a dicho datos.

Desde esta perspectiva y partiendo de la noción de que fuente es el lugar de donde emana algo, iniciaré el análisis del artículo 7 del Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de Particulares que nos explica aquellos supuestos que representan fuentes de acceso público en la materia:

“Artículo 7. Para los efectos del artículo 3, fracción X de la Ley, se consideran fuentes de acceso público:

I. Los medios remotos o locales de comunicación electrónica, óptica y de otra tecnología, siempre que el sitio donde se encuentren los datos personales esté concebido para facilitar información al público y esté abierto a la consulta general;

II. Los directorios telefónicos en términos de la normativa específica;

III. Los diarios, gacetas o boletines oficiales, de acuerdo con su normativa, y

⁴⁴ Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de Particulares. Artículo 10.

IV. Los medios de comunicación social.

...⁴⁵

Como se mencionó en supra líneas, de las cuatro fuentes de acceso público a que se refiere la transcripción anterior, la que es de interés de esta tesis, es la que viene estatuida en la fracción IV, ya que las redes sociales como Facebook, Instagram, Twitter, entre otras, son medios de comunicación social, que funcionan como plataformas de interconexión para las personas divulguen la información a su conveniencia.

En el apartado correspondiente a los principios que rigen el funcionamiento de la norma en comentó, el legislador estableció las principales rutas que deben seguir la actuación de las autoridades en el manejo y tratamiento de datos personales, por lo que en el mismo apartado se determinan condiciones detonantes de la responsabilidad por el manejo inadecuado de los datos personales depositados en manos de particulares. Dichos principios se encuentran establecidos en los artículos 6 y 7 de la Ley en comento, en los que se establece lo siguiente:

“Artículo 6.- Los responsables en el tratamiento de datos personales, deberán observar los principios de licitud, consentimiento, información, calidad, finalidad, lealtad, proporcionalidad y responsabilidad, previstos en la Ley.

Artículo 7.- Los datos personales deberán recabarse y tratarse de manera lícita conforme a las disposiciones establecidas por esta Ley y demás normatividad aplicable.

⁴⁵ Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de Particulares. Artículo 7.

La obtención de datos personales no debe hacerse a través de medios engañosos o fraudulentos.

En todo tratamiento de datos personales, se presume que existe la expectativa razonable de privacidad, entendida como la confianza que deposita cualquier persona en otra, respecto de que los datos personales proporcionados entre ellos serán tratados conforme a lo que acordaron las partes en los términos establecidos por esta Ley”.⁴⁶

Además de los principios de licitud, el consentimiento juega un papel sumamente importante, ya que la obtención de los datos, de parte de los particulares, al considerarse un acto de derecho privado, puede encontrarse subordinado además a la ausencia del engaño.

Resulta bastante claro, que la licitud funge como un principio fundamental en el manejo de los datos personales, pues en la legislación mexicana todo acto jurídico que tiene un objeto ilícito es nulo, sin perjuicio de las responsabilidades penales que puedan derivar en su contra, así como de otras materias.

Máxime si dichos datos personales son obtenidos para la mera causa de amedrentar al titular de los mismos, por medio de amenazas y extorsión.

Por lo que además de la certeza sobre la adquisición de datos de manera lícita, se debe atender a la voluntad de las partes, como norma suprema en materia de relaciones entre particulares, esto es, a través del consentimiento del titular de los datos.

El establecimiento de la importancia del consentimiento sujeta una determinación relevante, especialmente en materia de las condiciones establecidas para la utilización de los datos, ya que, tal como se ha establecido

⁴⁶ Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de los Particulares. Artículos 6 y 7.

con antelación, la voluntad de las partes relacionadas establecerá las condiciones de uso de los datos.

Es importante hacer notar, que esta clase de limitaciones en la forma de utilización de los datos, en el ámbito de los sujetos obligados no se presenta, toda vez que, como ya se dijo, estos últimos se ven limitados por la norma, mientras que en el ámbito privado, es necesario establecer las restricciones a partir de las facultades de las que gozan los particulares.

El legislador de acuerdo con los principios que rigen el tratamiento de los datos personales estipuló ciertas obligaciones por parte de los tratantes de los mismos, para que los datos fueran manejados de la manera más responsable, leal, transparente, y correcta, por ello en el artículo 11 de la Ley multicitada se prevé lo que sigue:

“Artículo 11.- El responsable procurará que los datos personales contenidos en las bases de datos sean pertinentes, correctos y actualizados para los fines para los cuales fueron recabados.

Cuando los datos de carácter personal hayan dejado de ser necesarios para el cumplimiento de las finalidades previstas por el aviso de privacidad y las disposiciones legales aplicables, deberán ser cancelados.

El responsable de la base de datos estará obligado a eliminar la información relativa al incumplimiento de obligaciones contractuales, una vez que transcurra un plazo de setenta y dos meses, contado a partir de la fecha calendario en que se presente el mencionado incumplimiento”.⁴⁷

El artículo 11 reconoce una prerrogativa -qué se abordará con posterioridad- específicamente al cumplimiento de los fines por los que el

⁴⁷ Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de los Particulares. Artículo 11.

poseedor de los datos cuenta con los mismos. De esta suerte, cabe señalar que con apego a esta disposición y para el caso de qué los fines para los que dichos datos hubieran sido proporcionados, al titular de los mismos le asiste el derecho a que los últimos sean cancelados, al finalizar la necesidad de su tratamiento o utilizar los derechos ARCO que se explicarán en el capítulo correspondiente.

1.8 Derechos de Imagen.

Para hablar sobre los derechos de imagen, es necesario saber que el propio término proviene del Latín, *Imago*, que refieren a la semejanza o apariencia de una cosa.⁴⁸ Al respecto, cabe señalar que también se puede entender por ello, la figura que corresponde a la apariencia física de una persona, la que puede ser capturada por medio de diversas manifestaciones como la pintura, el dibujo, la fotografía, la escultura o el video.

Bajo esta tesitura, se debe comprender que una vez que la imagen fue plasmada, se puede convertir en objeto de transmisiones, reproducciones, o puede ser factible la divulgación de la misma desde diversas plataformas, ya sea a través de los medios convencionales o con apoyo del uso de la tecnología y los sistemas virtuales.

En este sentido, el respeto al manejo de la propia imagen, reviste una importancia capital, pues de ella puede entenderse que se deriva la tutela de derechos relativos a la dignidad.⁴⁹

⁴⁸ Cfr. Flores Ávalos, Elvia Lucía. Derecho a la Imagen y Responsabilidad Civil. En: Adame Goddard, Jorge (Coord.). Derechos civil y romano. UNAM. México, 2006. p.371

⁴⁹ Ídem

De acuerdo con Flores Ávalos, por ser un derecho de la personalidad, esta prerrogativa forma parte de los derechos subjetivos públicos, con la particularidad de que puede ser entendido desde dos vertientes.

Por una parte debe comprenderse como una prerrogativa positiva que implica la facultad personalísima de captar, imprimir, difundir, publicar o distribuir nuestra imagen en asuntos de índole privado; o bien promoviendo la imagen personal para la obtención de beneficios económicos como lo hacen los deportistas, modelos o actores; por otra parte, existe la vertiente que comprende la facultad de limitar a terceros para difundir o utilizar la imagen de un particular, sin haber otorgado el consentimiento correspondiente.⁵⁰

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció mediante tesis aislada que el derecho a la imagen debe entenderse “como parte del derecho a la identidad, y como un derecho personalísimo que tiene todo individuo de decidir cómo se muestra a los demás, esto es, la potestad de disponer en el ámbito de su propia autoridad y en forma libre sobre su propia imagen.”⁵¹

Entonces se debe comprender que la imagen es la representación gráfica de una persona y la misma se encuentra asistida por el derecho que ampara la posibilidad de permitir o impedir a terceros la obtención, distribución, reproducción, y difusión de la misma.

⁵⁰ Ídem

⁵¹ Tesis 2a. XXV/2016 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima Época, t. II, Junio de 2016, p. 1206.

1.8.1 Derechos de Imagen y Derechos de autor.

Tal como menciona la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, los derechos de propiedad intelectual se asemejan a cualquier otro derecho de propiedad, pues es una facultad del creador o el titular de una patente, marca o derecho de autor, beneficiarse de su obra o inversión.⁵²

Al respecto Soto Vázquez, Parra Cervantes y Juárez López, establecen que:

“...el derecho de autor, que incluye obras literarias, tales como novelas, poemas y obras de teatro, películas, obras musicales, obras artísticas, tales como dibujos, pinturas, fotografías y esculturas, y diseños arquitectónicos.

Los derechos conexos al derecho de autor incluyen los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes sobre sus interpretaciones o ejecuciones, los de los productores de fonogramas y los de los organismos de radiodifusión respecto de sus programas de radio y televisión”.⁵³

En la doctrina el derecho de autor “...se aplica a las creaciones literarias y artísticas como los libros, las obras musicales, las pinturas, las esculturas, las películas y las obras realizadas por medios tecnológicos como los programas informáticos y las bases de datos electrónicas...”⁵⁴

Los derechos de autor según lo disponen los artículos 5, 11 y 12 de la Ley Federal de Derechos de Autor quedan protegidos y reconocidos –por el Estado-

⁵² OMPI. ¿Qué es la propiedad Intelectual?. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Suiza, s/f. p. 3

⁵³ Soto Vázquez, Ramón; Parra Cervantes, Patricia. Juárez López, Raúl. ¿Qué saber usted acerca de ... propiedad intelectual farmacéutica. En: Revista Mexicana de ciencias Farmacéuticas. Vol. 46. No.1 . 2015. Pp 77-78

⁵⁴ OMPI. Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos. Segunda Edición. Ginebra. 2016. p.4.

desde el mismo momento en el cual la obra es plasmada en un soporte material por el Autor, por lo que obtiene las prerrogativas y privilegios exclusivos –tanto personales o morales como patrimoniales- a su favor, desde el momento en el cual crea la obra independientemente del material en el que se plasme.

En ese sentido la norma establece de forma concreta lo que en la materia debe entenderse por derecho de autor con apego a los criterios establecidos por la propia Ley.

“Artículo 11.- El derecho de autor es el reconocimiento que hace el Estado en favor de todo creador de obras literarias y artísticas previstas en el artículo 13 de esta Ley, en virtud del cual otorga su protección para que el autor goce de prerrogativas y privilegios exclusivos de carácter personal y patrimonial. Los primeros integran el llamado derecho moral y los segundos, el patrimonial”.⁵⁵

De acuerdo con lo establecido por la Organización Mundial de la Propiedad intelectual, la Ley reconoce en el derecho de autor dos vertientes:

El primero de los derechos mencionados, el moral, “...*entendido éste como la conciencia del ser humano y el respeto a su ser, se hace referencia a que el autor de una obra es el “único, primigenio y perpetuo titular”, porque este derecho está unido a él en forma inalienable, imprescriptible, irrenunciable e inembargable, haciéndose extensivo a los herederos. Esto quiere decir que el autor de una obra no puede enajenar su derecho moral, ni tampoco renunciar a él, además de que éste no se extingue con el tiempo y no se le puede incautar.*”⁵⁶, definición que es acorde a lo estipulado por el artículo 19 de la Ley Federal de Derechos de Autor, al considerar sus principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad, irrenunciabilidad e inembargabilidad.

⁵⁵ Ley Federal del Derecho de Autor. Artículo 11.

⁵⁶ López Guzmán, C., & Estrada Corona, A. Edición y derecho de autor. Derecho moral. 2019 http://www.edicion.unam.mx/html/4_3_1.html

Por otra parte tenemos al derecho patrimonial, que consiste en la prerrogativa de “...*explotar su obra, o bien, autorizar o prohibir su explotación, no dejando con esto de ser el titular de los derechos.*”⁵⁷

De acuerdo a lo establecido en el artículo 24 de la LFDA, los derechos patrimoniales, permiten autorizar a otros su explotación, en cualquier forma, dentro de los límites que establece dicha Ley, por lo anterior, la cesión de los derechos patrimoniales es permitida, a diferencia de los derechos morales, siempre y cuando dicha transmisión de titularidad cumpla con los requisitos de ser onerosa y temporal.

Por otra parte acuerdo con Hidalgo Flores, “La Suprema Corte de Justicia, en ejercicio de su facultad de atracción, resolvió un amparo directo en el que determinó que el derecho a la imagen sí se encuentra protegido dentro del ámbito del derecho autoral. La Corte llegó a esta decisión considerando que el artículo 28 constitucional prevé una restricción legítima y válida al derecho de autor, en tanto que su ejercicio encuentra justificación en la medida en que no transgreda el derecho a la imagen e intimidad de la persona fotografiada”.⁵⁸

Por su parte, cabe destacar que una limitante para la publicación, enajenación, transmisión, difusión, y en general uso de una imagen fotográfica tomada a un tercero ajeno al autor, es el derecho de imagen que la persona que aparece en la fotografía tiene.

Efectivamente, en el acto en el cual una persona (autor) le toma una imagen fotográfica a un tercero, convergen dos derechos, el derecho de autor perteneciente al autor y el derecho de imagen perteneciente a la persona

⁵⁷ López Guzmán, C., & Estrada Corona, A. Edición y derecho de autor. Derecho patrimonial. 2019 http://www.edicion.unam.mx/html/4_3_2.html

⁵⁸ Hidalgo Flores, Héctor Ivan. La Suprema Corte y el Derecho a la propia imagen. En: Nexos.

fotografiada. Como se mencionó anteriormente el derecho de autor le permite al autor tener la titularidad de la obra y ser reconocido como su creador (derecho moral) y poder explotarla o decidir quien la puede explotar (derecho patrimonial), sin embargo, cuando el derecho de autor emerge por la toma fotográfica a un tercero ajeno, dicho derecho se ve limitado en su explotación por el derecho de imagen del tercero.

Esta afirmación se encuentra sustentada por la tesis aislada emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que fue transcrita anteriormente, y que al tenor dice:

“El derecho a la imagen debe entenderse como parte del derecho a la identidad, y como un derecho personalísimo que tiene todo individuo de decidir cómo se muestra a los demás, esto es, la potestad de disponer en el ámbito de su propia autoridad y en forma libre sobre su propia imagen. En ese orden de ideas, el concepto de derecho a la imagen previsto en el artículo 231, fracción II, de la Ley Federal del Derecho de Autor, se instauró como una limitante que tiene el autor de una obra fotográfica, en el sentido de que podrá comercializar con ella siempre y cuando la persona que aparezca en ésta otorgue su consentimiento para ello.”⁵⁹

De esto podemos colegir que en el tema en estudio de esta tesis se encuentran estrechamente vinculados el derecho de autor con el derecho de imagen, estando el primero supeditado al consentimiento del tenedor del segundo.

1.9 Derechos de imagen y datos personales.

⁵⁹ Tesis 2a. XXV/2016 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima Época, t. II, Junio de 2016, p. 1206.

Los datos personales representan más que un conjunto de caracteres chicos que rodean al individuo, ya que los mismos en su conjunto, conforman las cualidades que dotan a un ente de la calidad de sujeto titular de derechos. En este sentido, cada uno de los elementos que constituyen esta esencia, abonan en la construcción de la persona dotándole de condiciones que le permiten desplegar sus potencialidades.

Jorge Larraín describe sobre la identidad y los datos personales haciendo la siguiente reflexión:

“Cuando hablamos de identidad nos referimos, no a una especie de alma o esencia con la que nacemos, no a un conjunto de disposiciones internas que permanecen fundamentalmente iguales durante toda la vida, independientemente del medio social donde la persona se encuentre, sino que a un proceso de construcción en la que los individuos se van definiendo así mismos en estrecha interacción simbólica con otras personas”.⁶⁰

En efecto, la personalidad y los elementos que la componen se complementan para darle forma el concepto de identidad que deberá entenderse, cómo el conjunto de caracteres que definen la individualidad de una persona y que se construyen de manera simbólica de acuerdo con realidades que se comprenden bajo la noción del Estado de derecho.

⁶⁰ Larraín, Jorge. El concepto de identidad. Revista FAMECOS • Porto Alegre nº 21, agosto 2003. p.32

Así pues, Larraín refiere a un nuevo concepto de identidad que debe entenderse como una certeza que en el ámbito del derecho cobra vigencia bajo las siguientes consideraciones:

“La identidad es una realidad material en cuanto los seres humanos proyectan simbólicamente su sí mismo, sus propias cualidades en cosas materiales partiendo por su propio cuerpo; se ven a sí mismos en ellas y las ven de acuerdo a su propia imagen”.⁶¹

Por tanto, la identidad se debe comprender cómo la proyección que hacen los seres humanos de sus cualidades y características a partir de la manifestación de las mismas a través del cuerpo que se compone como parte primordial de la imagen. Bajo esta lógica, se puede entender que la identidad y la imagen, se encuentran íntimamente ligadas.

“La identidad de una persona constituye la base de su personalidad jurídica, es el reconocimiento de una persona como sujeto de derechos y obligaciones; en el mundo real, esta identidad es definida por el sociedad civil y reconocida por la legislación internacional”.⁶²

En ese orden de ideas, tal como menciona Barba Álvarez, es posible entender que la identidad se puede considerar como una base de la personalidad jurídica, ya que la particularización del individuo favorece para realizar el adecuado ejercicio de sus derechos y sus atribuciones y para ello es necesario dimensionar la dependencia que existe entre ambos conceptos, para efecto de

⁶¹ Ibidem

⁶² Barba Álvarez, Rogelio. El robo de identidad en México. En: Revista Díké. No. 22, octubre de 2017- marzo de 2018. p. 246

que pueda hacerse efectiva en el ámbito de las relaciones humanas con repercusiones en la sociedad.

Sobre el mismo Barba Álvarez, habla de la inescindible relación entre el individuo y su personalidad, con base en los siguientes razonamientos:

“El derecho a la identidad es imprescindible para el individuo que se relaciona en sociedad, y por ese carácter se erigen los atributos de la dignidad humana. Por lo tanto, es un derecho humano fundamental, oponible; erga omnes como expresión de un interés socialmente relevante y reconocido por las recientes reformas a la Constitución, lo que le da un valor supranacional que no permite derogación ni suspensión de derechos en los casos previstos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.⁶³

Es posible comprender el papel que juega la identidad en el ejercicio de los Derechos Humanos, y como parte de ella, los derechos que tienen que ver con la misma, como los relativos a la imagen personal. De esta forma, la imagen como manifestación de la identidad ha alcanzado reconocimiento de carácter internacional que se vincula de forma directa con la posibilidad de ejercer los Derechos Humanos reconocidos en la Convención Americana.

Luego entonces, es importante comprender la forma en la que la imagen como manifestación de la identidad, se vincula con los datos personales de manera que puede ser tutelada bajo las condiciones descritas en la legislación nacional, en las leyes que atienden, la protección de los datos personales por una parte y los derechos de propiedad intelectual por otra.

⁶³ Ibidem. p. 247

De la misma forma, cabe aclarar que el Instituto de Transparencia Acceso a la Información Pública, Protección de Datos Personales y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México establece una determinación de datos que se pueden entender relativos a la identificación de la persona.

“Los datos personales son toda aquella información que se relaciona con nuestra persona y que nos identifica o nos hace identificables. Nos dan identidad, nos describen y precisan:

Edad

Domicilio

Número telefónico

Correo electrónico personal

Trayectoria académica, laboral o profesional

Patrimonio

Número de seguridad social

CURP, entre otros”.⁶⁴

De la misma forma el instituto de transparencia, da una serie de datos de carácter sensible que se pueden aproximar a la identificación; y que bajo esta lógica, implican consideraciones especiales que rodean la condición de la

⁶⁴ Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública, Protección de Datos Personales y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México. Recuperado de: <http://www.infodf.org.mx/index.php/protege-tus-datos-personales/%C2%BFqu%C3%A9-son-los-datos-personales.html>. Fecha de consulta: 01 de 03 de 2019

persona, y que pueden estar considerados en el marco de los datos personales. Los que se describen a continuación.

“Nuestra forma de pensar

Estado de salud

Origen étnico y racial

Características físicas (ADN, huella digital)

Ideología y opiniones políticas

Creencias o convicciones religiosas o filosóficas

Preferencias sexuales, entre otros”.⁶⁵

El propio Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Protección de Datos Personales y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México, hace referencia a la importancia de los datos, por encima del formato en que los mismos sean consignados.

Desde el punto de vista de su formato, el concepto de datos personales abarca la información en cualquier modo, sea alfabética, numérica, gráfica, fotográfica o sonora, por citar algunas, y puede estar contenida en cualquier

⁶⁵ Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública, Protección de Datos Personales y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México. ¿Qué son los datos personales? Info.df.org.mx. s/f. Disponible en: <http://www.infodf.org.mx/index.php/protege-tus-datos-personales/%C2%BFqu%C3%A9-son-los-datos-personales.html>. Fecha de consulta: 16 de diciembre de 2018.

soporte como en papel, en la memoria de un equipo informático, en una cinta de video o en un DVD”.⁶⁶

Ahora bien, de acuerdo a los razonamientos expuestos se puede entender que los derechos han evolucionado de manera significativa, pues como se ha descrito se derivan de diversas manifestaciones que pueden identificarse en los nuevos formatos de tratamiento de datos, que ofrecen los sistemas informáticos.

Bajo esta idea, se pueden entender que los nuevos dispositivos informáticos que permiten el manejo de datos e imágenes, que además hacen posible la captura y transformación de archivos visuales como fotografías o videograbaciones, implican una nueva plataforma accesible a todo el público.

El mismo Barba Álvarez, describe una de las nuevas dimensiones que adquiere la identidad a partir del panorama que ofrecen las nuevas tecnologías.

“La identidad es un concepto que ha ido evolucionando con la aparición de las nuevas tecnologías, aun cuando la necesidad de salvaguardar el conocimiento ajeno, zonas de la propia personalidad, se haya manifestado desde la antigüedad. Por otro lado, lo que debe entenderse por identidad es para algunos autores fundamentalmente relativo”.⁶⁷

⁶⁶ Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública, Protección de Datos Personales y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México. ¿Qué son los datos personales? Info.df.org.mx. s/f. Disponible en: <http://www.infodf.org.mx/index.php/protege-tus-datos-personales/%C2%BFqu%C3%A9-son-los-datos-personales.html>. Fecha de consulta: 16 de diciembre de 2018.

⁶⁷ Barba Álvarez. Op. Cit. p.248

Es por lo que, las plataformas informáticas y los dispositivos en acceder a las mismas, ofrecen nuevas condiciones de vida, que nos hacen hablar de una de forma de identidad que opera en contextos informáticos y que hoy en día tiene una repercusión en el ámbito jurídico y social. Cabe señalar, que la identidad en los contextos virtuales juega entonces, un papel sumamente importante atendiendo las condiciones en las que ha irrumpido en la realidad actual.

Por su parte, Juan Carlos Revilla, describe la identidad a partir de las manifestaciones de la misma atendiendo cuestiones como la apariencia física que en el contexto que se analiza, precisamente puede entenderse como proyección de la personalidad.

Bajo esta noción, el mismo Juan Carlos Revilla, describe la identidad como una extensión de la persona, adquiriendo algunos caracteres que definen a la misma.

“La fuente del hecho de la identidad está en el cuerpo, pues son la continuidad corporal, la apariencia física y la localización espacio temporal los que sirven como criterios para la asignación de una identidad continua en tanto seres corporeizados desde un punto de vista fenomenológico. Además, el cuerpo está ligado a la capacidad de agencia, a la experiencia de ser un actor autónomo, no determinable. El cuerpo expresa esa continuidad incluso en la evolución, crecimiento y envejecimiento vitales. Expresa esa paradoja de que somos siempre los mismos y a la vez algo diferentes, como apreciamos al ver las fotografías de años anteriores”.⁶⁸

⁶⁸ Revilla, Juan Carlos. Los anclajes de la identidad personal. En: Athenea Digital, núm. 4. Otoño 2003. p.59

De tal manera, se puede comprender la imagen corporal, definida por Rodríguez como una fotografía mental que cada individuo tiene sobre la apariencia del cuerpo unida a las actitudes y sentimientos con respecto a esa imagen corporal, es otro de los aspectos que entra en juego al hablar de la autoimagen. En este sentido, se debe tener claro, si bien es cierto, la imagen corporal parte de lo biológico y de lo físico, lo trasciende, pues entre otras cosas, se refleja y contiene en ella la forma en que cada individuo se percibe a sí mismo.⁶⁹

Igual de vinculados con los derechos de imagen e identidad personal se encuentra la intimidad y vida privada (privacidad) las cuales han sido definidas como:

“...la intimidad es el espacio exclusivo en el que todas las personas, ya sean personajes públicos o personas comunes o corrientes, puedes gozar sin la injerencia de los demás”⁷⁰

“El ámbito donde puede imperar exclusivamente los deseos y preferencias individuales. Es condición necesaria del ejercicio de la libertad individual... Es el ámbito de lo reservado a un tipo de situaciones o relaciones interpersonales en donde la selección de los participantes depende de la libre decisión de cada individuo”⁷¹

⁶⁹ Rodríguez, E. Imagen corporal en el desarrollo psicosocial. 2000. En: Dulanto, E. (comp.) El Adolescente. México: McGraw-Hill Interamericana.

⁷⁰ Tobón Franco, Natalia, Libertad de expresión y derecho de autor. Guía legal para periodistas, Bogotá, Universidad del Rosario, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario-Facultad de Jurisprudencia, 2009, p.55.

⁷¹ Garzón Valdéz, Ernesto, Lo íntimo, lo privado y lo público, *Claves de la razón práctica*, noviembre de 2003, no. 137, p. 17.

Este vínculo es patente cuando a una persona le son transgredidos sus derechos de imagen e identidad personal por un uso indebido de sus datos personales, ya que en ese momento un responsable no autorizado está divulgando la intimidad y vida privada del agraviado.

Por ello es que la imagen corporal y personal de un individuo debe ser considerada como un dato personal cuando es plasmada en una imagen fotográfica o video, siendo que si un tercero revela esa imagen fotográfica o video por medio de las redes sociales, se están vulnerando diversos derechos humanos conexos, como lo son el derecho humano a la intimidad, privacidad, a la imagen, al honor, y por ello, a la dignidad humana.

Capítulo II

Derechos Humanos y obligaciones del Estado.

El ámbito de los Derechos Humanos comprende una serie de prerrogativas que desde los contextos nacional e internacional tiene una importante repercusión. Bajo este tenor se debe comprender que la tutela de estas prestaciones implica una importante serie de compromisos por parte de las autoridades.

Cabe mencionar que es necesario entender que en el campo del derecho se conjugan diferentes esferas de competencia y normas materiales que son menester conocer, especialmente en el campo de las nuevas manifestaciones de los Derechos personales.

Así pues el ámbito de los Derechos Humanos impacta con el desarrollo de las nuevas condiciones de vida que imperan a partir de la irrupción en la escena social de las tecnologías de la información y los alcances que las mismas comprenden.

2.1 Derechos Humanos.

Los derechos subjetivos públicos que hoy en día reconocemos como derechos humanos, han sido el resultado de importantes evoluciones del pensamiento a lo largo del tiempo. La historia y la sociedad han jugado un papel sumamente importante en su desarrollo, pues las exigencias sociales y políticas de las diferentes civilizaciones han provocado la conciencia de la necesidad de que ciertas prerrogativas deban ser reconocidas de parte de quienes detentan el poder, para aquellos que se encuentran sometidos a sus potestades.

“Los Derechos Humanos son limitaciones al ejercicio del poder estatal para garantizar ciertos bienes jurídicos fundamentales de los miembros de la sociedad y evitar que sean atropellados por el poder público”.⁷²

Hay que resaltar, que para poder hablar de derechos frente a un poder público, es necesario aclarar, que para que exista la idea de esta clase de prerrogativas, es indispensable reconocer que se debe identificar la noción de un poder organizado y conformado de manera que fuera posible pedir la protección o el reconocimiento de prestaciones.

De acuerdo con la Comisión Nacional de Derechos Humanos: “son el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada. Establecidas en la constitución y en las leyes, deben ser reconocidos y garantizados por el Estado”.⁷³

Por su parte, Jesús Rodríguez y Rodríguez, describe que los Derechos Humanos son el “conjunto de prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantías de todas ellas que se reconocen al ser humano, considerado individual o colectivamente”.⁷⁴

⁷² Arévalo Álvarez, Luis Ernesto, *El Concepto Jurídico y la génesis de los Derechos Humanos*, Universidad Iberoamericana de Puebla, Universidad Iberoamericana de la Ciudad de México, segunda edición, 2001, p. 35

⁷³ www.cndh.org.mx

⁷⁴ *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo D-H, Editorial Porrúa, México 2000, pp. 1268-1270

Asimismo, Ortíz Herrera, describe a los derechos humanos desde el punto de vista partiendo de la concepción de la filosofía:

“Los Derechos Humanos son el conjunto de filosofías sociales, políticas, económicas, culturales, religiosas, aspiraciones éticas, de justicia, de seguridad, de equidad; juicios de valor, etc., que se encuentran consagrados en la Constitución Federal y en los Tratados, Convenios, Convenciones, etc., internacionales, que México ha incorporado a su derecho interno. Conforme al artículo 133 Constitucional, con que cuentan los gobernados para vivir y convivir con la dignidad que les corresponde como seres humanos, por lo que su disfrute se encuentra debidamente garantizado contra las violaciones de autoridades Estatales, por el juicio de amparo, así como por diversos instrumentos procesales Constitucionales.”⁷⁵

De lo anterior se desprende que los derechos humanos son determinadas prerrogativas que los individuos tienen, por consiguiente, el Estado tiene que respetar y hacer que se respeten los derechos que nos otorga nuestra Constitución y que por ningún motivo pueden ser vulnerados, por autoridad alguna.

En lo que respecta al ámbito internacional, a partir del tronco común del derecho internacional público clásico se han edificado a lo largo de los siglos XIX y XX, y aún hoy, diferentes ramas que abordan temas específicos o situaciones puntuales de la realidad contemporánea. Ellas son el derecho internacional de los

⁷⁵ Herrera Ortiz, Margarita, *Manual de los Derechos Humanos*, Editorial Porrúa, quinta edición, México 2011, p.p. 23 y 24

derechos humanos, el derecho internacional humanitario, el derecho de los refugiados y el derecho internacional de la bioética.

Estas ramas que se abren desde el derecho internacional público clásico observan entre sí un proceso de interacción y complementación constante, el cual se funda en la necesidad de asegurar la mayor protección de la persona humana y el respeto de sus derechos.

Han surgido particularmente como consecuencia de una historia reciente de atrocidades y abusos cometidos especialmente en el siglo XX y fundamentalmente durante el transcurso de la Segunda Guerra Mundial pero que no ha cesado con la finalización de esta.

Las voces que reclamaron un estatus legal que asegurara la convivencia y el respeto de las personas en el goce de sus derechos, deberes y garantías continúan alertas y activas, dando mayor profundidad y eficacia a la existencia de estas normas jurídicas que emanan del derecho internacional y que se continúan creando, para otorgar la seguridad en materia jurídica de los derechos de la persona humana, por encima de las disposiciones normativas de los ordenamientos estatales.

Se dice lo anterior, pues en primera instancia las garantías individuales eran concebidas minoritariamente por la doctrina jurídica mexicana como "...derechos naturales, naturales, inherentes a la persona humana, en virtud de su propia naturaleza y de la naturaleza de las cosas, que el Estado debe reconocer, respetar

y proteger...”⁷⁶ , esto es, eran consideradas como todas aquellas libertades y protecciones que el estado como ente regulador y protector reconocía a favor de los gobernados dentro de su sistema jurídico, es decir, para que las libertades y protecciones pudieran ser reconocidas debían encontrarse escritas y vigentes en la legislación del país protector, por lo que, de no encontrarse una garantía individual expresamente mencionada en la Ley del país, de ninguna manera existía en el mismo.

Así los documentos internacionales en temas que vinculan al derecho a la vida, integridad física, libertad, seguridad, educación, alimentación, vivienda, los aspectos relativos a los refugiados, migrantes, el derecho de las personas en conflictos internacionales o internos; el derecho a no ser sometido a torturas y tratos crueles inhumanos y degradantes, entre otros que integran una larga lista de derechos y garantías, comenzaron a asegurar la vigencia de los derechos humanos interactuando con el derecho interno de cada Estado en forma cada vez más progresiva y constante”.⁷⁷

2.2 Derechos Humanos y Derechos Fundamentales.

Desde los primeros antecedentes constitucionales, podemos encontrar las nociones de la obligación asumida por el estado en materia de tutela de los derechos fundamentales, pues ya, desde la Carta Magna de 1215, las exigencias de los súbditos de los feudos era la garantía de una serie de prerrogativas que fueron creciendo cualitativa y cuantitativamente.

⁷⁶ Noriega, C.A., La Naturaleza de las Garantías Individuales en la Constitución de 1917, UNAM, Coordinación de Humanidades, México, Ciudad de México, 1967, página 111”

⁷⁷ Blengio Valdéz, Mariana; Código de Derechos Humanos. Colección Konrad Adenauer; Fundación Konrad Adenauer; Uruguay, 2010; P.65

De manera que el ser humano poco a poco y con el devenir, fue tornando su participación en la vida jurídica, pasando de objeto a sujeto de derechos, como se ha podido constatar como resultado de las revoluciones burguesas, mismas que originaron el nacimiento de documentos como la Declaración del buen pueblo de Virginia de 12 de junio de 1776, de la que se puede constatar que se desprende:

“Que el gobierno es, o debiera ser, instituido para el bien común, la protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad; de todos los modos y formas de gobierno, el mejor es el capaz de producir el máximo grado de felicidad y seguridad, y es el más eficazmente protegido contra el peligro de la mala administración; y que cuando cualquier gobierno sea considerado inadecuado, o contrario a estos propósitos, una mayoría de la comunidad tiene el derecho indudable, inalienable e irrevocable de reformarlo, alterarlo o abolirlo, de la manera que más satisfaga el bien común”.⁷⁸

En este contexto habrá que atender la responsabilidad que surge para el Estado en términos de las violaciones a los derechos humanos y su participación derivada de la omisión en el cumplimiento de la tutela de los compromisos adquiridos en la materia.

El artículo 133 de la Constitución Federal señala lo siguiente:

“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que

⁷⁸ Ibidem.

se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.⁷⁹

De este precepto constitucional se concluye, en primer término, que los tratados deben estar de acuerdo con la Constitución, lo cual marca el ámbito de validez material de dichos instrumentos.⁸⁰

Alil Álvarez habla de una jerarquía constitucional muy diferente a la establecida con antelación en las palabras de Sanchez-Cordero, pues establece una estratificación totalmente distinta en la que los tratados internacionales pueden ser posicionados por debajo de las leyes federales, sin embargo, como la jerarquía constitucional no es el objeto del presente trabajo atenderemos la solución interpuesta por Alil Álvarez, ya que explica una alternativa posible para el problema de la aplicación preferente de cualquier orden nacional o internacional basando su concepción en criterios de efectividad y concreción.

Al considerar que tratados y leyes tenían la misma jerarquía normativa y al aplicar ambos ordenamientos se generaban conflictos normativos que debían ser resueltos, pues las normas que integran el sistema jurídico no deben contradecirse y, de existir una contradicción, la misma debe eliminarse.

⁷⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 133.

⁸⁰ Cfr. Álvarez Alcalá, Alil, “Lecciones de Derecho Fiscal”, Editorial Oxford, 1ª edición, México 2010. P. 59

Dentro de los métodos aceptados tradicionalmente, el más idóneo para intentar resolver el problema de la jerarquía es el relacionado con la aplicación preferencial de una de las normas siguiendo el criterio de ley especial. Esta posibilidad parecía ser conveniente a efectos de resolver los conflictos normativos que surgían de la aplicación de las leyes internas y tratados.⁸¹

En este sentido, podía considerarse que los tratados internacionales eran las normas especiales porque regulaban una cuestión mucho más específica, esto es, los supuestos de gravamen que surgían en la relación entre los residentes de cada uno de los Estados contratantes y dichos Estados.

Adicionalmente a la característica de especialidad que tiene los tratados internacionales para su aplicación, cabe destacar que con la reforma constitucional del 11 de junio de 2011 al artículo 1º, se adicionaron 2 principios de interpretación y aplicación de los derechos humanos contenidos tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como en los Tratados Internacionales y las Leyes de carácter federal.

Dichos principios de interpretación son los de: la interpretación conforme a la Constitución y los derechos humanos y la interpretación pro persona.

La interpretación conforme consiste según el doctrinario Fernando Serrano Migallon en *“...el principio interpretativo por el cual, entre varios sentidos posibles de una norma jurídica, debe aceptarse aquel que mejor se adapte al texto constitucional... en los casos en que una disposición jurídica admite dos interpretaciones posibles, entre las cuales una de ellas conduce al reconocimiento*

⁸¹ Ibidem. p. 59.

*de la constitucionalidad, el juzgador deberá inclinarse por ella, logrando que la norma interpretada conforme a la Constitución, sea necesariamente considerada norma constitucional.”*⁸²

Es decir, lo que se busca con la interpretación conforme de la constitución es desentrañar el sentido de las normas obscuras o que tienen más de un significado en un aspecto meramente constitucional, lo que quiere significar, que se debe ponderar conforme al espíritu con el que fue redactada nuestra Carta Magna, y ahora, los tratados internacionales.

Lo anterior significa en pocas palabras que no puede existir norma que se contradiga con preceptos que contengan derechos humanos, violando los derechos humanos preceptuados en la Constitución y los tratados internacionales;

Por su parte, el principio pro persona es aquel que obliga a las autoridades a interpretar las normas jurídicas buscando siempre la protección más amplia a los derechos humanos de las personas; siendo que cuando existan dos o más dispositivos que establezcan interpretaciones de derechos humanos siempre se deberá tomar en cuenta aquella interpretación que ofrezca una mejor protección. El principio pro persona puede ser entendida como la optimización de la interpretación de las normas jurídicas buscando siempre la protección más amplia sin necesidad de la existencia de más de una norma jurídica, es decir, esta interpretación será tan amplia conforme lo permita el ordenamiento jurídico aunque no se encuentre inserto de manera expresa en el sistema jurídico. También puede ser entendido como la interpretación de las normas en su conjunto prefiriendo siempre la norma jurídica que más beneficio trae a la persona, es decir, en caso de que existan una diferencia entre el alcance o la protección reconocida

⁸² Serrano Migallón, Fernando, “La Interpretación Conforme a la Constitución”, primera edición, México, UNAM, 2008, página 11.

en las normas deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción.

Al respecto tenemos lo que mencionó el Licenciado Karlos Castilla en relación con el principio pro persona, que:

“Permite al juez o intérprete legal seleccionar de entre varias normas concurrentes o al menos de entre dos normas, aquella que su contenido ofrezca una protección más favorable a la persona o aquella que contenga de manera más especializada la protección que se requiere para el individuo o víctima en relación con sus derechos humanos [...] Cabe destacar que la aplicación de esta manifestación del principio pro persona implica [también] acudir o utilizar [la norma que] menos restrinja al ser humano en el ejercicio de sus derechos fundamentales, ya sea sobre otra igual, inferior o incluso de superior rango en la jerarquía jurídica de cada Estado, pues lo importante es asegurar el ejercicio y garantía de los derechos humanos, preservar la dignidad y alentar el desarrollo de los seres humanos.”⁸³

Así, el principio pro persona o de interpretación más amplia a la persona detentadora de derechos humanos no solo es aplicable en el derecho interno o nacional, siendo también aplicable a los derechos humanos que emanan de los tratados internacionales y hasta a las jurisprudencias emitidas por organismos jurisdiccionales internacionales, pues hay que recordar que el artículo 1° constitucional en el párrafo segundo obliga a los jueces, magistrados y ministros a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. Sin

⁸³ Castilla, Karlos, “El principio pro persona en la administración de justicia”, en Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, México, núm. 20, enero-junio 2009, p. 72.

embargo, la invocación y consecuente aplicación de los criterios jurisprudenciales en materia de derechos humanos emitidos por las cortes internacionales deben atender a los lineamientos establecidos por la SCJN para el uso de las jurisprudencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por analogía, los cuales son:⁸⁴

1.- Cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento;

2.- En todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana (internacional en su caso) con la nacional; y

3.- De ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.

De acuerdo a la jurisprudencia anterior, todos los criterios emitidos por un organismo internacional creados por la suscripción de un tratado o instrumento internacional -del que México- es parte serán obligatorios para todas las autoridades incluyéndose las administrativas.

2.3 Tutela Estatal de Derechos Humanos.

⁸⁴ P./J. 21/2014 [J], Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Decima Época, t. I, Abril de 2014, p. 204.

Como parte de las relaciones que se han venido describiendo, en materia de tutela y protección de los intereses de los particulares por parte de las entidades que ostentan el poder.

El reconocimiento de la dignidad que detona la atribución de prerrogativas en los particulares por parte de los órganos de gobierno es una de las principales materias a describir en el ámbito del derecho público. Estas cuestiones deben considerarse como una principal preocupación del estado de derecho y precisamente se debe reconocer que esta protección se conforma como uno de los medios de legitimación del propio Estado.

Como se ha descrito, los derechos humanos implican limitaciones al ejercicio del poder por parte de los órganos encargados de su administración, y también es para que estas restricciones tengan un efecto que permita conformar parcelas de certeza que se traduzcan en seguridad jurídica para los gobernados.

De esta forma, es necesario que los individuos puedan contar con los mecanismos indispensables para solicitar la defensa de sus intereses en el marco del mismo estado de derecho.

Bajo esta lógica, es necesario contar con medios firmes, que permitan comprender los recursos con los que puede llegar a contar el particular en caso de que necesite recurrir a la intervención de los órganos de poder para conseguir la protección que permita garantizar sus intereses.

La tutela constitucional en México se ha venido perfeccionando como consecuencia del avance de la democracia, por el respeto de los derechos fundamentales y con la observancia de los lineamientos establecidos por los organismos internacionales. Ciertamente en México no hay un tribunal que en exclusiva tenga una protección jurisdiccional de los derechos fundamentales sino que ese enjuiciamiento corresponde en general a todos los órganos jurisdiccionales, sean órganos de jurisdicción ordinaria o de jurisdicción constitucional.⁸⁵

Como resultado de las reformas constitucionales en diversas materias como la que se estableció en el ámbito de los derechos humanos, y que se abordará con posterioridad.

El sistema jurídico mexicano ofrece nuevos esquemas de protección de los derechos humanos reconocidos en la Constitución que permiten a los particulares recurrir a diversos medios para garantizar la tutela de las autoridades estatales en favor de los gobernados que pueden ver conculcadas las prerrogativas con las que deben contar en su carácter de seres humanos.

México pertenece a un modelo híbrido o un *tertium genus* que se caracteriza por existir un control difuso en lo que respecta a la vigilancia en la supremacía de la Constitución, pero en la que corresponde a un único órgano de rechazo o anulación de las normas federales inconstitucionales.⁸⁶

⁸⁵ Cervantes Bravo, Irina. La tutela Constitucional de los Derechos Fundamentales en México (Debido Proceso y Principio de Igualdad). En: Serna de la Garza, José María. Contribuciones al Derecho Constitucional. UNAM. México, 2015. p. 238

⁸⁶ Idem.

Bajo estas premisas, la conformación de los mecanismos jurisdiccionales de protección de los derechos humanos en el sistema Jurídico mexicano reconocen una serie de instituciones judiciales que se encargan de la interpretación de los derechos que reconoce la Constitución y los tratados internacionales celebrados bajo el amparo de la misma.

2.3.1 Procedimientos constitucionales de tutela de Derechos Humanos.

A través de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011 se hicieron importantes cambios en el texto de la carta magna, pues si bien es cierto que el texto original de 1917 no hacía referencia expresa a los derechos humanos, también lo es que contenía importantes disposiciones relativas a dichos derechos a los que hasta antes de la reforma se les denominó garantías.⁸⁷

Los tratados de derechos humanos se diferencian de los tratados clásicos en mérito a su especial naturaleza. [...] Al probar, ratificar o adherirse a los tratados de derechos humanos, los Estados aceptan armonizar sus legislaciones internas con los estándares internacionales que surgen de los tratados. Si es necesario, deberán legislar y eventualmente tipificar delitos o derogar prácticas o leyes que se contradicen con lo previsto en el tratado que los obliga.⁸⁸

⁸⁷ Cfr. Patiño Camarena, Javier; De los derechos del hombre a los derechos humanos; Ed. Flores; México, 2014; P.105

⁸⁸ Blengio Valdéz,; Op. Cit. p.66

Bajo esta tesis, se debe entender que el Estado que firma y ratifica un tratado internacional, tiene la obligación de apegarse a los lineamientos que establece el propio tratado internacional.

Este criterio de convencionalidad y constitucionalidad desarrollado en el estado mexicano conforma los sistemas de protección de Derechos Humanos que permite comprender una serie de realidades que facultan a los gobernados el edificar parcelas de seguridad jurídica ya sea desde el ámbito jurisdiccional, como administrativo. Desde esta perspectiva es importante notar el incumplimiento de las obligaciones convencionales adquiridas por los estados, que también implica una serie de responsabilidades que los entes soberanos deben satisfacer en materia internacional.

Ya que la falta de adecuado cumplimiento de los compromisos contraídos en la esfera de la legislación convencional implica una importante falta para los diversos sistemas reconocidos por el derecho internacional público.

Dentro de las obligaciones contraídas por el Estado mexicano en la firma de los tratados internacionales, como parte del compromiso de legislar y de tomar las medidas administrativas necesarias para la protección de los intereses de los gobernados, surgen una serie de mecanismos que permiten a las autoridades administrativas atender las solicitudes imperantes de protección de los derechos de los ciudadanos sometidos al funcionamiento irregular del Estado.

Bajo esta perspectiva, México se ve obligado a incorporar órganos de gobierno, como instancias protectoras de los Derechos Humanos. Mismas que se

entenderán como organismos encargados de la tutela no jurisdiccional de los Derechos subjetivos públicos establecidos en la legislación interna.

Los procedimientos no jurisdiccionales que atañen a la protección de los derechos fundamentales en nuestro país, datan desde 1990, fecha en que fue creada, por decreto presidencial, la Comisión de los Derechos Humanos. Este órgano tiene competencia para conocer de los actos de naturaleza administrativa cometidos por cualquier tipo de autoridad, excepción hecha del Poder Judicial Federal”.⁸⁹

Así pues, el sustento normativo de esta institución lo encontramos en el artículo 102, apartado B, de la Constitución Federal. Conforme a este artículo tanto en el ámbito federal como en el estatal, se desarrolla la protección de los derechos humanos a través de una institución que en uso de sus facultades crean los Congresos de la Unión y de los estados.

Estos organismos no llevan estrictamente procesos o juicios entendidos desde la óptica del derecho procesal, en tal virtud las resoluciones que emitan no adquieren el carácter de sentencias, si no resoluciones meramente declarativas, y aún más, que no son, como ya quedó de manifiesto en el concepto anterior, vinculatorias para ninguna autoridad.

⁸⁹ Armienta Calderón, Gonzalo M; Procesos y procedimientos constitucionales, en La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Hector Fix-Zamudio a sus cincuenta años como investigador en el derecho. Tomo I; UNAM, 2008; P.243

Esto quiere decir, que éstas pueden o no adoptar las directrices que les señalen las comisiones de los Derechos Humanos.⁹⁰

Es importante Resaltar qué en términos concretos los efectos de la implementación de este tipo de órganos ofrece al gobernado una plataforma de protección que lo posiciona en un clima de seguridad jurídica más amplio y desde ésta posición se puede reconocer que si bien estos órganos otorgan importantes parcelas de seguridad, también lo es que estos organismos tienen facultades limitadas ya que carecen poder coactivo que constriña a las autoridades responsables o particulares al cumplimiento de sus determinaciones.

No obstante, se debe mencionar que las comisiones creadas para la tutela de los derechos fundamentales y los Derechos Humanos son organismos que buscan la protección de los valores que sustentan la organización y el equilibrio del estado respecto a la relación que guarda con sus ciudadanos.

Aunque hacer notar que el recurrir a este tipo de instituciones es perfectamente compatible con el sistema jurisdiccional de manera que esquemas complementan construyendo una plataforma más amplia de protección que reconoce mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales en busca de los intereses de los gobernados.⁹¹

2.4 Obligación del Estado en materia de los Derechos Humanos.

⁹⁰ Cfr. Ibídem p.244

⁹¹ Ibídem p.245

Desde los primeros antecedentes constitucionales, podemos encontrar las nociones de la obligación asumida por el estado en materia de tutela de los derechos fundamentales, pues ya, desde la Carta Magna de 1215, las exigencias de los súbditos de los feudos era la garantía de una serie de prerrogativas que fueron creciendo cualitativa y cuantitativamente.

De manera que el ser humano poco a poco y con el devenir, fue tornando su participación en la vida jurídica, pasando de objeto a sujeto de derechos, como se ha podido constatar como resultado de las revoluciones burguesas, mismas que originaron el nacimiento de documentos como la Declaración del buen pueblo de Virginia de 12 de junio de 1776, de la que se puede constatar que se desprende:

Que el gobierno es, o debiera ser, instituido para el bien común, la protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad; de todos los modos y formas de gobierno, el mejor es el capaz de producir el máximo grado de felicidad y seguridad, y es el más eficazmente protegido contra el peligro de la mala administración; y que cuando cualquier gobierno sea considerado inadecuado, o contrario a estos propósitos, una mayoría de la comunidad tiene el derecho indudable, inalienable e irrevocable de reformarlo, alterarlo o abolirlo, de la manera que más satisfaga el bien común.

Por lo tanto, se tiene entendido que todos los derechos humanos reconocidos por el estado mexicano por estar contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte, inherentemente generan obligaciones para las autoridades sean administrativas o judiciales o del poder legislativo (a la hora de crear nuevas leyes).

En efecto, todas las autoridades tienen el deber de hacer eficaces los derechos fundamentales y tutelarlos, sin importar que en su ámbito competencial o en sus facultades no tengan una relación directa con los gobernados propietarios de derechos humanos. Así bien en su respectiva competencia y en sus funciones las autoridades ya sean del poder ejecutivo, legislativo y judicial deben cumplir con las obligaciones estipuladas en el párrafo tercero del artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin perjuicio de que existan ordenamientos jurídicos que le concedan la obligación y facultad expresa a una Autoridad determinada para conocer y resolver ciertos y determinados asuntos o revisar ciertos negocios.

En adición, este párrafo estatuye los principios con los cuales las autoridades cumplirán sus obligaciones contenidos en el artículo en estudio, principios que deben cumplirse a la letra, pues de lo contrario se estarían violando derechos humanos en el cumplimiento de sus deberes.

Empero, estos no son los únicos temas de los que trata el tercer párrafo del artículo analizado, pues también precisa de manera más específica las facultades y obligaciones en aras de indemnizar a la persona que vio sus derechos humanos vejados, y así castigar a su infractor.

En esa tesitura, el párrafo tercero del artículo 1° de la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos dice:

“ ...

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

...⁹²

De una lectura al artículo preinserto es fácil inferir que las obligaciones que tiene el Estado -a través de todos los funcionarios públicos ya sean federales, estatales, o municipales, del poder ejecutivo, legislativo y judicial- son: promover, respetar, proteger y garantizar. Si bien es cierto, dichas obligaciones no cuentan con explicación de a que se refieren cada una y cuáles son sus alcances, también es cierto que son perfectamente entendibles de conformidad a la protección amplia que ofrece el Estado mexicano en materia de Derechos Humanos.

Además, el párrafo en estudio establece los principios a los cuales las Autoridades se deberán de apegar al efecto de tutelar efectivamente el goce y ejercicio de los derechos humanos que tienen todas las personas en México, los cuales son: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Por último, pero no menos importante, tenemos los deberes específicos que las Autoridades tienen tratándose de las violaciones o vejaciones de los derechos humanos de una persona como individuo o como integrante de una colectividad, o de un conjunto de individuos, los cuales son: prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

⁹² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 1 tercer párrafo.

Para entender en qué consisten cada una de las obligaciones, principios y deberes de las Autoridades mexicanas es que a continuación se analizarán uno por uno de los conceptos en boga, lo cual permitirá dilucidar la base de la problemática planteada en esta tesis.

2.4.1 Obligaciones genéricas de las Autoridades en materia de Derechos Humanos.

En efecto, existe la obligatoriedad por parte de todas las Autoridades dentro de la República Mexicana a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos tanto de la Constitución Mexicana como de los más de 150 tratados internacionales de los cuales México es parte, en contra de las mismas Autoridades o los terceros particulares que son personas físicas o empresas, siendo derecho de las personas el gozar de todos aquellos derechos humanos contenidos en el sistema jurídico mexicano e internacional.

Para su mayor entendimiento, se procede a continuación a describir de manera sintetizada el significado de cada una de las obligaciones que tienen las Autoridades en materia de derechos humanos, que si bien es cierto se interrelacionen entre sí unas con otras, también lo es que de dichas obligaciones se pueden identificar características esenciales:

PROMOVER: La primera de las obligaciones insertas en nuestra Constitución Política Federal, es la que con menos fuentes y referencias cuenta, por lo que encontrar una definición precisa y única en cuanto a su aplicación por parte de las Autoridades es difícil.

Partiendo desde su significado gramatical, el Diccionario de la Real Academia Española lo define como:

“Promover.

Del lat. promovēre.

Conjug. c. mover.

1. tr. Impulsar el desarrollo o la realización de algo.

...”⁹³

Derivado de su contexto gramatical podemos entender que la obligación de promover consiste en que las autoridades deben impulsar el desarrollo de los derechos humanos. Ese impulso en el desarrollo de los derechos humanos se puede entender en otras palabras, como, la realización de todas aquellas funciones que tiendan a divulgar la existencia de los derechos humanos con los que cuentan todas las personas que están dentro del territorio nacional, así como la divulgación de esos derechos humanos entre las mismas autoridades las que para un mejor conocimiento de sus alcances deben de capacitarse en la materia.

Para dar a conocer de manera efectiva los derechos humanos, las instituciones que las protegen, los procedimientos encaminados a obtener su reparación y las figuras jurídicas, las autoridades se ven obligadas a realizar ciertas actividades en harás de informar a todos, como los pueden por medio de:

⁹³ Diccionario de la Real Academia Española, Actualización del 2017, <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=promover>

campañas publicitarias, utilizar boletines y circulares, manuales y en general cualquier medio de difusión masiva.

El impulso para el desarrollo de los derechos humanos también se puede observar en un sentido meramente financiero, ya que el estado debe financiar la estructuración y funcionamiento de órganos e instituciones dedicadas a la protección de los derechos humanos, como lo podría ser la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que en la práctica jurídica resulta insuficiente, en especial en el tema del que se trata la presente tesis, como se mencionó en apartados anteriores.

Además de lo anterior, la obligación de promover los derechos humanos que tienen todas las autoridades mexicanas abarca la capacitación que sobre esa materia deben de tener los gobernantes (autoridades), ya que ellos son los que tendrán que tutelar el efectivo goce de los derechos humanos.

Definición parecida a la mencionada dice la autora Sandra Serrano al precisar que:

“Esta obligación tiene dos objetivos principales, por una parte que las personas conozcan sus derechos y mecanismos de defensa y por otra, avanzar en la satisfacción del derecho, esto es, ampliar la base de su realización. Es decir, no se trata de un deber meramente promocional, sino que debe tenderse al desarrollo del empoderamiento de los ciudadanos desde y para los derechos.”⁹⁴

⁹⁴ Serrano, Sandra “Obligaciones del Estado Frente a los Derechos Humanos y sus Principios Rectores: una Relación para la Interpretación y Aplicación de los Derechos”, Instituto de

Algo similar sostiene el Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República en torno a la obligación promover:

“La obligación de promover está orientada hacia la sensibilización social en materia de derechos humanos. El Estado tiene la obligación de adoptar medidas encaminadas a lograr una cultura basada en derechos humanos a través de cambios en la conciencia pública. Se trata de conseguir que la moral positiva de la sociedad coloque a los derechos como un bien conocido y valorado. Es una obligación de carácter positivo (supone acciones a cargo del Estado) y de cumplimiento progresivo.”⁹⁵

RESPETAR: La define Hector Gros Espiell en su libro analítico de la Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos como “la obligación del Estado y de todos sus agentes, cualquiera que sea su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidas en la Convención”.⁹⁶

Es decir, la obligación de respeto por parte de las autoridades conlleva que no realicen acciones que vulneren la esfera jurídica de los gobernados, absteniéndose de entrometerse en los asuntos privados de los particulares a menos que el acto autoritario se encuentra fundado de conformidad con las facultades que las leyes les otorgue, y correctamente motivado, es decir, que se

Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenaur, 2013, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3567/9.pdf>, página 119.

⁹⁵ Salazar Ugarte, Pedro (Coord.), “La Reforma Constitucional sobre Derechos humanos Una Guía Conceptual”, primera edición, México, Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez, enero de 2014, página 25.

⁹⁶ Gros Espiell, Héctor “La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, página 65.

cumplan las formalidades a que se refieren los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes mexicanas.

El respeto por parte de las autoridades también se encuentra en que las mismas hagan el uso adecuado de los bienes públicos para la correcta realización de sus funciones, pues el despilfarro y malversación de los fondos con los que cuenta la federación, los Estado y los municipios, impiden las prestaciones de los servicios que el estado debe brindar a favor de los gobernados y de las funciones que permitan el buen funcionamiento del Estado y la sociedad.

También en que la autoridad no omita realizar sus funciones de acuerdo a las leyes que rigen sus diferentes competencias obstaculizando el ejercicio de otros derechos fundamentales a los gobernados, pues es claro que si la autoridad no realiza de manera eficiente sus atribuciones y apegado a la Leyes con el fin de obstaculizar el ejercicio de los derechos fundamentales, la obligación que se explica no se cumple.

En general, la obligación de respetar los derechos humanos conlleva toda acción u omisión tendiente a no vulnerar los derechos fundamentales de los gobernados, lo cual es sostenido por los Tribunales Colegiados de Circuito al decir:

“...para determinar si una conducta específica de la autoridad importa violación a derechos fundamentales, debe evaluarse si se apega o no a la obligación de respetarlos, y ésta puede caracterizarse como el deber de la autoridad que le impide interferir con el ejercicio de los derechos o ponerlos en peligro, ya sea por acción u omisión; es decir, la autoridad, en todos sus

niveles (federal, estatal o municipal) y en cualquiera de sus funciones (ejecutiva, legislativa o judicial), debe mantener el goce del derecho y, por ende, su cumplimiento es inmediatamente exigible puesto que, aun cuando primeramente está dirigida a los órganos del Estado, también incluye la conducta de los particulares, que igualmente se encuentran obligados a no interferir con el ejercicio de los derechos; por tanto, esta obligación alcanza la manera en que las autoridades entienden las restricciones a los derechos, tanto en su formación (a cargo del Poder Legislativo) como en su aplicación (Poder Ejecutivo) e interpretación (Poder Judicial).”⁹⁷

La jurisprudencia anterior, además de reforzar lo mismo que se mencionó en párrafos anteriores en torno a la definición de la obligación de respetar, también precisa que los derechos humanos no deben de ser respetados únicamente por las autoridades o gobernantes, sino que también los derechos humanos son prerrogativas de protección en contra de terceros particulares, aun y a pesar de que el acto de los particulares sean de naturaleza correspondiente al derecho privado, pues este en ninguna parte del párrafo que se estudia se menciona que escape al control de constitucionalidad y convencionalidad.

Los derechos humanos no son aplicables únicamente en un plano de verticalidad, esto es, en una relación de subordinaciones de los particulares al Estado, sino que estos también son aplicables en las relaciones de horizontalidad que en pocas palabras se traduce en las relaciones existentes entre particulares que tienen -por lo menos en teoría-, igualdad de condiciones e igualdad ante la Ley.

⁹⁷ XXVII.3o.1 CS. Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 11, Octubre de 2014, Pág. 2840.

Sobre este punto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, nuestra máxima Autoridad Judicial Federal, ha emitido diversos criterios aislados en los cuales de manera expresa estatuye que los derechos humanos contenidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales de los que México es parte son también aplicables, protegidos y esgrimidos en las relaciones entre gobernados o particulares.

PROTEGER: Según los Tribunales Colegiados de Circuito:⁹⁸

“...Ésta puede caracterizarse como el deber que tienen los órganos del Estado, dentro del margen de sus atribuciones, de prevenir violaciones a los derechos fundamentales, ya sea que provengan de una autoridad o de algún particular y, por ello, debe contarse tanto con mecanismos de vigilancia como de reacción ante el riesgo de vulneración del derecho, de forma que se impida la consumación de la violación. En este último sentido, su cumplimiento es inmediatamente exigible, ya que como la conducta estatal debe encaminarse a resguardar a las personas de las interferencias a sus derechos provenientes de los propios agentes del Estado como de otros particulares, este fin se logra, en principio, mediante la actividad legislativa y de vigilancia en su cumplimiento y, si esto es insuficiente, mediante las acciones necesarias para impedir la consumación de la violación a los derechos. De ahí que, una vez conocido el riesgo de vulneración a un derecho humano, el Estado incumple su obligación si no realiza acción alguna, sobre todo, porque, en el caso de sus propios agentes, está obligado a saber todo lo que hacen.”

La protección de los derechos humanos como obligación por parte de las autoridades consiste en la implementación de normas, mecanismos, instrumentos,

⁹⁸ XXVII.3o.3 CS. Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 11, Octubre de 2014, Pág. 2840.

procesos e instituciones, entre otros medios, que permitan salvaguardar el pleno ejercicio de los derechos humanos por parte de todas las personas, y que así, se eviten violaciones por parte de las mismas autoridades o terceros particulares (los que cuentan igualmente con derechos fundamentales) a los derechos humanos.

Esta protección de los derechos fundamentales o humanos en contra de violaciones por parte de las mismas autoridades o por particulares, también abarca que mediante el ejercicio de las atribuciones y facultades de prevención que tienen las mismas autoridades se busque evitar futuras vejaciones de los derechos, sin establecer restricciones ilegales a los mencionados particulares, contando con los mecanismos de vigilancia idóneos como de reacción ante el riesgo de vulneración del derecho, de forma que se impida la consumación de la violación.

Esta obligación de protección como se mencionó en párrafo precedente es de acción anterior a la posible infracción a un derecho humano, teniendo que ver más con las acciones de legislación, prevención y de vigilancia, aunque con la violación consumada la protección se extiende a la investigación, administración de justicia y a la búsqueda de una reparación justa y equivalente a la acción infractora, acciones que se encuentran muy vinculadas con la obligación de garantizar los derechos humanos –que se estudiará en párrafos subsecuentes-.

Como se ha venido mencionando, hay que identificar que existen derechos fundamentales que solo pueden ser oponibles frente al Estado y hay otros que gozan de multidireccionalidad, esto es que pueden ser oponibles en las relaciones jurídico-privadas. Como ejemplo de los derechos que únicamente puede ser oponibles frente al estado encontramos el derecho de petición, el derecho de audiencia, el derecho a la certeza y seguridad jurídica, el derecho de legalidad,

entre otros. Por su lado entre los derechos fundamentales multidireccionales encontramos el derecho a la dignidad humana, a la no discriminación, a la libertad contractual, a la libre asociación, a la privacidad, a la libertad de expresión, entre otros.

GARANTIZAR: Entre las obligaciones de las autoridades encontramos el de garantizar el ejercicio de los derechos humanos, el cual consiste de manera practica en que las autoridades deben eliminar aquellas restricciones innecesarias y que permitan su pleno goce, provisionar a los órganos del estado de recursos para poder cumplir sus funciones que tienen como finalidad salvaguardar los derechos y otorgar a los gobernados facilidades para su ejercicios.⁹⁹ Esta obligación se encuentra encaminada a permitir y dar los medios indispensables a los gobernados para el disfrute de sus derechos fundamentales.

La Corte Interamericana de Derechos humanos precisa que consiste “en el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.”¹⁰⁰

En sí, se trata de la exigencia a la conducta positiva del Estado para asegurar la realización de los derechos humanos. Por lo que la obligación consiste en asegurar la realización de los derechos humanos para todos, siendo necesario planear, establecer metas, crear mecanismos de control, entre otras actividades que permitan su cumplimiento.

⁹⁹ XXVII.3o.2 CS (10a.). Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 11, Octubre de 2014, Pág. 2838.

¹⁰⁰ Fredman, Sandra, “Human Rights Transformed. Positive rights and Positive Duties” Estados Unidos de America, Oxford University Press, 2008, página 72.

En pocas palabras, consiste en que el estado mexicano tiene la obligación de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Esta necesidad de garantizar el ejercicio de los derechos humanos no termina con el simple hecho de establecer en el orden jurídico la existencia de los derechos humanos y sus mecanismos para su protección (legislar), siendo necesario que además las autoridades realicen las conductas necesarias apegadas a derecho para afianzar su libre y pleno ejercicio (administrar y ejecutar), asimismo como investigar, valorar y castigar las violaciones a los derechos fundamentales consiguiendo en todo momento la reparación del daño ocasionado ya sea restableciendo el derecho a como se encontraba antes de ser infringido o decretando una justa indemnización (juzgar y sancionar).

En cuanto a la garantía del ejercicio de los derechos fundamentales, el estado mexicano tiene a obligación de crear los recursos ya sean administrativos o judiciales que permita a las personas acusar las violaciones a sus derechos humanos, y para conseguir de manera expedita y menos onerosa una protección por parte del estado y la consecuente reparación del daño ocasionado en contra de particulares o autoridades.

En ese contexto, se deben implementar los mecanismos necesarios e indispensables para poder resolver cada violación a los derechos humanos en específico, y conseguir la protección más amplia a los derechos humanos de la persona, ya que no basta que existan de manera improvisada los procesos, instituciones y figuras jurídicas que no tienen como fin fundamental la protección, y garantía de los derechos humanos, sino que es necesario crear los procesos, las instituciones y las figuras jurídicas que abarquen con precisión y de manera especial los derechos humanos.

Esto es así, pues podemos observar que la mayoría de los procesos, instituciones, instrumentos y figuras jurídicas existentes en México no se encuentran encaminadas a la protección de los derechos humanos en sí, pues únicamente se atienden a adecuar las figuras, procesos e instituciones existentes antes de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 para resolver las controversias.

Como ejemplo de ello tenemos al juicio de amparo, medio de control constitucional, con el que se busca obtener el amparo y protección de la justicia Federal por violaciones a los derechos humanos, sin embargo, dicha figura resulta insuficiente para encontrar una garantía y protección amplia a los derechos humanos, por haber varias características para su promoción de difícil realización en violaciones realizadas por particulares.

Esto es por lo cual, que la manera más efectiva para garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos es creando medios de defensa tanto judiciales como administrativos especializados en la defensa de los derechos humanos en contra de particulares infractores, propuesta que se hará formalmente en páginas posteriores.

2.4.2 Principios de las obligaciones de las Autoridades en materia de Derechos Humanos.

Por su parte las obligaciones que tienen las autoridades para tutelar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales o humanos debe de responder a

cuatro principios rectores: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

El primero de los principios es el de la universalidad que reza que todos los derechos humanos son inherentes a todos y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad. Esto es así pues hay que acordarnos que de conformidad con el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que todas las personas que se encuentren dentro de la República Mexicana gozaran de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales de los que México sea parte. Lo mencionado en este párrafo lo refuerza la Comisión Nacional de Derechos Humanos al decir:

“Los derechos humanos corresponden a todas las personas por igual, sin discriminación alguna, de ello se desprende el principio de universalidad.

...

Todas las personas son titulares de todos los derechos humanos, en eso consiste el principio de universalidad, estrechamente relacionado con los derechos a la igualdad y no discriminación.”¹⁰¹

En ese contexto la universalidad es que los derechos humanos son prerrogativas que le pertenecen a todos los seres humanos (y a las personas morales o jurídicas, por así disponerlo la Constitución) y que a su vez deben ser respetados por todos.

¹⁰¹ Castañeda, Mireya “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos”, primera edición, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Ciudad de México, 2016, páginas 9 y 10.

Así bien, las autoridades tienen las obligaciones de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de todas las personas que se encuentren dentro de la república mexicana y en contra de cualquier individuo que pueda violar o viole dichas prerrogativas.

El principio de universalidad ampara que todas las personas existentes que se encuentren en México tengan derechos humanos en su calidad individual, es decir, una persona tiene derecho a ejercer la libertad de expresión por su calidad como individuo frente al derecho y no por encontrarse dentro de una sociedad, una comunidad, es decir, el ejercicio de sus derechos humanos no se ven restringidos por lo que la colectividad decida o quiera y mucho menos por lo que al estado le convenga más; es decir, no es óbice que una colectividad pretenda o quiera restringir el ejercicio de un derecho humano en contra de otra persona, pues no importa la cantidad de personas que lo soliciten, los derechos humanos a pesar de ser universales, mantienen su individualidad y pertenencia para cada una de las personas que se encuentren en la República.

Por eso, aun y a pesar de que vivimos en un país democrático como lo es México, no importa el pensamiento o las decisiones de las mayorías, si como fin de la decisión tomada es afectar la esfera jurídica de minorías ya sean vulnerables o no vulnerables, siendo que como punto especial el derecho busca por lo regular obtener una mayor protección a este tipo de personas.

El principio de interdependencia consiste según la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Jalisco en que todos los derechos humanos se encuentran

vinculados íntimamente entre sí, de tal forma, que el respeto y garantía o bien, la transgresión de alguno de ellos, necesariamente impacta en otros derechos.¹⁰²

En ese sentido los juristas Sandra Serrano y Daniel Vázquez dicen que el principio de interdependencia *“...señala la medida en que el disfrute de un derecho en particular o un grupo de derechos dependen para su existencia de la realización de otro derecho o de otro grupo de derechos. La interdependencia comprende, por lo menos, un par de relaciones donde: a) un derecho depende de otro(s) derecho(s) para existir, y b) dos derechos (o grupos de derechos) son mutuamente dependientes para su realización. En este sentido, el respeto, garantía, protección y promoción de un derecho tendrá impacto en los otros y/o viceversa.”*¹⁰³

En efecto, existe una relación demasiado delgada entre todos los derechos humanos, tanto así que si se transgrede uno se transgreden muchos otros. Asimismo, esta interdependencia entre los derechos humanos no solo se encuentra dentro de los derechos pertenecientes a un mismo individuo, ya que el exceso en el ejercicio de un derecho humano puede repercutir en la esfera jurídica de otra persona.

Bajo este principio todos los derechos humanos conviven entre sí de manera armoniosa, complementándose los unos a los otros; por lo que las obligaciones de las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales se deben de hacer tomando en consideración de manera global todos los derechos humanos, sabiendo que los mismos forman un todo.

¹⁰² http://cedhj.org.mx/principios_constitucionales.asp

¹⁰³ Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, “El enfoque de derechos humanos”, México, Flacso-México (col. Guías de estudio de la Maestría en Derechos Humanos y Democracia), 2012, Mimeo, p. 38.

El principio de indivisibilidad¹⁰⁴ se encuentra íntimamente relacionado con el principio de interdependencia, tanto así que la mayoría de los doctrinarios entran a su estudio en conjunto y algunos hasta piensan que se trata del mismo principio.

Indica la página oficial de la Comisión Estatal de Derecho Humanos de Jalisco “que todos los derechos humanos son infragmentables sea cual fuere su naturaleza. Cada uno de ellos conforma una totalidad, de tal forma que se deben garantizar en esa integralidad por el Estado, pues todos ellos derivan de la necesaria protección de la dignidad humana.”¹⁰⁵

Dicen los profesores investigadores Luis Daniel Vázquez y Sandra Serrano que:

“El principio de indivisibilidad, por su parte, implica una visión holística de los derechos humanos, en la que todos los derechos se encuentran unidos, ya no por razones de dependencia, sino porque de una forma u otra ellos forman una sola construcción. Por tanto, si se realiza o se viola un derecho, impactará en los otros derechos, más allá de si existe o no una relación de dependencia inmediata entre ellos. La idea central es que la concreción de los derechos sólo puede alcanzarse mediante la realización conjunta de todos ellos.”¹⁰⁶

¹⁰⁴ http://cedhj.org.mx/principios_constitucionales.asp

¹⁰⁵ http://cedhj.org.mx/principios_constitucionales.asp

¹⁰⁶ Velázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, 2012, Mimeo.

Es decir, todos los derechos humanos son un cuerpo, un bloque compacto o un conjunto, los cuales no se pueden partir o clasificar por ser una totalidad, ya que los mismos nacen con la esencia misma de la persona por el simple hecho de serlo.

El último principio estatuido en el párrafo tercero del artículo primero de nuestra carta magna es el de la progresividad, el cual significa que las obligaciones de las autoridades en materia de derechos humanos deberán de realizarse de manera paulatina y en un periodo razonable de tiempo de conformidad a los medios y recursos con los que cuente México para que sus autoridades cumplimenten sus obligaciones.

Empero, no se debe de entender ni confundir que la progresividad es que las autoridades deben implementar la tutela de los derechos humanos lentamente, si no que los esfuerzos en esa materia se deberán realizar de manera continuada y expedita sin que pueda existir una regresividad o retroceso en los derechos humanos, es decir, no se debe confundir con que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización íntegra de los derechos, sino en la posibilidad de ir avanzando gradual y constantemente hacia su más completa realización, en función de sus recursos materiales.

En contraposición al principio de progresividad tenemos a la prohibición de regresividad o retroceso en materia de derechos humanos, el cual se puede entender en que de ninguna manera las obligaciones de las autoridades podrán reducirse o retroceder en detrimento de los derechos humanos de las personas, estableciendo más límites o restricciones de las que previamente existían y eran más beneficiosas.

Entiéndase entonces el principio de progresividad en que la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos por parte del Estado mexicano se hará de manera evolutiva, estableciendo con el avance del tiempo mayores prerrogativas a favor de las personas propietarias de derechos humanos.

2.4.3 Obligaciones específicas de las Autoridades en materia de Derechos Humanos.

Esta última parte del párrafo en comento establece cuales son los deberes u obligaciones específicas de la Autoridades Administrativa y Judiciales en sus respectivos ámbitos de competencia para evitar la infracción de los derechos fundamentales o cuando un derecho humano ya ha sido transgredido por parte de otra Autoridad o de un tercero particular.

En este punto, es verdaderamente fácil el confundir estos deberes específicos de la Autoridad con las obligaciones generales que tienen todas las Autoridades en materia de derechos humanos (promover, respetar, proteger y garantizar), sin embargo, una manera de identificar y diferenciar unos con otros es que las obligaciones generales tienen como finalidad la tutela efectiva del goce y ejercicio de los derechos humanos de todas las personas de manera generalizada, es decir, su objetivo sería el permitir que todas las personas disfruten plenamente los derechos fundamentales que tienen reconocidos, sin que exista algún tipo de restricción más que las que existen en las leyes; por su parte, los deberes específicos que tienen todas las autoridades para con los detentadores de derechos humanos, derivando de las obligaciones generales; esto es, los deberes específicos son forzosamente conductas concretas que deben de atender o realizar en particular las Autoridades al momento de entrar al estudio de los derechos humanos.

Es ese estado de cosas, estos deberes de las Autoridades son un conjunto de acciones que las Autoridades forzosamente deben de realizar, cuando una persona ve sus derechos disminuidos al mínimo o pueda verlos vejados por una Autoridad o por un tercero que no tenga esa calidad autoritaria o tenga el peligro inminente.

Los deberes específicos que tienen todas las Autoridades en materia de derechos humanos (a que se refiere la última parte del párrafo tercero del artículo 1° de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos) son prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

Antes de entrar al estudio de cada uno de los deberes específicos que tiene las autoridades es necesario mencionar que los mismos son aplicables a distintos momentos, esto es así, ya que el deber de prevenir va encaminado a la anticipación por parte del Estado a la posible violación de un derecho humano; mientras que los deberes de investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos se enfoca a las conductas que las Autoridades deben de realizar cuando una persona detentadora de derechos humanos ya los vio afectados, siendo que la doctrina jurídica normalmente los ha englobado dentro de la obligación que tienen las Autoridades a garantizar los derechos humanos cuando en realidad (desde una perspectiva de teoría jurídica) forman parte de la obligación de protección a los mismos que supone el establecimiento de mecanismos de protección a los derechos humanos como lo son procedimientos, instancias jurisdiccionales, semi-jurisdiccionales, administrativas, de soluciones alternativas de controversias, entre otros.

Así bien, los deberes específicos que tienen todas las Autoridades se definen:

- **PREVENIR:** En sentido lato, es el deber que tienen las Autoridades a realizar todas aquellas conductas atinentes a evitar la vejación de los derechos humanos de las personas que se encuentran dentro del territorio nacional. Es decir, esta obligación específica consiste en la realización de todas aquellas conductas necesarias e indispensables para evitar las posibles violaciones a los derechos humanos de las personas; y que en caso de haber sido transgredidos, el tener todos los instrumentos y mecanismos fundamentales para no verlos reducidos al máximo. Como se puede observar esta obligación específica está estrechamente vinculada a las obligaciones generales de promoción y protección de los derechos humanos ya que la misma se cumple forzosamente mediante la prevención.

Al tenor de esta obligación específica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

“El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte. Es claro, a su vez, que la

obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado.”¹⁰⁷

Como se dijo anterioridad esta obligación se cumplimenta por medio de las acciones que las Autoridades realicen a efecto de evitar las violaciones de los derechos humanos y de capacitarse en dado caso de que una infracción a dichas prerrogativas sean potenciales objetos de vulneraciones. Así tenemos que por una parte dichas acciones pueden consistir en la difusión de los derechos humanos a todos los gobernados (sean personas físicas o morales), ya sea mediante campañas de promoción, publicidad, cursos, diplomados, el uso de medios de comunicación, entre otros, así como la capacitación de todos los funcionarios en dicha materia, de tal manera que todas la Autoridades y particulares sepan con que derechos humanos cuentan todas las personas dentro de la república mexicana, por estar reconocidos tanto en la Carta Magna como en los diversos tratados internacionales de los cuales es parte, así como de que mecanismos legales cuentan para su protección o para la obtención de justicia.

La prevención no solo consiste en hacer del conocimiento de los derechos humanos a las personas en su sentido meramente conceptual, sino que, el deber de prevenir la violación de derechos humanos se extiende a dar a conocer mediante diversos medios: como protegerlos, las restricciones en su uso (para evitar violaciones a los derechos humanos de otras personas por exceso), los mecanismos con que cuenta el Estado para salvaguardarlos, las instancias competentes, las herramientas para prevenir las violaciones a los mismos, entre muchos otros puntos.

¹⁰⁷ Caso Velázquez Rodríguez contra Honduras, sentencia de fecha 29 de julio de 1988, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 175.

Dicha prevención también consiste en dar a conocer a las mismas Autoridades los protocolos, procedimientos, instancias, sus facultades, los derechos fundamentales, entre otros puntos para que todas sus actuaciones se realicen legalmente y no existan violaciones a los derechos humanos.

Otras acciones de prevención de la vejación de los derechos humanos puede ser desde crear nuevas instituciones, procesos y protocolos necesarios, el mejoramiento de mecanismos de supervisión y seguimiento para los órganos y organismos públicos, para que estén vigilados y auditados en todo momento los funcionarios públicos; esto es, las acciones de prevención también consisten en la creación de instituciones especializadas en la protección de los derechos humanos, así como el otorgamiento a su favor de las facultades necesarias para su investigación o juicio.

Con relación al punto anterior, es necesario el que los legisladores creen nuevas leyes o modifiquen las actuales para cubrir todos aquellos problemas que se relacionen a los derechos humanos, así como adicionar en el sistema jurídico mexicano nuevas figuras jurídicas tanto sustantivas como adjetivas para su mejor protección, como lo podrían tipos penales sobre violaciones específicas de derechos fundamentales, sanciones o hasta procedimientos especialmente creados para la investigación, sanción y reparación del daño por la violación a los derechos humanos.

Como se saca a colación esta obligación tiene como finalidad por una parte el desincentivar a las Autoridades o a los mismos gobernados de realizar conductas ilícitas y lesivas que afecten la esfera de derechos humanos de otras personas detentadoras de los mismos, así como establecer en el sistema jurídico una maquinaria administrativa y judicial, suficiente para investigar, juzgar,

sancionar y conseguir una indemnización a favor de una víctima en caso de la reducción de sus derechos humanos.

Sin embargo, hay que precisar que como lo mencionó la Corte Interamericana de Derechos Humanos esta obligación se cumple siempre y cuando las autoridades hagan todas las conductas que están en sus manos para evitar la violación de derechos humanos, siendo que, en caso de que la Autoridad agote dichas acciones y aun así exista la conculcación de un derecho fundamental en contra de una persona, dicha situación no genera forzosamente la violación por parte de la autoridad a dicha obligación específica, ya que la autoridad realizó todo lo posible para prevenirlo, escapándose de su esfera la conducta individual de los gobernados. Cosa distinta es que la autoridad no agote todas las acciones para prevenir el ultraje de los derechos humanos, caso en el cual, si acontece una infracción a un derecho fundamental por dicha omisión, es evidente que la autoridad no cumple con dicha obligación.

- **INVESTIGAR.**- Esta obligación consiste en que la Autoridades deben inspeccionar, indagar, averiguar y descubrir la verdad sobre las violaciones de derechos humanos que sean denunciadas por los gobernados, o que aún no siendo denunciadas deban ser investigadas ex officio, para el efecto de juzgar, sancionar e indemnizar a la víctima de dicha conculcación. Para ello, el estado debe de proveer a todas las autoridades de la capacitación necesaria, los protocolos, las facultades, las instituciones, los mecanismos, instrumentos y en general todas aquellas facilidades oportunas para conocer la verdad de los hechos con eficacia, eficiencia y expedites, apegándose en todo momento al principio de debido proceso legal establecido en el artículo 16 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Como se mencionó en el párrafo que antecede, para ello la autoridad debe de contar con todos aquellos mecanismos e instrumentos legales necesario a fin de llevar a cabo una buena averiguación de los hechos que pueden derivar en una infracción a los derechos humanos de una persona, ya que, si la investigación de una infracción no cuenta con los instrumentos necesarios para llevarla a cabo, evidentemente nunca se podrá llegar a la verdad de que fehacientemente se realizó una conducta privativa de los derechos humanos, y por lo tanto, el infractor quedará impune y la víctima no podrá obtener la justicia que se merece. Lo mismo pasa cuando el ordenamiento jurídico no prevé las leyes o dispositivos que contemplan procedimientos, normas sustantivas o sanciones que tengan como fin el establecer procedimientos de investigación de derechos humanos, así como que hipótesis se pueden considerar como generadoras de una violación de derechos humanos.

Como lo dice el doctor Miguel Carbonell para poder responder frente a un acto violatorio de derechos humanos se debe:

- “a) realizar las pesquisas que sean necesaria para individualizar el acto en cuestión;
- b) pormenorizar las circunstancias en que fue cometido; e
- c) individualizar a los responsables y ponerlos a disposición de la autoridad competente para efecto de que sean debidamente sancionados.”¹⁰⁸

Además menciona que se materializa por medio de la existencia de instituciones gubernamentales que estén listas para recibir denuncias y quejas, que estén

¹⁰⁸ Carbonell, Miguel, “*Los Derechos Humanos en México. Régimen Jurídico y Aplicación Práctica*” primera edición, editorial Flores, México, D.F., 2015, página 79.

abiertas a toda hora, y que estén geográficamente al alcance de cualquier persona bajo ciertos parámetros de razonabilidad.

- **SANCIONAR.**- Dice Manuel Becerra Ramírez que es la obligación que tienen los Estados de procesar y en su caso sancionar a los responsables de una violación de derechos humanos; es decir, aplicar la consecuencia jurídico-normativa de la violación de una norma de derechos humanos.

Entendemos en este caso que sancionar es un concepto que se encuentra plenamente relacionado con las figuras jurídicas de la investigación y el juicio, ya que sin las dos anteriores, no puede existir la sanción. Se dice esto, pues la sanción es una consecuencia jurídica en la que culmina toda investigación y juzgamiento de un hecho ilícito, por ser un castigo que recibe la persona transgresora o infractora de una norma jurídica prohibitiva, o que precisamente cae en la hipótesis legal que establece la norma penal, administrativa o civil o hasta de proceso.

De ahí que se entienda que la sanción es la condena que le determina la Autoridad Administrativa o Judicial –dependiendo de sus competencias- a un infractor, por la comisión de un ilícito en contra del interés público o de una persona de carácter privado, la cual ve afectados sus derechos por la conducta lesiva.

Es obvio que, para que las autoridades puedan sancionar cualquier violación a los derechos humanos, es necesario que forzosamente exista una hipótesis jurídica que establezca el supuesto sustantivo de la infracción, así como

las legislaciones adjetivas por las cuales se pueda buscar la penalización sobre el infractor.

Es sentido lato, se puede decir que, para que exista sanción de un delito, primero debe existir dicho tipo, es decir, debe existir la figura jurídica en la cual puede encuadrar la conducta de una persona. Lo mismo pasa para la parte procedimental, ya que si existe delito y no existe vía para buscar el correcto enjuiciamiento del infractor, no habrá manera de poder sancionarlo ni de reparar el daño a favor del vejado.

En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció al establecer sus consideraciones en el caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos* en el cual dice:

“... La Corte Interamericana ya ha establecido que la obligación de investigar los hechos, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de un delito que constituye una violación de los derechos humanos es un compromiso que emana de la Convención Americana, y que la responsabilidad penal debe ser determinada por las autoridades judiciales competentes siguiendo estrictamente las normas del debido proceso...”¹⁰⁹

Como se puede ver en la práctica, las sanciones son de muy variada índole, pudiendo ser desde simples amonestaciones hasta la privación de la libertad, no obstante, para que se pueda fincar una sanción en contra de un transgresor es imprescindible que existe la sanción predeterminada por la norma.

¹⁰⁹ Corte IDH. Caso Rosendo Radilla vs. Estados Unidos. párrafo 178.

En el sistema jurídico mexicano, toda norma sancionadora debe de estar implementada de acuerdo a un test de proporcionalidad o racionalidad, con el cual se evalué que la pena no es inusitada de acuerdo a lo establece el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, empero, tampoco debe de ser tan tenue que la sanción no sea un verdadero castigo tan proporcional como el daño causado, ya que en ese caso la violación sería en contra del derecho humano de la persona vejada a recibir justicia.

En parte, el efecto de la sanción es precisamente el de –en un primer término- el desincentivar la realización de conductas lesivas, esto es, como un efecto disuasorio, a la vez que también se busca la obtención de justicia por parte del afectado.

Por ello es que para cumplir correctamente con esta obligación específica, las Autoridades deben implementar una amplia gama de sanciones que encuadren a ciertas y determinadas conductas, valorando en todo momento la gravedad de los actos ilícitos y la afectación que tuvo el agraviado en sus derechos; para lo cual algo indispensable es que en el orden jurídico se encuentre regulada la conducta lesiva e infractora que se pretende acusar.

- **REPARAR.**- Este deber de las Autoridades se acciona una vez ya realizado el deber de investigación de una conducta infractora de un derecho humano, y que una vez demostrada la efectiva vejación se hubiese sancionado de conformidad con las leyes aplicables o se hubiese llegado a la ejecución de una solución alternativa de la controversia, dando paso así al deber de reparar la violación del derecho humano.

Este deber consiste en que el Estado debe de velar porque una persona o conjunto de personas que vieron afectados sus derechos humanos obtengan una indemnización por su menoscabo, esto pues, al haber realizado una Autoridad o particular un hecho ilícito en contra de otra persona se genera la responsabilidad del Estado de reparar el daño o hacerlo reparar por el tercero transgresor, con el consecuente intento de devolver la situación jurídica, familiar, personal, económica, psicológica o física de la persona que tuvo el menoscabo a sus derechos, a como estaba antes de la trasgresión.

El Comité de la Naciones Unidas menciona que la Estados Parte del Pacto de las Naciones Unidas deben reparar el daño de las personas cuyos derechos reconocidos hayan sido infringidos. El Comité toma nota de que, en los casos en que proceda, la reparación puede consistir en la restitución, la rehabilitación y la adopción de medidas tendientes a dar una satisfacción, entre ellas la presentación de disculpas públicas y testimonios oficiales, el ofrecimiento de garantías de evitar la reincidencia y la reforma de las leyes y prácticas aplicables, y el enjuiciamiento de los autores de violaciones de derechos humanos.¹¹⁰

El Licenciado Manuel Becerra Ramírez estableció en uno de sus libros de derecho internacional público, lo que consideraba como medidas de reparación del daño ocasionado, derivado de un incumplimiento de los deberes específicos internacionales en materia de derechos humanos. No obstante, dichas medidas también pueden ser aplicadas como una adecuada reparación material o moral a favor del agraviado de derechos humanos; dichas medidas fueron descritas como la restitución como el restablecimiento de la situación que hubiera existido de no haber ocurrido el acto u omisión ilícito; la indemnización que procede cuando es imposible la restitución por lo que se procede al cálculo económico del daño

¹¹⁰ Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, 26 de mayo de 2004.

causado, incluyendo los prejuicios, para cubrirlos en dinero; la satisfacción que procede cuando se trata de daños meramente morales, en donde bastaría con las expresión del pesar, excusas, y declaraciones judiciales.¹¹¹

Cabe resaltar, que dichas medidas de reparación de daños muchas veces no son suficientes para resarcir el daño que aconteció a una persona, por lo cual es necesaria la valoración por parte de las Autoridades de una justa medida.

Pudiera parecer que el deber de sancionar y de reparar el daño son deberes excluyentes, pero, esa afirmación es completamente errónea, ya que en primer lugar la sanción es la parte que determina la reparación del daño y la forma en la cual será ejecutada, y en segundo lugar, la reparación del daño es completamente independiente a las sanciones o responsabilidades administrativas, penales, civiles, procedimentales o de cualquier índole que pudieran ser decretadas por la Autoridad Competente.

Lo anterior, ya que existen diversas conductas ilícitas y vejatorias que requieren no solamente la reparación del daño material o moral, sino el establecimiento de una pena proporcional al daño ocasionado, diferente e independiente a la reparación del daño.

En este contexto habrá que atender la responsabilidad que surge para el Estado en términos de las violaciones a los derechos humanos y su participación derivada de la omisión en el cumplimiento de la tutela de los compromisos adquiridos en la materia.

¹¹¹ Becerra Ramírez, Manuel. Derecho Internacional Público, México, UNAM. McGraw-Hill, 1997, pp. 104-109.

2.4.4 Omisión.

Al hablar de la responsabilidad penal por omisión, necesariamente hay que hacer referencia a las clases de omisión consideradas por la doctrina. Los iuspenalistas, en su mayoría, admiten dos clases de omisión: la omisión propia o simple y la omisión impropia o comisión por omisión.

Por una parte, se puede encontrar la omisión propia que responde a la situación de la falta de cumplimiento de un mandato expreso, de manera que contraviene el cumplimiento de una obligación determinada en el campo de las prestaciones expresas como mandatos de imperioso cumplimiento.

La omisión propia o sin resultado material no tiene problema alguno en cuanto a la responsabilidad penal, pues el legislador describe, de manera expresa, en el tipo penal, a través del verbo, una omisión en términos de la acción ordenada, sin describir ningún resultado material. En estos tipos lo que se prohíbe es la omisión y, por tanto, lo que se ordena es la acción.

La punibilidad correspondiente se justifica, simplemente, por la no realización de la acción ordenada, o sea, por la infracción de un deber de actuar. Esto significa que la omisión propia se agota con la no realización de la acción ordenada en el tipo penal.

Por otro lado, cabe mencionar la Omisión impropia o también conocida como comisión por omisión, en la que es más difícil de acreditar la

responsabilidad, toda vez que carece de un directo nexo causal entre la omisión y el resultado delictivo, ya que sólo existirá esta vinculación por vía de mandato normativo que por sus características se considera indeterminado.

En cuanto a la omisión impropia o comisión por omisión, la responsabilidad penal es bastante compleja, ya que esta forma omisiva, desde su nacimiento, ha presentado múltiples problemas doctrinarios, entre otros los de la causalidad, la fundamentación del deber jurídico, las fuentes del deber de actuar para evitar el resultado material, la clase de normas que la fundamentan, la equivalencia o equiparación entre la acción y la omisión, la distinción entre el hacer positivo y la omisión, la posición de garante y sus fuentes, y la propia estructura de los delitos de impropia omisión.

Para el caso que nos ocupa, la comisión por omisión se desarrolla más en el marco de la posibilidad de evitar un fin determinado por una persona capaz de tomar las diligencias necesarias para que este desenlace no llegue a verificarse. Pero que el posible responsable no tomó las previsiones pertinentes aun encontrándose en sus manos.

Ahora bien, si se traslada el supuesto al deber del Estado se enfrenta a un supuesto de comisión por omisión, donde la responsabilidad radica en la prevención del resultado en materia de protección y garantía del más amplio goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas por los ordenamientos internos e internacionales en materia de derechos fundamentales y derechos Humanos.

Toda vez, que cuando las autoridades estatales incumplen su obligación de tutela y garantía de estas prerrogativas que son conculcadas, por las mismas autoridades o por entes particulares derivadas de la omisión estatal, estaremos enfrentando por el campo del derecho interno, la indiscutible responsabilidad del Estado por vía de comisión por Omisión y en el campo internacional, la responsabilidad por vía de Estoppel, es decir, por actuar o no actuar contrario a lo pactado en los tratados internacionales.

2.4.4.1 Omisiones del Estado.

La responsabilidad por el contrario de lo que se afirma, normalmente es el resultado por vía del daño ocasionado por culpa del agente, o de manera indirecta en la violación formal del incumplimiento de lo pactado.

En este sentido la responsabilidad se constituye en la consecuencia punitiva y compensatoria de las medidas para restablecer el orden vulnerado y la satisfacción equitativa a la víctima, que se conforma en una atribución subjetiva, ya sea de forma individual o de manera colectiva.

Esta determinación no puede ser meramente dogmática, debe apoyarse en un sustento normativo, que, en un orden jurídico, se encuentre delimitada de manera que los conceptos de daño y reparación correspondan con la pretensión del afectado y la proporción de la acción del deudor.

Ahora bien, el fenómeno de la responsabilidad, que deviene del término latino “respondere”, mismo que significa, “constituirse en garante”, que implica la consecuencia del acto ilícito y la vinculación de este con el daño ocasionado, ya

sea por vía de culpa o de forma dolosa, por la falta de diligencia o la aceptación de las consecuencias del riesgo asumido por el autor o los autores de la falta de cumplimiento de la obligación adquirida.

Por su parte, en el terreno normativo se habla del deber de reparación, derivado de la transgresión o el daño supervenido. En la construcción de las referidas obligaciones primarias de respeto y garantía a los derechos humanos e incluso tratándose de las secundarias relativas a la responsabilidad por incumplimiento o violación de aquellas, el sistema interamericano responde a dos niveles estructuralmente distintos.

Ahora bien, como se precisó en el apartado anterior, las comisiones por omisión son realizadas por el Estado desde el momento en el cual, debiendo cumplir con una obligación contraída -ya sea con un gobernado o con otro Estado Nación- no cumplen con dicha obligación, lo cual genera una responsabilidad.

En ese sentido el Estado mexicano ya ha tenido varias sentencias emitidas por una corte internacional, en las cuales se le ha fincado múltiples responsabilidades de variadas índoles, empero, el caso en el cual se le fincó una responsabilidad al Estado Mexicano por una comisión por omisión fue en el asunto ventilado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos denominado "Caso Castañeda Gutman vs. México en el cual se responsabiliza al Estado mexicano por la inexistencia de un recurso adecuado y efectivo con relación al impedimento para inscribir una candidatura independiente del señor Jorge Castañeda.

La anterior configura una comisión por omisión pues el Estado mexicano debía establecer un recurso adecuado y efectivo para inscribir una candidatura independiente de acuerdo a los derechos electorales que tenía el agraviado.

La importancia de esta asignatura radica en el hecho de que el Estado mexicano tiene la obligación de legislar y establecer todos los mecanismos adecuados para la correcta promoción, protección, respeto y garantía de los derechos humanos de las personas que se encuentran en México, obligaciones en las que México se encuentra constreñido de acuerdo con el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los diversos tratados internacional de los cuales México es parte y que versan con relación a los derechos humanos de las personas.

Capítulo III

Protección de la Imagen y los Datos Personales.

Los derechos de imagen encuentran íntimamente vinculados con la noción de identidad, ya que los conceptos de identidad y datos personales, se deben considerar cómo condiciones previas para el reconocimiento de la capacidad de disfrutar de las prerrogativas que comprenden los derechos subjetivos públicos.

Entonces bien, es importante comprender que los datos personales y los bienes jurídicos que comprenden, tienen una relación inescindible que se puede reconocer como parte esencial del ser humano.

3.1 Violaciones de derechos humanos con intervención de particulares.

Es una realidad que las personas al ser detentadoras de derechos humanos y al tener libre albedrío, son libres de realizar las conductas que a su interés convenga o que más les satisfaga.

Dicha libertad en su pensar y actuar, trae consigo que no todas las personas encaminen sus acciones a la realización de actividades que son lícitas o calificadas por la sociedad como “buenas”, sino que en muchos casos y por diferentes factores, sus conductas van encaminadas a la realización de actos ilícitos, ya sea en contra de la sociedad, del Estado o de uno o más individuos en específico.

Esto no quiere decir otra cosa más que los derechos humanos no son afectados únicamente por los actos de autoridad arbitrarios que tiene el Estado, sino que también se pueden suscitar en el proceder de los particulares, quienes por su decisión infringen la esfera de prerrogativas humanas de otros gobernados con su misma calidad.

Al respecto es de mencionar que un derecho humano es vulnerado cuando una persona afecta el uso y goce de un derecho humano de otra persona por una conducta de hacer u omitir que le ejerce molestia o le afecta al otro. Se hace esta aclaración en el sentido de que la violación de un derecho humano, solamente puede acontecer de una persona o autoridad, en contra de otra persona, en el entendido de que las Autoridades y el Estado no cuentan con derechos humanos, sino con facultades legalmente establecidas.

El Licenciado Diego Valadés señala varios ejemplos de vejaciones de derechos humanos realizados por particulares, los cuales llegaron hasta tribunales o juzgados para ser ponderados y juzgados, dichas ejemplos son los siguientes:

“...en diferentes países y en distintos momentos (aunque todos relativamente recientes) se han planteado casos tales como los siguientes: sujetar la contratación de trabajadores a su renuncia expresa al derecho de sindicación; exclusión de la prestación de servicios (alojamiento, alimentación, educación) o de la participación en actividades (religiosas, políticas, sociales), por razones de raza, sexo, u otros motivos que igualmente entrañan discriminación; obligar a las mujeres a mantenerse célibes o infecundas, como condición para preservar un empleo. Casos como estos, y otros muchos más, han venido siendo vistos por los tribunales.

Paulatinamente se va generalizando entre los jueces la certidumbre de que los derechos fundamentales, tradicionalmente expuestos ante el poder arbitrario del Estado, también lo están ante la acción no controlada de los particulares.”¹¹²

En contra de dichas violaciones a los derechos humanos el aparato gubernamental crea diversas medidas a efecto de contrarrestar al máximo posible dichas infracciones, por lo cual el poder legislativo debe crear normas en las cuales se estatuyan figuras jurídicas, instituciones y procedimientos que prevén protección para los gobernados y sus derechos; el poder ejecutivo es quien revisa el efectivo cumplimiento de dichas normas y quien pone en marcha el aparato gubernamental de protección más cercana a favor de los gobernados; y por último el poder judicial es quien debe impartir justicia para la sociedad.

En ese contexto, por cada posible violación de derechos humanos el Estado debe establecer en sustancia la previsión de dicha violación, con una consecuencia inmediata al caer en el supuesto jurídico previsto, así como los mecanismos por los cuales los gobernados pueden denunciar o accionar sus medios de defensa.

En efecto, si se analiza de manera más profundo la creación de la mayoría de los dispositivos jurídicos, podemos observar que los mismos van encaminados a la protección, sanción o efectiva satisfacción de los derechos humanos o los deberes jurídicos que tienen los gobernados.

En el terreno práctico se puede hablar de una raigambre de ejemplos, pero para mayor entendimiento podemos hablar del delito de homicidio, el cual fue

¹¹² Valadés, Diego, Documentos de trabajo del Instituto de Investigaciones Jurídicas, La protección de los derechos fundamentales frente a particulares, México, UNAM, 2005, p. 1.

creado para imponer una pena a la persona que caiga en el supuesto jurídico de privar del derecho a la vida a otra persona. En este caso el derecho tutelado es la vida, la consecuencia es la pena de privación de la libertad y el procedimiento es el establecido en el Código Penal que corresponda.

No solamente en el Código Penal se establecen normas jurídicas destinadas fundamentalmente a la tutela de los derechos humanos y los deberes jurídicos, ya que podemos encontrar dicha protección en Codificaciones o leyes de diversas materias, verbi gracia, en los Códigos Civiles podemos encontrar figuras y procedimiento de protección a los derechos humanos de identidad, privacidad, familia, patrimonio, entre otros, en las Leyes Ambientales el derecho humano de contar con un medio ambiente saludable y de calidad, así como las obligaciones en dicha materia, en los Códigos Fiscales la obligación de contribuir al gasto público; en las Leyes Sanitarias la protección a tener una salud digna; y así en general, en las diversas leyes o reglamentos que conforman el sistema jurídico mexicano podemos encontrar una amalgama de dispositivos con finalidad de proteger los derechos humanos en contra de las acciones de otras personas.

En ese estado de cosas se puede afirmar que un derecho humano se encuentra protegido, cuando en el sistema jurídico existe todo un mecanismo que lo defina, lo regule, establezca sanciones por sus infracciones, y las instituciones y procedimientos adecuados para buscar su protección o restitución. Lo que es lo mismo que un derecho humano no está protegido cuando no existen dichas previsiones.

3.2 Límites de los Derechos Humanos.

Un asunto de suma importancia para poder ceñir el tema de que se trata esta tesis consiste en la prohibición de restringir y suspender los derechos humanos a que se refiere el primer párrafo del artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tema que causa confusión a la hora de hacer valer los derechos humanos, y la prohibición de la suspensión de los mismos.

Es sumamente fácil confundir las palabras de suspender y restringir si no se observa el concepto de ellas desde una perspectiva meramente gramatical. Para su estudio es fundamental el remitirnos a sus significados previstos por la Real Academia Española:

¹¹³“**SUSPENDER.**

Del lat. suspendĕre.

2. *tr. Detener o diferir por algún tiempo una acción u obra.”*

¹¹⁴“**RESTRINGIR.**

Del lat. restringĕre.

1. *tr. Ceñir, circunscribir, reducir a menores límites.”*

En ese contexto, gramaticalmente hablando, el primer párrafo al referirse a la prohibición en la suspensión de derechos humanos y garantías individuales, quiere decir que nadie podrá detener o diferir el goce de los derechos humanos de una persona, más que con las salvedades que establece la Constitución,

¹¹³Diccionario de la Real Academia Española, Actualización del 2017, dle.rae.es/srv/fetch?id=Yp0F2Mc

¹¹⁴Diccionario de la Real Academia Española, Actualización del 2017, <http://dle.rae.es/?id=WEmQSsB>

prevista una de ellas en su artículo 29 “en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto” únicamente por el Presidente de la República con aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente, por un tiempo limitado, y no para todos los derechos humanos.

El autor Elisur Arteaga Nava dice que la suspensión de los derechos humanos es *“un acto complejo, principal, completo, formalmente legislativo, materialmente ejecutivo, que hace cesar en forma temporal el goce de ciertas garantías que a favor de los habitantes del país aparecen en la Constitución.”*¹¹⁵

Por su parte la restricción se refiere a la circunscripción o delimitación de los derechos humanos, que únicamente se puede justificar de su establecimiento en diversos preceptos de rango constitucional.

Al respecto de la restricción de los derechos humanos, el maestro Alberto del Castillo del Valle dice que “ implica una disposición normativa que establece que en los casos ahí previstos, los gobernados que incidan dentro del supuesto normativo, no gozan de la titularidad de las garantías individuales o del gobernado (por ejemplo, en términos del artículo 5o. Constitucional, nadie puede dedicarse a una actividad ilícita), o que por tratarse de una materia específica y descrita en la propia Constitución, no es factible ejercitar el derecho protegido.”¹¹⁶

¹¹⁵ Arteaga Nava, Elisur. “Suspensión de garantías y las facultades extraordinarias.” <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/20/22-04.pdf>

¹¹⁶ Del Castillo del Valle, Alberto, *“Garantías individuales y amparo en materia penal”*, 3ª ed., Ediciones Jurídicas Alma, S. A. de C. V., México, 2003, p. 88.

Es decir, las restricciones en materia de derechos humanos están enfocadas a delimitar el alcance de las prerrogativas con las que cuentan todas las personas dentro del territorio nacional, con la única finalidad de no permitir la transgresión en la esfera jurídica de terceros por el uso desmedido de dichas prerrogativas. Sin embargo, las restricciones para que puedan ser constitucionales y legales deben de estar contenidas dentro del ordenamiento jurídico y contar con la motivación suficiente para reducir las prerrogativas de los gobernados. Lo mismo es reforzado por Martin Borowski que dice “La Constitución garantiza unas libertades fundamentales, el Legislados limita parcialmente dicha libertades mediante la expedición de leyes.”¹¹⁷

Esto es así, pues muchas personas en la actualidad tienen la idea equivocada de que los derechos humanos que les pertenecen no tienen límites pudiendo afectar los derechos humanos de terceros y confundiendo que la anarquía y el ejercicio desmedido de los derechos fundamentales es una prerrogativa inherente y reconocida por la Constitución.

No hay nada más lejos de la realidad, ya que hay que tener en consideración que todas las personas dentro del territorio nacional cuentan con derechos humanos, los que a su vez tienen sus límites en los derechos humanos de las otras personas, ósea, el límite y frontera de los derechos fundamentales termina cuando empiezan los derechos fundamentales de un tercero que se ve afectado por la transgresión a sus mismos derechos.

Recordemos que los derechos fundamentales para poder ser susceptibles de goce deben convivir con otros derechos fundamentales pertenecientes a terceros, encontrando sus límites precisamente en esa convivencia de derechos

¹¹⁷ Borowski, Martin, La restricción de los derechos fundamentales, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Mayo/Agosto 2000, no. 59, p. 29.

fundamentales; al no existir ese límite y respeto, los derechos humanos se encuentran invalidados mutuamente.

Sobre este tema de las restricciones, nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante criterio jurisprudencial denominado **“RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS”** se pronunció al respecto, señalando de manera por demás correcta que ¹¹⁸los derechos fundamentales no son absolutos y que en esa medida todos admiten restricciones, siendo necesario que se cubran los siguientes requisitos para ser válidas las restricciones:

- a) Ser admisibles dentro del ámbito constitucional,
- b) Ser necesarias para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional; y,
- c) Ser proporcional.

Y así una vez cubiertas, todas estas previsiones dictadas por nuestra máxima Autoridad Judicial es que se encuentra validada y legitimada una restricción a los derechos fundamentales y las garantías individuales, en aras claro está, de que los derechos humanos convivan entre sí, unos con otros, siendo compatibles.

¹¹⁸ 160267. 1a./J. 2/2012 (9a.). Primera Sala. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro V, Febrero de 2012, Pág. 533.

3.2.1 La libertad de expresión y sus límites.

La libertad de expresión es definida por la Comisión Nacional de Derecho Humanos como la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, ya sea oralmente, por escrito, o a través de las nuevas tecnologías de la información, el cual no puede estar sujeto a censura previa sino a responsabilidades ulteriores expresamente fijadas por la ley.¹¹⁹

Por su parte la UNESCO menciona que “La libertad de expresión es un derecho universal que todo el mundo debe gozar. Todos tienen el derecho a la libertad de opinión y de expresión; éste incluye el derecho a mantener una opinión sin interferencias y a buscar, recibir y difundir información e ideas a través de cualquier medio de difusión sin limitación de fronteras, tal como lo establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos.”¹²⁰

En sentido general, la libertad de expresión es el derecho humano que tiene toda persona para hacer pública su opinión respecto a cualquier tema. Es un tema consensuado el hecho de que las opiniones pueden ser exteriorizadas por los titulares de dicho derecho por medio de varios modos o tipos de expresión, pudiendo ser por medio del habla (la expresión oral), por escrito, por medio de medio de difusión o comunicación, por expresiones artísticas o simbólicas, por fotografías, entre otros, todos estos medios reconocidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y por lo tanto, por el Estado mexicano.¹²¹

¹¹⁹ <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/libertad-de-expresion>

¹²⁰ <http://www.unesco.org/new/es/office-in-montevideo/comunicacion-e-informacion/libertad-de-expresion/>

¹²¹ Botero Marino, Catalina L. et al., El derecho a la libertad de expresión. Curso avanzado para jueces y operadores jurídicos en las Américas. Guía curricular y materiales de estudio, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2017, p. 54-58.

Relacionado con las fotografías como medio de manifestación de ideas en correlación con la libertad de expresión, tenemos la sentencia de 29 de noviembre de 2011 emitida por la Corte Interamericana de Derecho Humanos dentro del caso *Fontevicchia Y D'amico Vs. Argentina* en la que dicho órgano jurisdiccional internacional dice:

“...la fotografía es una forma de expresión que recae en el ámbito de protección del artículo 13 de la Convención. La fotografía no solo tiene el valor de respaldar o dar credibilidad a informaciones brindadas por medio de la escritura, sino que tiene en sí misma un importante contenido y valor expresivo, comunicativo e informativo; de hecho, en algunos casos, las imágenes pueden comunicar o informar con igual o mayor impacto que la palabra escrita. Por ello, su protección cobra importancia en tiempos donde los medios de comunicación audiovisual predominan. Sin embargo, por esa misma razón y por el contenido de información personal e íntima que pueden tener las imágenes, su potencial para afectar la vida privada de una persona es muy alto”

Con esta determinación la Corte Interamericana de Derecho Humanos no solamente precisa que las imágenes fotográficas son modos o tipos de expresión de ideas, pensamientos, información, o datos, sino que también deja en manifiesto que su contenido íntimo y personal tienen un grado de afectación para la vida privada de las personas.

Ahora bien, existe consenso en admitir que las libertades fundamentales no son absolutas y que su ejercicio encuentra límites. Y estos límites solo deben comprenderse en el contexto de una sociedad democrática, pues, según

menciona Gómez Gamboa, estas limitaciones deben responder a mecanismos de correspondencia y compatibilidad entre ellas, los intereses y la idea de sistema democrático.¹²²

Sin lugar a dudas, esta clase de libertades implica una serie de cargas, tanto de parte del Estado, como para los particulares que hacen uso de los medios masivos de comunicación, llámese televisión, radio, internet o cualquier otro mecanismo de difusión, pues el ejercicio irrestricto de esta clase de prerrogativas conlleva responsabilidades como la de reconocer las consecuencias y los alcances del uso desmedido de la tribuna en perjuicio de la dignidad o el honor de otros ciudadanos o instituciones que pueden gozar de los mismos derechos que su interlocutor.

Algunos instrumentos internacionales, que pueden ser subsumidos al texto constitucional, establecen limitaciones admitidas como argumentos válidos en términos generales para delinear el ejercicio de la libertad de expresión, y que en el contexto de los Derechos Humanos pueden ser argumentos suficientes para determinar la responsabilidad de los particulares que en ejercicio de sus libertades transgredan estas limitaciones.

Así se hace necesario entrar al análisis del artículo 6 constitucional, por ser el numeral que reconoce el derecho a la libertad de expresión.

Como parte de los derechos subjetivos públicos que el Estado mexicano reconoce a aquellos sometidos a su jurisdicción, en la Constitución Política de los

¹²² Gómez Gamboa, David. Hacia una construcción del *ius Constitutionale Commune* en América latina en materia de libertad de expresión e información. UNAM. México, 2015. p.64

Estados Unidos Mexicanos se encuentra un catálogo de prerrogativas entre las que se describe la relativa a la libertad de expresión.

El legislador mexicano ha intentado ser exhaustivo en las definiciones y argumentos vertidos en el texto constitucional, aunque se debe reconocer que la Carta Magna mexicana en su carácter de norma, se encuentra establecida de manera general quedando en la mayoría de los casos el desarrollo de el campo particular en manos de las leyes federales o los legisladores secundarios.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, describe:

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

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”.¹²³

Derivado de lo que establece la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, es importante comprender la libertad de expresión tiene ciertos límites que se deben proteger en beneficio de la convivencia. Bajo esta lógica, se hace necesario comprender que las relaciones celebradas bajo la luz del presente ordenamiento, implican una serie de atenciones en contextos específicos de los que florecen en las relaciones fruto del uso manejo de datos.

Como se pudo ver de la transcripción anterior, el derecho de libertad de expresión cuenta con ciertas y determinadas limitaciones para su ejercicio como lo son que la manifestación ataque a la moral, a la vida privada o a los derechos de terceros, o que provoque algún delito, o perturbe el orden público.

Lo anterior se corrobora con la tesis jurisprudencial emitida en el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que establece que:

“...la prohibición de la censura no significa que la libertad de expresión no tenga límites, o que el legislador no esté legitimado para emitir normas sobre el modo de su ejercicio. Lo anterior significa que estos límites no pueden hacerse valer mediante un mecanismo por el cual una autoridad excluya sin más la entrada de un determinado mensaje al debate público por estar en desacuerdo con su contenido, sino a través de la atribución de responsabilidades -civiles, penales, administrativas- posteriores a la difusión del mensaje; además, el indicado artículo 7o. constitucional evidencia con

¹²³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 6.

claridad la intención de contener dentro de parámetros estrictos las limitaciones a la libertad de expresión al establecer que ésta "... no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento de delito.". Por su parte, el artículo 6o. constitucional destaca la imposibilidad de someter la manifestación de las ideas a inquisiciones de los poderes públicos al señalar que "La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa", a excepción de aquellos casos en que se ataque la moral, los derechos de tercero, se provoque algún delito o se perturbe el orden público. Se trata, por tanto, de límites tasados y directamente especificados en la Constitución Federal."¹²⁴

Algo que hay que destacar es lo que menciona la citada jurisprudencia, en el sentido de que la Autoridad no puede establecer los límites a través de mecanismos que excluyan la entrada de ciertos mensajes en uso de la libertad de expresión, sino a través de ciertas responsabilidades que pueden ser fincadas en contra del perpetuador que abuso de dicha libertad de expresión.

Traduciendo este punto a la idea general de que trata esta tesis es claro que la libertad de expresión no puede ser limitada por la Autoridad antes de que la expresión sea manifestada por la persona, sin embargo, deben de existir las leyes, los procedimientos, los mecanismos, las sanciones, y en general, todo un aparato jurídico que permita el subsanar los daños en que se pueda ver afectada una persona derivado del uso inadecuado de la libertad de expresión de otra persona, esto una vez hecha la manifestación.

¹²⁴ P./J. 26/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, Mayo de 2007, p. 1523.

Como se puede observar la Constitución se conforma como la base del derecho mexicano, y las legislaciones federales como el ordenamiento que sirve para desarrollar de manera más pormenorizada la protección y tutela de los derechos, como el de imagen -objeto del presente trabajo-, es necesario tener presente que las mismas abordan algunas disposiciones que tienen que ver con los datos personales y su regulación.

3.2.2 Límites de los Derechos de Autor sobre una obra fotográfica.

Como se mencionó en el apartado correspondiente del capítulo I, el derecho de autor se conforma por dos derechos, el moral y el patrimonial.

El derecho moral es la prerrogativa que tiene el Autor de ser reconocido como el creador de la obra, lo cual trae consigo la titularidad sobre la misma, la cual no puede ser transferible de ninguna manera.

El derecho patrimonial que conforma el derecho de autor es la prerrogativa que tiene su titular, de explotar o decidir quién explota la obra.

Pareciera que el derecho de Autor establece prerrogativas irrestrictas a favor del titular de dicho derecho, pudiendo el Autor hacer en todo momento lo que a su conveniencia interesara sobre su obra, empero, es necesario saber el contexto del derecho y la obra de que se trata.

El contexto en el cual aquí se está hablando, es en el de una obra fotográfica o imagen fotográfica y los derechos que un Autor puede tener sobre

ella, pero sobre todo las limitaciones del Autor sobre la explotación, divulgación, transmisión o uso de una obra fotográfica en la cual aparece un tercero ajeno a la toma de la imagen o a su creación, pero que aparece en la misma.

Así bien, las limitaciones que tiene el derecho de autor sobre una obra fotográfica tomada a una persona ajena a la toma de la imagen se encuentran establecidas en la Ley Federal de Derechos de Autor entre las que se encuentran:

“Artículo 86.- Los fotógrafos profesionales sólo pueden exhibir las fotografías realizadas bajo encargo como muestra de su trabajo, previa autorización. Lo anterior no será necesario cuando los fines sean culturales, educativos, o de publicaciones sin fines de lucro.

Artículo 87.- El retrato de una persona sólo puede ser usado o publicado, con su consentimiento expreso, o bien con el de sus representantes o los titulares de los derechos correspondientes. La autorización de usar o publicar el retrato podrá revocarse por quien la otorgó quién, en su caso, responderá por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar dicha revocación.

Cuando a cambio de una remuneración, una persona se dejare retratar, se presume que ha otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior y no tendrá derecho a revocarlo, siempre que se utilice en los términos y para los fines pactados.

No será necesario el consentimiento a que se refiere este artículo cuando se trate del retrato de una persona que forme parte menor de un conjunto o la fotografía sea tomada en un lugar público y con fines informativos o periodísticos.

Los derechos establecidos para las personas retratadas durarán 50 años después de su muerte”.¹²⁵

La restricción al derecho de autor sobre una obra o imagen fotográfica que interesa en este libelo, en el establecido en el segundo de los artículos reproducidos, esto es, la limitación establecida en el artículo 87 de la Ley Federal de Derechos de Autor. Se dice lo anterior, pues en dicho artículo se establece el límite al uso y publicación de una obra fotográfica a la manifestación expresa del consentimiento sobre ese uso o publicación por parte de la persona retratada o fotográfica en la imagen fotográfica.

Al respecto, el mismo artículo delimita una salvedad a la restricción del derecho de autor por falta de consentimiento del fotografiado, salvedad que consiste en que el fotografiado forme parte de menor de un conjunto fotográfico, es decir, que la persona no aparezca en la mayor parte de la fotografía.

No obstante la restricción evidenciada, se puede afirmar que la Ley no establece una limitación parecida para el uso de las imágenes audiovisuales tomadas a una persona ajena y sin su consentimiento.

3.3 Violación a los derechos de imagen y datos personales.

Como se precisó en párrafos precedentes el uso inadecuado e irrestricto de algunos derechos humanos, puede derivar en la vejación de los derechos humanos de otra persona, siendo que, en el caso en estudio dichas violaciones se realizan anónimamente día a día al amparo de los derechos de libertad de

¹²⁵ Ley Federal de Derechos de Autor. Artículos 86 y 87

expresión, derechos de autor, de información, y en general, los derechos que permiten divulgar información.

No es óbice a la afirmación anterior el que existan leyes que intenten regular y restringir el uso de esos derechos humanos, en especial en el campo de los datos personales y los derechos de autor, ya que como se explicará en párrafos posteriores, se podrá observar que sus previsiones son completamente inadecuadas en la actualidad, pues sobre todo, se encuentran rebasadas por los constantes cambios digitales que sufre el mundo moderno.

Tenemos que en este tipo de previsiones legales, las normas tanto en materia de derechos de autor como de datos personales estatuyen infracciones administrativas, sanciones administrativas, delitos y sus penas para el efecto de regular las materias en comento.

Rafael Márquez Piñero dice que una infracción administrativa es aquel comportamiento contraventor de lo dispuesto en una norma jurídica, a la que se apareja una sanción consistente en la privación de un bien o un derecho, y que no aparece calificado en el ordenamiento jurídico como delito o falta.¹²⁶

Así, de las infracciones podemos decir que son violaciones a la Ley, que no tienen carácter de delito, por lo cual, al configurarse únicamente ameritan una sanción en el terreno administrativo.

¹²⁶ García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga, La situación actual del sistema penal en México, El procedimiento administrativo sancionador, México, D.F, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 258.

Por otro lado encontramos el concepto de sanción en materia administrativa que según Margarita Lomeli Cerezo es aquella sanción de tipo aflictivo o represivo, que tiene un propósito de castigar las violaciones cometidas, sin perseguir un fin de restitución o satisfacción del interés protegido por la norma.¹²⁷

Las sanciones administrativas pueden ser de muy amplia gama, pudiendo ser desde nulidades de los actos, suspensión, amonestación, cese, clausura, revocación de licencias y concesiones, multas, sanciones pecuniarias y privación de la libertad hasta por 36 horas.¹²⁸

La imposición de las sanciones de carácter administrativo corresponden a las autoridades de este orden, sin que sea necesaria la comprobación del delito ante la autoridad judicial¹²⁹, cosa en la cual se diferencia de las penas establecidas en del orden penal, donde indispensablemente quien las impone es la autoridad judicial o jurisdiccional.

Como punto a destacar, la sanción administrativa es la necesaria consecuencia de la comisión de una infracción de la misma índole, la cual funge como una medida de coacción hacia los gobernados, para el necesario cumplimiento de las normas administrativas.

Con relación al delito, el Código Penal Federal establece en su artículo 7 primer párrafo que “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes

¹²⁷ Lomelí Cerezo, Margarita, Derecho fiscal represivo, México, Porrúa, 1999, p. 18

¹²⁸ Acosta Romero, Miguel, Compendio de Derecho Administrativo, 2 edición, Porrúa, México, 1998, p. 548.

¹²⁹ Informe 1934, Informes, 5a. Época, p. 3

penales”¹³⁰, definición establecida en Ley que no está muy alejada de las fijadas por los doctrinarios en la materia.

Los Licenciados Conde Muñoz y Aran García dicen resumidamente que el delito “es toda conducta que el legislador sanciona con una pena”¹³¹

Como concepto correlacionado al delito tenemos a la figura de la pena que es definida como “la legítima consecuencia de la punibilidad como elemento del delito e impuesta por el poder del Estado al delincuente, su noción está relacionada con el ius puniendi”¹³²

De las definiciones precedentes se puede colegir que por un lado están relacionadas las figuras jurídicas de infracciones y sanciones, y por el otro lado las de delitos y penas, siendo las primera determinadas Autoridades Administrativas y las segundas por Autoridades Judiciales.

Una vez expuestas dichas definiciones, se puede empezar a hablar de dichos dispositivos jurídicos que resultan insuficientes para proteger los derechos humanos de la dignidad, la imagen y la protección de datos personales, para lo cual es necesario entrar al estudio de las violaciones o infracciones estipuladas en materia de derechos de autor y datos personales entorno a imágenes fotográficas tomadas a una persona ajena, y los procedimientos que la Leyes en las materias concernientes ofrecen para su protección.

¹³⁰ Código Penal Federal. Párrafo primero Artículo 7.

¹³¹ Muñoz Conde, F., & García Arán, M. Derecho penal. Parte general, 5ta edición, 2002, p. 197.

¹³² Carrancá y Trujillo , R., & Carrancá y Rivas , R., DERECHO PENAL MEXICANO, PARTE GENERAL, México, Porrúa, 1999, p. 711.

3.3.1 Violación en materia de derechos de Autor.

Como se mencionó en el apartado correspondiente a los límites de los Derechos de Autor, las personas que aparecen fotografiadas en una imagen, gozan del derecho de impedir el uso o publicación de la imagen en la que aparecen, por lo que la restricción a dicho derecho autoral radica en el consentimiento que el fotografiado de o no, para su uso y publicación.

No obstante dicha restricción como se dijo no es perfecta, ya que establece la excepción a solicitar el consentimiento cuando dicha persona no sea la parte principal de la imagen, o sea la parte menor del conjunto que aparece en la misma.

Esta excepción a la restricción del derecho de autor sobre una fotografía puede indefectiblemente ser una justificación por parte de una persona que tome una fotografía a un tercero ajeno -a dicha toma- y que de mala fe use o publique dicha imagen fotográfica en las redes sociales bajo la excusa de que la persona objeto de burla no se encuentra en la mayor parte de la imagen fotográfica.

Se dice lo anterior, ya que en la actualidad circulan por la redes sociales un sin número de imágenes fotográficas o videos que son tomados a personas que no se dan cuenta que fueron captadas por una cámara fotográfica, dispositivo celular o tableta y que de mala fe serán objeto de burla y acoso debido a la publicación de dicha "obra" en las redes sociales, siendo que, como se pueden observar en la mayoría de los famosos "memes" (como se denominan a las imágenes fotográficas publicadas en internet) dichas personas no aparecen en la mayor parte de la fotografía, sino que, son únicamente la parte importante y

central de la burla sobre la misma, cuando se tratan de imágenes con la finalidad de generar una sátira.

La palabra meme fue definida en la revista Pakkat Revista de Tecnología y Sociedad como:

“Los memes de Internet pueden definirse como un medio que transmite un suceso, material o idea -que pueden tener la forma de una imagen, video, música, frase o broma- que es seleccionada, modificada y transmitida de persona a persona en Internet. Gracias a la capacidad de Internet de transmitir información de forma casi instantánea y precisa, estos memes pueden difundirse masivamente, principalmente por páginas de redes sociales y para compartir archivos como Facebook, 9gag, Tumblr, Youtube, etc.”¹³³

Como lo menciona la transcripción anterior, los memes no siempre son publicados a la internet como una imagen para efectos de sátira, pues en muchas ocasiones son un reflejo de lo que acontece en el día a día alrededor del planeta, no obstante, en muchos de los casos dichos memes son generados para efecto de generar burla de ciertos temas, corrientes de pensamiento, creencias, o ciertas personas que cumplen con determinadas características físicas, como raza, apariencia, sexo, orientación sexual, vestimenta, tez, o hasta enfermedades, entre muchos otros aspectos.

¹³³ García Huerta, Dassaev, Las imágenes macro y los memes de internet: posibilidades de estudio desde las teorías de la comunicación, Pakkat Revista de Tecnología y Sociedad, México, núm. 6, marzo-agosto, 2014.

Como dice Cortázar Rodríguez los memes “son profundamente anclados en los recursos de la cultura popular donde se mezcla el ingenio, la burla y la ironía, por lo que resultan ser satíricos al exagerar hechos de la realidad que desatan la risa cómplice del público”¹³⁴

En ese estado de cosas, la Ley Federal de Derechos de Autor no estatuye una restricción válida al uso indebido o excesivo de los derechos de autor sobre imágenes fotográficas tomadas a una persona ajena, no obstante, se considera que la restricción en comento debe ser interpretada en el sentido más amplio a favor de la persona fotografiada pues evidentemente aunque aparezca en la parte menor de la fotografía, si la imagen fotográfica es usada, publicada o subida a las redes sociales como objeto de burla (o sin burla), la parte central siempre será el fotografiado que fue afectado en sus derechos humanos de intimidad, de imagen, de honor, de privacidad, de identidad y de dignidad.

Sin embargo, lo anterior no importa mucho cuando la persona fotografiada no sabe que fue capturada en una imagen y si tampoco sabe quién fue el actor de dicha toma y publicación, pues por lo general cuando se toma una imagen fotográfica a una persona a la cual se le pretende convertir en un meme, la gente no le pide a la misma la autorización para su toma, ni para su uso o publicación, ya que el mismo será utilizado para fines sarcásticos o irónicos, en los cuales ni siquiera piensan en las consecuencias que una simple imagen fotográfica “graciosa” subida a las redes sociales puede generar para el fotografiado.

Empero, la Ley Federal del Derecho de Autor nada más prevé la limitación cuando se trata de obras fotográficas, mas no así, para imágenes audiovisuales tomadas a una persona sin su consentimiento.

¹³⁴ Cortázar-Rodríguez, Francisco-Javier. “Imágenes rumorales, memes y selfies: elementos comunes y significados”. Iztapalapa, n. 77, 2014, pp. 195.

3.3.1.1 Infracciones en materia de Derechos de Autor.

En contra de estas posibles violaciones a los derechos humanos los legisladores establecieron en la Ley Federal del Derecho de Autor los supuestos en los cuales los gobernados podrían caer en la comisión de infracciones tanto en materia de derechos de autor como en la materia comercial, así como las sanciones administrativas en su caso.

En ese estado de cosas, La Ley Federal de Derecho de Autor establece como infracciones en materia de derechos de autor las siguientes:

“Artículo 229.- Son infracciones en materia de derecho de autor:

- I. Celebrar el editor, empresario, productor, empleador, organismo de radiodifusión o licenciataria un contrato que tenga por objeto la transmisión de derechos de autor en contravención a lo dispuesto por la presente Ley;
- II. Infringir el licenciataria los términos de la licencia obligatoria que se hubiese declarado conforme al artículo 146 la presente Ley;
- III. Ostentarse como sociedad de gestión colectiva sin haber obtenido el registro correspondiente ante el Instituto;
- IV. No proporcionar, sin causa justificada, al Instituto, siendo administrador de una sociedad de gestión colectiva los informes y documentos a que se refieren los artículos 204 fracción IV y 207 de la presente Ley;
- V. No insertar en una obra publicada las menciones a que se refiere el artículo 17 de la presente Ley;

VI. Omitir o insertar con falsedad en una edición los datos a que se refiere el artículo 53 de la presente Ley;

VII. Omitir o insertar con falsedad las menciones a que se refiere el artículo 54 de la presente Ley;

VIII. No insertar en un fonograma las menciones a que se refiere el artículo 132 de la presente Ley;

IX. Publicar una obra, estando autorizado para ello, sin mencionar en los ejemplares de ella el nombre del autor, traductor, compilador, adaptador o arreglista;

X. Publicar una obra, estando autorizado para ello, con menoscabo de la reputación del autor como tal y, en su caso, del traductor, compilador, arreglista o adaptador;

XI. Publicar antes que la Federación, los Estados o los Municipios y sin autorización las obras hechas en el servicio oficial;

XII. Emplear dolosamente en una obra un título que induzca a confusión con otra publicada con anterioridad;

XIII. Fijar, representar, publicar, efectuar alguna comunicación o utilizar en cualquier forma una obra literaria y artística, protegida conforme al capítulo III, del Título VII, de la presente Ley, sin mencionar la comunidad o etnia, o en su caso la región de la República Mexicana de la que es propia, y

XIV. Las demás que se deriven de la interpretación de la presente Ley y sus reglamentos.”¹³⁵

Como se puede observar de la transcripción al artículo 229 de la Ley Federal de Derecho de Autor, no existe ninguna hipótesis jurídica que prevea

¹³⁵ Ley Federal de Derecho de Autor. Artículo 229.

como infracción en materia de derechos de autor, el que una persona use, publique o divulgue la fotografía o imagen en que aparece una persona, sin que exista su consentimiento como lo establece el artículo 87 de la Ley en boga.

Podría parecer que en el caso expuesto en el párrafo anterior la infracción aplicable sería la contenida en la fracción XIV al establecer que una infracción puede ser aquella que derive de la interpretación de la Ley Federal de Derecho de Autor y su Reglamento, empero, dicha afirmación sería excesivamente riesgosa.

Se dice lo anterior, pues la Ley Federal de Derecho de Autor y su Reglamento establecen que cuando exista la comisión de una infracción en materia de derechos de autor, el afectado podrá iniciar un procedimiento administrativo sancionador en contra del infractor, por medio de un escrito de queja presentado ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor.

Asimismo, dicha Ley y Reglamento establecen que la persona que inicie en forma temeraria el procedimiento administrativo, responderá por los daños y perjuicios causados.¹³⁶

Como analogía los Tribunales Colegiados establecieron que la temeridad o mala fe puede consistir en diversos actos u omisiones del litigante, pues no sólo consiste en la falta de prueba de los hechos en que se funda la demanda o la contestación, sino en ejercitar acciones a sabiendas de ser improcedentes, oponerse a una acción sin causa justificada con pleno conocimiento de que son

¹³⁶ Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor. Artículos 156, 157 y 160.

injustificadas, en la interposición de recursos o excepciones frívolos e improcedentes con el solo propósito de entorpecer el curso del procedimiento.¹³⁷

En ese contexto, la temeridad en una acción se manifiesta cuando una persona incoa un procedimiento sea administrativo o jurisdiccional sin que exista la causa justificada para ello o que sea improcedente, lo cual es determinado de acuerdo a lo que establecen las leyes.

El riesgo que tendría una persona de solicitar el procedimiento administrativo sancionador en contra de otra persona por la publicación o divulgación de una imagen fotográfica en la que la primera aparece sin su consentimiento o autorización, radica en el hecho de que la Ley Federal del Derecho de Autor no establece como infracción en materia de derechos de autor dicha circunstancia, lo cual haría de la presentación del escrito de queja, actuar con temerosidad.

No es óbice a lo afirmado el que la fracción XIV de dicha Ley establezca como infracción aquellas que deriven de la interpretación de la misma y su reglamento, ya que se debe contemplar la garantía de exacta aplicación de la norma consagrada en el párrafo tercero del artículo 14 constitucional, que preceptúa que “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata.”¹³⁸

¹³⁷ I.110.C. J/4., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXII, Octubre de 2005, p. 2130.

¹³⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 14.

Si bien es cierto, dicha garantía fue estatuida para los juicios del orden criminal, también lo es que su aplicación se extiende a las infracciones y sanciones administrativas dada su identidad ontológica con la materia penal lo cual se confirma por Tribunales Colegiados.^{139 140}

Por ello, es que el hecho de que el afectado acuda al Instituto Nacional del Derecho de Autor para quejarse en contra de una persona que publicó o divulgó su imagen fotográfica sin su autorización es excesivamente riesgoso, pues al no estar estrictamente prevista en la Ley dicha acción como una infracción, la queja es absolutamente temeraria, lo que hará que el afectado tenga que responder por los daños y perjuicios.

Por la otra parte, la Ley Federal del Derecho de Autor dispone de una lista de infracciones en materia de comercio, entre las cuales se encuentra la siguiente:

“Artículo 231.- Constituyen infracciones en materia de comercio las siguientes conductas cuando sean realizadas con fines de lucro directo o indirecto:

...

II. Utilizar la imagen de una persona sin su autorización o la de sus causahabientes;

...”

¹³⁹ I.4o.A.407 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca, t. XIX, Enero de 2004, p. 1616.

¹⁴⁰ I.4o.A.409 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca, t. XVIII, Diciembre de 2003, p. 1413.

Es claro que la infracción que establece la fracción II del artículo reproducido, es la más similar a la hipótesis que en esta tesis se estudia, ya que habla precisamente de la infracción que consiste en utilizar la imagen de alguien más sin su consentimiento, sin embargo, aunque parezca ser aplicable al caso que se estudia, no lo es.

No es aplicable ya que como se puede observar del primer párrafo del artículo 231 de la Ley en estudio se considera como infracción para efectos de comercio el realizar dichos actos con fines de lucro ya sea directa o indirectamente, la cual no es una de las características del supuesto que se estudia en esta tesis, esto es, no se está analizando el supuesto de la publicación o divulgación de una imagen fotográfica con fines de ganancia en dinero o en especie.

Misma situación acaece con los delitos a los que remite la Ley Federal del Derecho de Autor por su artículo 215, en los cuales menciona que los delitos en materia de derechos de autor serán los que se establecen en el Título Vigésimo Sexto del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, en la actualidad, el Código Penal Federal.

En dichos delitos no existe el tipo penal para el supuesto que se menciona, y la mayoría de ellos establecen como requisitos para su perfeccionamiento la especulación comercial o los fines lucrativos sin consentimiento.

Derivado de la inexistencia de los supuestos de infracciones o delitos que prevean la sanción para la publicación o divulgación de una imagen fotográfica sin

la autorización o consentimiento del retratado, es que resulta innecesario hablar de los procedimientos de queja, avenencia y arbitraje a que se refiere la Ley, ya que no existe la justificación legal para su substanciación.

3.3.2 Violación en materia de datos personales.

Tal como existen violaciones en materia de derechos de autor, también existen violaciones en materia de protección a los datos personales que giran en torno al tratamiento de una imagen fotográfica o videograbación en la que aparezca un tercero ajeno.

Resulta claro que al igual que en el apartado anterior, la violación que se puede generar en materia de datos personales tiene relación con la existencia o no de consentimiento para el tratamiento de los datos personales generados por una toma fotográfica o montaje audiovisual, situación que se hizo hincapié en el Capítulo 1 de este trabajo de tesis.

Asimismo, se mencionó que ese consentimiento para el tratamiento de los datos personales puede darse a un responsable de forma tácita o expresa, siendo obligatoria la última manera, tratándose de datos personales sensibles, como lo es una imagen fotográfica o de video.

No importando si el consentimiento se haya dado de forma tácita o de manera expresa, es completamente obligatorio que la persona que trate datos personales proporcione al dueño de los mismos el aviso de privacidad en el que se mencionarán a grandes rasgos la Información del responsable de los datos, la

finalidad de su tratamiento, y los medios y procedimientos para ejercer los derechos ARCO a favor del titular de los datos personales, entre otros puntos.

Además el tratamiento de los datos personales debe obedecer a ciertos principios que se establecen en la materia, los cuales figuran como los ejes rectores del tratamiento, siendo que, en caso de incumplir con alguno de ellos, se estará hablando de un tratamiento de datos personales ilegal.

En ese estado de cosas, se puede hablar que existe una violación a la protección de datos personales de una persona si el tratamiento de los datos contenidos en una imagen fotográfica o de video de un tercero incumple con cualquiera de las obligaciones mencionadas en los párrafos inmediatos anteriores.

Es decir, el tratamiento de la imagen fotográfica o de video resulta ilegal, si los datos personales se obtienen sin que haya de por medio el aviso de privacidad, si al tratarse no se cumple con los principios establecidos en la Ley, y si se publica o divulga por medio de las redes sociales sin el consentimiento expreso de su titular.

Ahora bien, en materia de protección de los datos personales la legislación mexicana estableció ciertos derechos, que fungen como mecanismos para la protección de los datos personales en contra de violaciones actuales o futuras; se habla de los derechos ARCO.

Según la Licenciada Ileana Hidalgo Roja, los derechos ARCO corresponden a las siguientes siglas:

“

- Acceso: el titular de los datos puede conocer qué información personal posee alguna empresa.
- Ratificación: el titular puede pedir a la empresa que se modifiquen algunos datos sobre él.
- Cancelación: el titular puede solicitar que se borren los datos que están registrados.
- Oposición: el titular de los datos puede presentar una queja por el uso que se le está dando a su información personal.”¹⁴¹

Dichas definiciones concuerdan plenamente con las establecidas en los artículos 101, 103, 105 y 109 del Reglamento de la Ley Federal de Protección a los Datos Personales en posesión de particulares.

Como se puede observar, los derechos ARCO tiene a finalidad de que los titulares de datos personales, tomen el control de su tratamiento, y puedan decidir de qué manera van a ser utilizados por los responsables.

En el caso que se estudia en esta tesis, los derechos ARCO que son de relevancia son los de Cancelación y Oposición, ya que la persona a la cual se le tomó una imagen fotográfica o audiovisual en contra de su voluntad tiene los derechos de que se borre dicha imagen del poder del responsable y buscar el

¹⁴¹ Hidalgo Rioja, Ileana, Derecho a la protección de datos personales, primera edición, México, UNAM, 2018, p. 42.

cese en el indebido tratamiento de los datos personales en ella contenidos, por medio de una queja.

La parte difícil en este caso es cómo el titular podrá ejercer sus derechos ARCO, ya que existen demasiados inconvenientes e hipótesis variadas en el supuesto de que una persona tenga acceso (trate) los datos personales de otra persona derivados de la toma de una imagen fotográfica o de video sin consentimiento.

Se dice lo anterior, pues en muchas ocasiones se da el caso de que una persona desconocida, por muy variados motivos, le toma una fotografía o videograbación a otra persona, siendo que, dicha toma será publicada en las redes sociales para efectos de sátira, ocio o de evidencia.

En este supuesto la persona fotografiada o videograbada no sabrá cuál es la identidad de la persona que le está tratando sus datos personales por la toma fotográfica o de video, ya que el responsable seguramente lo hará de manera anónima, sin conseguir el consentimiento del titular y sin la entrega del aviso de privacidad en donde se establecen los fines de la toma, el responsable y los medio para ejercer los derechos ARCO.

Desde una perspectiva realista de la situación mexicana, sería imposible el pensar en el panorama hipotético de que absolutamente todas las personas físicas que tuvieran los datos personales de un tercero para efectos de divulgación, tuvieran que presentarle previamente a su obtención un documento físico, electrónico o por cualquier otro medio en donde se asiente la forma en la cual sus datos personales serán tratados.

En el caso en estudio, relativo a las imágenes fotográficas y de video tomadas anónimamente a una persona para su publicación en las redes sociales, no sería probable el que, la persona que tome esa foto o video con motivo de burla, le presente anteriormente al retratado, fotografiado o videograbado un Aviso de Privacidad, ya que estamos hablando que las personas que hacen ese tipo de acciones, no buscan realmente un tratamiento legal de dichos datos personales, si no aprovecharse de la protección que las redes sociales brindan para poder compartir una imagen que a su parecer es motivo de mofa, y supuestamente inocente.

Se destaca la improbabilidad de que un particular que tome una fotografía o video a otra persona anónimamente entregue el aviso de privacidad, ya que para el ejercicio de los derechos ARCO es necesario, en primer lugar, saber quién es la persona que tomó la fotografía o la imagen de video y la divulgó en redes sociales, así como su domicilio; y en segundo lugar, los mecanismos para ejercer los derechos ARCO. Sin saber dicha información, los derechos ARCO no podrán ser ejercidos.

3.3.2.1 Procedimientos de Protección de los Datos personales en posesión de particulares.

Al realizar el análisis de los elementos de tutela de los datos personales es necesario comprender desde los supuestos de intervención hasta las autoridades correspondientes. Es importante mencionar que en el caso que nos ocupa dentro del ámbito del derecho privado existirán competencias que pueden ser atribuidas de manera específica a autoridades concretas.

La Ley Federal de protección de datos personales en posesión de particulares establece cuales son las autoridades competentes, por lo que se tiene que hacer un análisis de los preceptos establecidos en la propia ley.

“Artículo 3. Para los efectos de la presente Ley se entenderá por:

...

XI. Instituto: Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, a que hace referencia la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental;

...

XV. Secretaría: Secretaría de Economía.”¹⁴²

Al respecto, el Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública, Protección de Datos Personales y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México¹⁴³ menciona que con apego a lo establecido en los artículos 6o. y 116, fracción VIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se reconoce la existencia de 33 órganos de transparencia especializados, imparciales y autónomos que garantizan el derecho de acceso a la información, integrados en 31 órganos estatales, el INFODF y el INAI.

La Ley y su Reglamento establecen 3 procedimientos que tienen como finalidad la protección de los datos personales en posesión de particulares: El procedimiento de protección de derechos, el procedimiento de verificación y el procedimiento de imposición de sanciones.

¹⁴² Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de Particulares. Artículo 3 fracciones XI y XV.

¹⁴³<http://www.infodf.org.mx/index.php/transparencia-en-m%C3%A9xico/%C3%B3rganos-garantes.html>

El procedimiento de protección de derechos procede según los artículos 115 del Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares y 19 de los Lineamientos de los Procedimientos de Protección de Derechos, de Investigación y Verificación, y de Imposición de Sanciones, cuando exista una inconformidad por parte del titular de los datos personales, derivada de acciones u omisiones del responsable con motivo del ejercicio de los derechos ARCO, en los siguientes puntos:

- El Titular no haya recibido respuesta por parte del Responsable;
- El Responsable no otorgue acceso a los datos personales solicitados o lo haga en un formato incomprensible;
- El Responsable se niegue a efectuar las rectificaciones a los datos personales;
- El Titular no esté conforme con la información entregada por considerar que es incompleta o no corresponde a la solicitada, o bien, con el costo o modalidad de la reproducción;
- El Responsable se niegue a cancelar los datos personales;
- El Responsable persista en el tratamiento a pesar de haber procedido la solicitud de oposición
- El Responsable se niegue a atender la solicitud de oposición, y

- Por otras causas que a juicio del Instituto sean procedentes conforme a la Ley o al Reglamento.^{144 145}

Como se puede colegir, las causales por medio de las cuales el titular de datos personales puede acudir a este procedimiento se encuentran estrictamente delimitadas, y en su gran mayoría, relacionadas a la presentación previa al responsable de una solicitud de Acceso, Rectificación, Cancelación u Oposición de datos personales, salvo en los casos en que el responsable no hubiera permitido la recepción de dicha solicitud.

En ese contexto, para que se pueda incoar el procedimiento de protección de datos personales ante el Instituto Nacional de Acceso a la Información resulta lógico que primero se hubiese presentado al responsable la solicitud de derechos ARCO o se hubiese intentado, en el entendido de que el responsable debe ser una persona física o moral identificada.

Debe estar identificada la parte responsable de los datos personales debido a que es uno de los datos que la Ley y los Lineamientos solicitan en el escrito libre de interposición del procedimiento de protección de derechos, esto es, el nombre del responsable ante el cual se presentó la solicitud de acceso, rectificación, cancelación u oposición de datos personales.^{146 147}

¹⁴⁴ Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares. Artículo 115.

¹⁴⁵ Lineamientos de los Procedimientos de Protección de Derechos, de Investigación y Verificación, y de Imposición de Sanciones. Artículo 19.

¹⁴⁶ Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares. Artículo 46 fracción II.

¹⁴⁷ Lineamientos de los Procedimientos de Protección de Derechos, de Investigación y Verificación, y de Imposición de Sanciones. Artículo 14 fracción II.

Al ser obligatorios conforme a la Ley y los Lineamientos algunos datos dentro de la solicitud de protección de derechos -como lo es el nombre del responsable-, no resulta extraño que en caso de su falta el Instituto otorgue vía prevención al titular de los derechos un plazo para subsanar la falta de información, siendo que, si no se contesta la prevención, la solicitud se tendrá por no presentada.^{148 149}

Como se ha precisado a lo largo de este trabajo, el supuesto que nos ocupa consiste en que cualquier persona –conocida o desconocida- tome una imagen fotográfica o audiovisual a un tercero sin su consentimiento, y que la publique en las redes sociales.

En el caso de que el responsable de la toma sea un conocido del titular de los datos personales, el titular sí podrá presentar la solicitud de Acceso, Rectificación, Cancelación u Oposición, pero en sentido contrario, esto es, que el responsable se desconozca, tal solicitud no podrá ser presentada.

Bajo esa óptica, el procedimiento de protección de derechos únicamente podrá ser substanciada en contra de un responsable determinado, como cuando se conoce quien está tratando los datos personales de un titular, y no así en contra de alguien que se desconoce.

Es claro que la finalidad que busca un titular del procedimiento de protección de derechos es la de revocar o modificar la respuesta negativa de un responsable al Acceso, Rectificación, Cancelación u Oposición de datos

¹⁴⁸ Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares. Artículo 49.

¹⁴⁹ Lineamientos de los Procedimientos de Protección de Derechos, de Investigación y Verificación, y de Imposición de Sanciones. Artículo 20 fracción I.

personales; o que el Instituto obligue a al Responsable del tratamiento de datos personales a recibir y responder una solicitud de Acceso, Rectificación, Cancelación u Oposición de datos personales.

La finalidad de este procedimiento no cumple los deberes específicos de sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, ya que con el mismo no se garantiza una sanción en contra de aquel responsable que ya haya publicado ilegalmente una fotografía o video de otra persona y tampoco se repara el daño ocasionado, pues lo único que se garantiza es que el titular pueda tener acceso a sus datos personales, los pueda rectificar, pueda rectificarlos y oponerse a su tratamiento.

Máxime, cabe destacar que en las redes sociales hay una factor sumamente importante, que es, la difusión amplia y expedita. Se dice esto, pues es muy bien sabido que una imagen fotográfica o audiovisual subida a las redes sociales es imposible que sea eliminada en su totalidad, en el entendido de que en su transmisión, los receptores pueden compartir la imagen y hasta guardarla para posteriormente volver a ser subida, aun y cuando desde su origen hubiera sido cancelada, bloqueada o eliminada.

El procedimiento de verificación tiene el objeto de comprobar el cumplimiento de las disposiciones previstas en la Ley y el Reglamento, pudiendo ser iniciado a petición de parte o de oficio.

El procedimiento de verificación puede ser solicitado por cualquier persona para denunciar las violaciones a las disposiciones de la Ley Federal de Protección

de Datos Personales en posesión de particulares, siempre que no se ubiquen en los supuestos para el procedimiento de protección de derechos.¹⁵⁰

Este procedimiento es aplicable para denunciar las violaciones consistentes en el incumplimiento de los principios de licitud, consentimiento, información, calidad, finalidad, lealtad, proporcionalidad y responsabilidad; para denunciar que una persona responsable trató los datos personales de un titular sin su consentimiento; para denunciar que no se presentó al titular el aviso de privacidad; entre otras violaciones que pueden acontecer a la Ley.

La verificación solicitada a petición de parte inicia con la denuncia que debe contener el nombre completo del denunciante y domicilio para recibir notificaciones, la descripción de hechos en que basa su denuncia y los elementos o documentos con que cuenta para probar su dicho, el nombre y domicilio del denunciado o, en su caso, datos para su ubicación y la firma autógrafa de quien promueve.

Misma situación expuesta del procedimiento de protección de derechos acontece en este procedimiento con relación a los datos de identificación del denunciado, como lo es el nombre y domicilio, o sus datos para su ubicación, ya que si se conoce quien es el responsable del tratamiento la denuncia podrá ser incoada y si no, la denuncia será desechada, previo requerimiento de dicha información.

El procedimiento de verificación finaliza con la resolución emitida por el Pleno del INAI en donde se pueden establecer las medidas que deberá adoptar el

¹⁵⁰ Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares. Artículo 129.

responsable en caso de que el denunciado efectivamente hubiera violado las disposiciones de la Ley y el Reglamento. Asimismo, en la resolución se puede instruir el inicio del procedimiento de imposición de sanciones o establecer un plazo para su inicio si es que las violaciones patentes en la verificación son de las señaladas en la Ley como infracciones.

Por ultimo tenemos al procedimiento de imposición de sanciones el cual deriva del procedimiento de protección de derechos y del procedimiento de verificación, siempre y cuando en cualquiera de los dos se tenga conocimiento de la comisión de una o más infracciones a la Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de particulares.

Las conductas que se consideran como infractoras por la Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de particulares, son las siguientes:

“Artículo 63.- Constituyen infracciones a esta Ley, las siguientes conductas llevadas a cabo por el responsable:

- I. No cumplir con la solicitud del titular para el acceso, rectificación, cancelación u oposición al tratamiento de sus datos personales, sin razón fundada, en los términos previstos en esta Ley;
- II. Actuar con negligencia o dolo en la tramitación y respuesta de solicitudes de acceso, rectificación, cancelación u oposición de datos personales;
- III. Declarar dolosamente la inexistencia de datos personales, cuando exista total o parcialmente en las bases de datos del responsable;
- IV. Dar tratamiento a los datos personales en contravención a los principios establecidos en la presente Ley;

V. Omitir en el aviso de privacidad, alguno o todos los elementos a que se refiere el artículo 16 de esta Ley;

VI. Mantener datos personales inexactos cuando resulte imputable al responsable, o no efectuar las rectificaciones o cancelaciones de los mismos que legalmente procedan cuando resulten afectados los derechos de los titulares;

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

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

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

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

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

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

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

XIV. Obstruir los actos de verificación de la autoridad;

XV. Recabar datos en forma engañosa y fraudulenta;

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

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

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

XIX. Cualquier incumplimiento del responsable a las obligaciones establecidas a su cargo en términos de lo previsto en la presente Ley”.¹⁵¹

Como bien se precisó, este procedimiento puede ser iniciado solamente si el responsable cae en cualquiera de los supuestos jurídicos enumerados. Para el caso en concreto que se está estudiando, los supuestos aplicables son los establecidos en las fracciones I, IV, V y XIII que tienen como sanción en caso de las infracciones de las fracciones IV y V una multa de 100 a 160,000 UMAS diarios y en el caso de la XIII de 200 a 320,000 UMAS diarios.

Por obvias razones, el procedimiento de imposición de sanciones finaliza con la consecuente resolución en la cual se puede determinar la efectiva comisión de infracciones por parte del responsable y sus sanciones o se puede declarar que desvirtuó el responsable las supuestas infracciones cometidas.

Si se analiza en su conjunto el desarrollo de todos los procedimientos a que hace referencia la Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de los Particulares, el Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de los Particulares y los Lineamientos de los Procedimientos de Protección de Derechos, de Investigación y Verificación, y de

¹⁵¹ Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de los Particulares. Artículo 63.

Imposición de Sanciones, se puede casi asegurar que los mismos cumplen con los deberes específicos de las Autoridades consistentes en investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos relacionados a la protección de los datos personales, pero dicho cumplimiento de deberes se encuentra limitado a que se conozca en todo momento los datos de identificación del responsable que trate datos personales.

Efectivamente, como se mencionó en supra líneas tanto el procedimiento de protección de derechos como el de verificación se encuentran limitados a ciertos datos, siendo uno de ellos el nombre y domicilio del responsable del tratamiento de datos personales, y al no poderse substanciar los procedimientos mencionados, tampoco se puede iniciar el procedimiento de imposición de sanciones, en el entendido de que es requisito previo el desahogo de los dos procedimientos mencionados.

Esto hace que el rango de protección de datos personales a favor de una persona se vea afectado y hasta anulado en el caso de que se desconozca quien es el responsable del tratamiento de los datos personales, como en el caso de la toma de una imagen fotográfica anónimamente y su publicación.

Aun en el supuesto de que la persona responsable del tratamiento si sea identificada o identificable, el único efecto de la substanciación de los tres procedimientos es el de hacer efectivos los derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición, de aplicar medidas y en su caso de sancionar las infracciones determinadas en la Ley por medio de multas, pero esto meramente desde el plano administrativo y de relación vertical entre Autoridad y gobernado, ya que el titular de los datos personales por medio de estos procedimientos no recibirá la reparación del daño ocasionado en su contra, ni la indemnización.

Adicionalmente a las infracciones establecidas en la Ley, el legislador también estatuyó ciertos delitos, en materia de datos personales, los cuales, a decir verdad adolecen del mismo problema precisado en el análisis para los Derechos de Autor, esto es, que no existe delito que contemple la violación a los derechos humanos derivado a la divulgación o publicación de datos personales contenidos en una imagen fotográfica sin consentimiento, aunado al hecho de que están fijados para sancionar como característica el fin lucrativo.

3.3.2.2 Protección de los datos personales en posesión de particulares con actividad empresarial.

Si bien es cierto, pareciera que la Ley Federal de Protección a los Datos Personales en posesión de particulares tiene como objeto el establecer las regulaciones que deben seguir todos los particulares que traten datos personales de terceros, también es cierto que de la lectura que cualquiera haga a sus dispositivos jurídicos se puede colegir que dicha Ley no está enfocada en el tratamiento de datos personales que hagan todos los particulares, si no las personas físicas o morales que realicen actividades o presten servicios profesionales o empresariales al público en general.

Lo dicho se entiende si se observan varios puntos de los que trata la mencionada Ley y el Reglamento, los cuales se pueden enlistar a continuación.

- La Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de particulares establece en su artículo 2 quienes son lo sujetos obligados por dicha Ley, siendo las personas físicas o morales que llevan el tratamiento de datos

personales. Dichas personas no pueden ser sociedades de información crediticia o quienes lleven a cabo la recolección y almacenamiento de datos personales, que sea para uso exclusivamente personal, y sin fines de divulgación o utilización comercial.¹⁵²

De la redacción del artículo anterior se entiende que quienes no están obligados a cumplir con lo estipulado en la Ley son las Sociedades de Información Crediticia, pero lo más importante, quienes traten los datos personales para su uso personal sin fines de divulgación o utilización comercial tampoco están obligados.

Esta última parte es la que en un primer término sugiere que la Ley se encuentra formulada para los particulares que siendo empresas o personas físicas con actividades empresariales traten datos personales, ya que son los únicos que tratan dichos datos con fines de divulgación o utilización comercial.

- Varios de los conceptos que establecen y desarrollan tanto la Ley en su artículo 3, como el Reglamento en el 2, son figuras a las que evidentemente no cualquier persona tendrá acceso o podrán aplicar, sino más bien las empresas o personas físicas que tengan la infraestructura para llevar a cabo actividades empresariales. Dichos conceptos son: Avisos de privacidad, bases de datos, encargado, entorno digital, listado de exclusión, Medidas de seguridad administrativas, Medidas de seguridad físicas y Medidas de Seguridad técnicas.

- En el artículo 4 del Reglamento se establecen los supuestos de ámbito territorial de aplicación, siendo el que más nos interesa el prescrito en la fracción I que dice:

¹⁵² Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de particulares. Artículo 2.

“Artículo 4. El presente Reglamento será de aplicación obligatoria a todo tratamiento cuando:

I. Sea efectuado en un establecimiento del responsable ubicado en territorio mexicano;”¹⁵³

Ni la Ley ni el Reglamento establecen cual es la definición de la palabra establecimiento, sin embargo, para su definición se pueden tomar en cuenta las definiciones que se establecen para la materia mercantil, la materia fiscal y la laboral.

En materia fiscal se dice que el establecimiento permanente es cualquier lugar de negocios en el que se desarrollen, parcial o totalmente, actividades empresariales o se presten servicios personales independientes.¹⁵⁴

Se entiende como la unidad técnica que como sucursal, agencia u otra forma semejante, sea parte integrante y contribuya a la realización de los fines de la empresa en materia laboral.¹⁵⁵

Y en materia mercantil, se establece en la legislación de la Ciudad de México como el inmueble en el que una persona física o moral desarrolla actividades relativas a la intermediación, compraventa, alquiler o prestación de bienes o servicios en forma permanente.¹⁵⁶

No es ningún obstáculo que el mismo artículo 4 del Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de particulares permita que la casa habitación sea considerada como establecimiento para una persona

¹⁵³ Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de particulares. Artículo 4 fracción I.

¹⁵⁴ Ley del Impuesto sobre la Renta. Artículo 2.

¹⁵⁵ Ley Federal del Trabajo. Artículo 16.

¹⁵⁶ Ley para la Celebración de Espectáculos Públicos en el Distrito Federal. Fracción VII del artículo 4.

física, ya que muchas personas físicas con actividades empresariales tienen su centro de trabajo en su misma casa habitación, lo cual concuerda con la afirmación de que la Ley no está redactada con la finalidad de proteger los datos personales en poder de absolutamente todos los particulares.

- El principio de responsabilidad que conforme al artículo 48 del Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de particulares obliga el establecimiento de medidas para garantizar el debido tratamiento, como el establecimiento de políticas y programas, programas de capacitación, actualización y concientización del personal, establecimiento de sistema de supervisión y vigilancia interna, verificaciones o auditorías externas, entre muchas otras que solamente una empresa o persona física con actividad empresarial pueden hacer.

Es decir, el artículo precisado no genera una congruencia entre lo que dispone la Ley y lo que realmente pueden hacer los particulares que no tienen actividades empresariales, pero que aun así tratan de alguna manera los datos personales de otras personas, a una escala mínima.

Es claro, que no todos los particulares podrían cumplir con las previsiones que establece dicho dispositivo ya que todos tendrían que elaborar políticas y programas, capacitar a su personal y establecer sistemas de supervisión y vigilancia interna, verificaciones, y auditorías externas, entre muchas otras actividades, de los cuales la mayoría de los particulares no podrían cumplir.

- La atención a las solicitudes presentadas por los titulares de los datos personales y los derechos ARCO sobre ellos, únicamente podrían ser

atendidas por aquellas personas morales o personas físicas que tuvieran la infraestructura y la cultura jurídica empresarial para hacerlo.

Todo esto en el entendido, de que las empresas o personas físicas con actividad empresarial que tratan datos personales son las únicas que tienen los medios para poder recibir y atender las solicitudes relativos a derechos ARCO.

Esto se puede corroborar de lo que establece el artículo 30 de la Ley al decir que “Todo responsable deberá designar a una persona, o departamento de datos personales, quien dará trámite a las solicitudes de los titulares, para el ejercicio de los derechos a que se refiere la presente Ley. Asimismo fomentará la protección de datos personales al interior de la organización.”¹⁵⁷

Lo anterior se puede entender, en que, para que se resuelvan las solicitudes en derechos ARCO se debe contar con una persona o departamento en el interior de una organización, lo cual, no puede hacerlo cualquier particular.

Por ello, es que a pesar de que pareciese que los legisladores crearon la Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de particulares con la intención de regular todo tipo de tratamiento de datos personales por parte de particulares (desde las personas comunes que trabajan, estudian o son desempleados hasta las grandes corporaciones) lo cierto es que sus regulaciones denotan que el grupo para el cual está enfocado es para las personas físicas o morales que por sus actividades empresariales tienen una base de datos ordenada con datos personales de sus clientes o proveedores.

¹⁵⁷ Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de particulares. Artículo 30.

3.4 Protección a los derechos de imagen y datos personales en la legislación común.

Como fruto de los análisis que se han presentado, se puede distinguir que aunque pareciera que únicamente los derechos humanos pueden ser vulnerados por las autoridades –y no así por los particulares- los derechos humanos de los gobernados también pueden ser infringidos por terceros particulares que no tienen ningún estatus autoritario, lo cual genera la necesidad de que el Estado establezca los mecanismos para poder cumplir con las obligaciones generales y específicas a que los obliga la Constitución a efecto de poder dilucidar y resolver todas aquellas infracciones de derechos humanos.

Estas violaciones de derechos humanos por parte de unos gobernados en contra de otros gobernados pueden acontecer de acuerdo a motivaciones o factores de muy variadas índoles, pudiendo ser tanto por dolo, por culpa, por imprudencia, por ignorancia, o por tratar de hacer efectivo un derecho humano de manera inadecuada y excesiva, siendo que, todas las previsiones de Ley deben estar redactadas de tal manera que cualquiera de las diversas motivaciones encuadren con una mayor protección a los derechos humanos.

Bajo el principio de que no existe pena, ni crimen, sino como resultado del establecimiento hecho por medio de una legislación previa. Es menester comprender que para abordar las violaciones de los Derechos Humanos cometidas en el ámbito del daño a la imagen y los derechos correspondientes a los datos personales se necesita obligatoriamente acudir a legislación aplicable en la materia, sin embargo, en el caso de que en la legislación de la materia no existan las disposiciones específicas tendentes a velar por ciertos y determinados derechos humanos, se tendrá que acudir a la legislación común.

Por ello, en el presente apartado se abordarán algunas cuestiones de protección reconocidas por la Norma civil y la penal, o que debieran estar reconocidas, tanto para el manejo de los datos personales cómo para la utilización de los derechos de imagen de manera no autorizada.

Se hace este apartado, pues como se ha precisado a lo largo del cuerpo de este trabajo la Ley correspondiente al tratamiento de datos personales en posesión de particulares, se reconoce que el uso y la transmisión sin consentimiento de datos personales especialmente en el caso de datos sensibles, implican importantes vulneraciones en esferas de derecho de los titulares de los mismos; y bajo esta condición, se puede entender que aquellos poseedores de datos personales en su custodia, ya sea en base de datos o a título específico, que hagan un trato no autorizado de los datos en su posesión, deberían de ser acreedores a sanciones específicas, la reparación del daño ocasionados y más aún, a la determinación de penas con la finalidad de desincentivar el continuar con la realización de conductas antijurídicas en contra de los datos personales.

Por su parte, la Ley Federal de Derechos de Autor, describe con respecto a la reproducción y disposición de imágenes, que las mismas pertenecen por una parte al autor de las mismas, mientras que por otro lado, tienen derecho sobre ellas y para decidir sobre las modalidades de su uso y publicación, aquellas personas que hubieran sido plasmadas como parte de las mismas. Aunque en todo sentido se demostró que la Ley no es suficiente para establecer sanciones o penas en contra de dicha conducta y mucho menos para buscar la correcta reparación del daño a favor de la persona conculcada.

Por ello, es que en esta parte se analizará si las normas del derecho común pueden servir como un sustituto para cumplir con las obligaciones generales y específicas que tienen las autoridades en materia de protección de derecho humanos, específicamente para el derecho de protección a los datos personales y a la imagen, en el caso de su violación por la publicación y divulgación de una fotografía o videograbación sin el consentimiento del retratado o videograbado.

3.4.1 Responsabilidad.

La palabra responsabilidad contempla un abanico amplio de definiciones. De acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española (RAE), hace referencia al compromiso u obligación de tipo moral que surge de la posible equivocación cometida por un individuo en un asunto específico. La responsabilidad es, también, la obligación de reparar un error y compensar los males ocasionados cuando la situación lo amerita.¹⁵⁸

Otra definición posible mencionada por la RAE señala que la responsabilidad es la habilidad del ser humano para medir y reconocer las consecuencias de un episodio que se llevó a cabo con plena conciencia y libertad.

Por lo tanto, una persona responsable es aquella que desarrolla una acción en forma consciente y que puede ser imputada por las derivaciones que dicho comportamiento posea. De este modo, la responsabilidad es una virtud presente en todo hombre que goce de su libertad.

¹⁵⁸ Real Academia Española de la Lengua. RAE. Disponible en: <http://www.rae.es/>

Desde una perspectiva meramente moral, la palabra responsabilidad según el doctrinario Jorge Adame Goddard es “la necesidad de dar cuentas a otro por el incumplimiento de los propios deberes”.¹⁵⁹

En el panorama jurídico Félix Trigo Represas lo definió como “la obligación de reparar el daño causado a otro por un acto contrario al ordenamiento jurídico”.¹⁶⁰ Por ello, se habla de responsabilidad jurídica para describir la violación de un deber de conducta que ha sido respaldado con anticipación desde una norma jurídica. A diferencia de una norma moral, la ley surge de un organismo externo al sujeto (el Estado) y es coercitiva.

Muy atinadamente nuestra máxima Autoridad Judicial, la Suprema Corte de Justicia de la Nación fijó mediante criterio aislado, la definición de la Responsabilidad Civil, en la que dijo:

“La responsabilidad civil conlleva la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados por un incumplimiento a las obligaciones asumidas (fuente contractual) o por virtud de un hecho ilícito o riesgo creado (fuente extracontractual); de ahí que, de ser posible, la reparación del daño debe consistir en el establecimiento de la situación anterior a él, y cuando ello sea imposible, en el pago de daños y perjuicios. Ahora bien, la responsabilidad civil extracontractual puede ser de naturaleza: 1) objetiva, derivada del uso de objetos peligrosos que crean un estado de riesgo para los demás, independientemente de que la conducta del agente no haya sido culposa, y de que no haya obrado ilícitamente, la cual se apoya en un elemento ajeno a la conducta; o 2) subjetiva, la cual deriva

¹⁵⁹ Adame Goddard, Jorge, *Filosofía social para juristas*, México, McGraw-Hill, 1998, pp. 121.

¹⁶⁰ Trigo Represas, Félix A., *Tratado de la responsabilidad civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica*, Buenos Aires, La ley, 2004, t. IV, p. 902.

de la comisión de un hecho ilícito que, para su configuración requiere de una conducta antijurídica, culposa y dañosa.”¹⁶¹

Bajo esa premisa se puede afirmar que la responsabilidad civil es la obligación de indemnizar un daño o repararlo independientemente de la causa que lo generó, pudiendo ser contractual o extracontractual.

Para el caso en que se basa el desarrollo de esta tesis, el tipo de responsabilidad que interesa es la extracontractual, puesto que, la toma de una imagen fotográfica a un tercero y su publicación y divulgación sin consentimiento no son precisamente hechos que configuren una relación contractual, sino más bien, una relación extracontractual por la falta del consentimiento y forma.

Cabe destacar, que en interpretación a la responsabilidad civil extracontractual la Suprema Corte hizo distinción en sus dos naturalezas: la objetiva y la subjetiva.

La objetiva radica en la responsabilidad que emana independientemente de que la conducta llevada a cabo sea lícita, esto es, que al realizarse no hubiera existido el dolo pero que aun así hubiera generado un daño.

Sobre esta naturaleza Rafael Rojina Villejas precisó que es “por virtud de la cual, aquel que hace uso de cosas peligrosas, debe reparar los daños que cause, aun cuando haya procedido lícitamente”¹⁶²

¹⁶¹ 1a. LII/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Decima Época, t.1, Febrero de 2014, p. 683.

La subjetiva consiste en la realización de una conducta ilícita y antijurídica que causa un daño a una persona o más personas. Esto es, es la que puede derivar de la comisión de actos ilícitos generando obligaciones en atención a la conducta de la persona a la que le es imputable su realización, por contener el elemento culpa.¹⁶³

En materia penal, también existe un tipo de responsabilidad, pero la misma tiene como regla de aplicación que la conducta que haga el responsable este tipificada como delito en la legislación de que se trate, y que exista una pena que sancione su comisión o comisión por omisión.

En ese sentido la responsabilidad penal se constituye en la consecuencia punitiva y compensatoria de las medidas para restablecer el orden vulnerado y la satisfacción equitativa a la víctima, que se conforma en una atribución subjetiva, ya sea de forma individual o de manera colectiva, y que sobre la conducta recaiga una pena.

3.4.2 Reparación del daño en materia civil.

Como se mencionó en líneas anteriores, las legislaciones aplicables en protección de los derechos de imagen y datos personales en contra de las actividades de los particulares son la Ley Federal del Derecho de Autor y la Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de particulares, no

¹⁶² Rojina Villegas, Rafael, Compendio de derecho civil, Vigésima Sexta Edición, México, Porrúa, 2006, t. III, p. 279

¹⁶³ VI.2o.C.341 C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVII, Junio de 2003, p. 1063.

obstante, como se mencionó dichas leyes son insuficientes para tratar las violaciones que deriven de la publicación o divulgación de una imagen fotográfica o videograbación en las redes sociales.

A partir de ello es que resulta importante acudir a otras ramas del tronco común en el derecho, siendo una de ellas la materia civil.

En dicha materia la codificación reconoce la figura jurídica de la reparación del año y la indemnización, que funciona como una previsión establecida por el Estado para cumplir parcialmente con la obligación general de proteger y garantizar los derechos humanos y con el deber específico de reparar el daño.

En ese estado de cosas, el Código Civil Federal establece que:

“Artículo 1910.- El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.”¹⁶⁴

Dicha porción normativa establece la responsabilidad civil que tiene una persona a reparar el daño ocasionado a otra persona derivado de dos situaciones: el obrar ilícitamente o en contra de las buenas costumbres.

¹⁶⁴ Código Civil Federal. Artículo 1910.

De acuerdo a los tipos de responsabilidad que se mencionaron en el apartado precedente, la naturaleza de la responsabilidad a que se refiere el dispositivo reproducido es la subjetiva, esto, porque la responsabilidad subjetiva trata de la derivada por la realización de actos ilícitos.

No es óbice el mencionar que los elementos para que se configure una responsabilidad subjetiva son el daño, la culpa y el vínculo de causa-efecto entre la culpa y el daño¹⁶⁵, sin embargo, en el caso de lo que se establece en el artículo en estudio, uno de los elementos indispensables es que se obre ilícitamente, lo cual añade a la formula la ilicitud.

Según la codificación civil un ilícito es el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres¹⁶⁶, por ello quien quebranta una norma está obrando ilícitamente.

En ese mismo sentido, el más Alto Tribunal del Poder Judicial de la Federación a través de su primera sala estableció mediante criterio aislado, una definición de los que es un hecho ilícito, en el que además, hace un análisis de los conceptos de conducta antijurídica, culpa y daño. Dicha sala dice:

“La doctrina ha sostenido que la configuración del hecho ilícito requiere de tres elementos: una conducta antijurídica, culpable y dañosa. Así, se entiende por una conducta antijurídica, aquella que es contraria a derecho, ya sea porque viole una disposición jurídica, o el deber jurídico de respetar el derecho ajeno. Asimismo, obra con culpa o falta quien causa un daño a

¹⁶⁵ Mazeaud, Henry et al., Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, Quinta Edición, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, t. I, p. 292.

¹⁶⁶ Código Civil Federal. Artículo 1830.

otro sin derecho; dicha culpa o falta se traduce en no conducirse como es debido, esto es, una conducta culposa es aquella proveniente de la negligencia o falta de cuidado. Finalmente, el daño es una pérdida o menoscabo que puede ser material o extrapatrimonial; de ahí que desde un punto de vista económico, el daño es la pérdida o menoscabo que una persona sufre en su patrimonio, y el perjuicio es la privación de la ganancia lícita a la que tenía derecho. Por su parte, el daño o perjuicio extrapatrimonial (también conocido como daño moral) es la pérdida o menoscabo que sufre una persona en su integridad física o psíquica, en sus sentimientos, afecciones, honor o reputación. En conclusión, un hecho ilícito puede definirse como la conducta culpable de una persona que lesiona injustamente la esfera jurídica ajena.”¹⁶⁷

De esta misma tesis es fácilmente perceptible el concepto de daño como una pérdida o menoscabo que puede ser material o extrapatrimonial, siendo el último mencionado el conocido como daño moral.

El daño según doctrinarios es el “menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”.¹⁶⁸

Este daño moral es entendido en la norma como la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.¹⁶⁹ En el mismo dispositivo en que se encuentra la

¹⁶⁷ 1a. LI/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Febrero de 2014, t. I, p.661.

¹⁶⁸ Larenz, Karl, Derecho de las obligaciones, versión española y notas de Jaime Santos Briz, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1958, p. 13.

¹⁶⁹ Código Civil Federal. Artículo 1916.

previsión del daño moral, se hace una estrecha vinculación entre dicho tipo de daño y las conductas que se consideran ilícitas en razón del mismo siendo:

- Comunicar a una o más personas la imputación que se hace a otra persona física o moral, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causarle deshonra, descrédito, perjuicio, o exponerlo al desprecio de alguien.

- Imputar a otro un hecho determinado y calificado como delito por la ley, si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se imputa.

- Presentar denuncias o querellas calumniosas,

- Ofender el honor, atacar la vida privada o la imagen propia de una persona.

Por último, tenemos el vínculo causa-efecto o nexo causal es la relación existente entre el hecho ilícito y el daño ocasionado, lo que es igual a que para que se pueda determinar que existe una responsabilidad subjetiva es necesario acreditar que el hecho ilícito cometido generó forzosamente la afectación.

Así, si se cumplen las condiciones expuestas (ilicitud, daño, culpa y nexo causal) se está enfrente de la responsabilidad civil subjetiva, la cual tiene como consecuencia para el responsable, la reparación del daño o indemnización a favor del afectado.

Respecto a la reparación del daño el Código Civil Federal establece ciertas reglas de cómo se puede realizar, pudiendo ser a elección del ofendido que sea el restablecimiento de la situación anterior o el pago de los daños y perjuicios.

En el caso del daño moral el responsable tiene la obligación de reparar el daño mediante una indemnización en dinero. Además que cuando el daño moral hubiera afectado el decoro, el honor, la reputación o consideración el juez puede ordenar la publicación de un extracto de la sentencia que refleje el alcance de la misma.

Por su parte, los artículos 1912 y 1913 del Código Civil Federal hablan de la responsabilidad objetiva, es decir, la que se genera debido a la realización de conductas que no son ilícitas, pero que generan un daño a un tercero.

En el caso en estudio, el tipo de responsabilidad que es de interés es la subjetiva y que se encuentra establecida en el artículo 1910 del Código Civil Federal, puesto que la violación a los derechos de imagen y de protección de datos personales deriva de la infracción que una persona comete en contra de la Ley del Derecho de Autor y de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de particulares, lo cual configura un acto ilícito.

Pudiera parecer que también encuadra con la responsabilidad a que se refiere el artículo 1912 del Código Civil Federal, ya que el daño ocasionado por la publicación de una fotografía o videograbación ajena a las redes sociales también genera la ilusión de efectuarse debido al ejercicio de la libertad de expresión, de los derechos de autor y de acceso a la información, sin embargo, como se dijo dichos derechos encuentran ciertas limitaciones.

Ahora bien, el acto de publicar o divulgar una fotografía o imagen audiovisual de una persona ajena sin su consentimiento, cumple con todos los elementos fijados para la responsabilidad subjetiva, puesto que en primer lugar el solo hecho de publicar y divulgar una fotografía o videograbación de una persona sin su consentimiento es un acto contrario a lo que establecen la Ley Federal del Derecho de Autor y la Ley Federal de Protección de los Datos Personales en posesión de particulares.

Por otra parte, hay responsabilidad subjetiva si es que existe un daño y dependiendo del daño ocasionado. Cabe mencionar que no todas las imágenes fotográficas o videograbaciones subidas a las redes sociales generan afectaciones a los derechos humanos de imagen, pero en dado caso de que el efecto generado por la publicación de una fotografía o videograbación ajena genere dicho efecto negativo, es evidente que la persona deberá reparar el daño por dicha violación.

Adicionalmente, la divulgación de una fotografía o videograbación sin consentimiento del fotografiado, retratado o videograbado trae forzosamente como daño colateral el ataque a la vida privada de la persona, por lo cual, aunque una fotografía o grabación subida a las redes sociales no dañe la imagen de una persona, lo cierto es que la misma acción genera una responsabilidad subjetiva por dañar la privacidad.

En este momento es en que el nexo causal adquiere suma relevancia, pues es necesario poder acreditar que la publicación o divulgación de dicha imagen fotográfica o de video realmente generó una afectación al honor, a la vida privada o la imagen propia de una persona.

Por lo que hace a la reparación el daño en materia civil es correcto el hecho de que la Ley establezca una indemnización en dinero a favor del afectado, en aras de que permite obtener una correcta reparación del daño.

Como punto adicional a favor de la reparación del daño que ofrece la Ley Civil tenemos que se prevé la indemnización solidaria si más de una persona ha causado el daño, visto que, cuando se suben imágenes o grabaciones a las redes sociales que afectan a una persona ajena, los usuarios de dichas redes sociales tienen la posibilidad de compartir la imagen o video a sus demás contactos o guardarlas para transmitirlos a usuarios de otros tipos de plataformas.

Así, en un principio pudiera parecer que la reparación del daño que ofrece el Código Civil Federal es suficiente para poder promover, respetar, proteger y garantizar los derechos de imagen y de protección a los datos personales y para prevenir, investigar, reparar y sancionar las violaciones a los mismos, no obstante, también esta legislación resulta insuficiente por algunos motivos.

En primer lugar tenemos que para poder solicitar la reparación del daño es necesario saber quién es la persona o personas que ocasionaron el daño. Como se ha mencionado, en muchas ocasiones no es posible saber quién fue la primera persona o personas que publicaron o difundieron una imagen fotográfica o de video, máxime si dicha imagen o video tuvo mucha viralidad.

En este aspecto el Código Federal de Procedimientos Civiles estipula en la fracción II de su artículo 322 que uno de los requisitos indispensables para poder promover una demanda es el nombre del actor y el del demandado.

Relacionado con el tema de la demanda de los daños morales, unos de los requisitos que debe contener es el ofrecimiento y exhibición de elementos de prueba, los cuales a decir verdad pueden ser de difícil acceso para la persona que se vea afectada por la publicación de su imagen en las redes sociales.

Bajo el principio de que quien afirma debe acreditar su afirmación las pruebas deben ir encaminadas a demostrar que por la acción de subir la imagen fotográfica o de video a las redes sociales se vio afectada la persona en sus derechos, y por lo tanto, hubo un daño moral, así como demostrar que la persona a la que se demanda es efectivamente quien realizó la acción, y sobre todo, el nivel y rango de daño moral que sufrió la persona para que el A QUO determine una correcta indemnización o reparación del daño.

En ese estado de cosas, recae sobre la actora la carga de probar la culpabilidad de la demandada, el daño ocasionado y los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso, todo esto para que el juez puede determinar que el demandado efectivamente dañó moralmente al actor y la cantidad y modo en el cual se reparará el daño.

Todo ello con las herramientas que poseen los gobernados, resulta sumamente difícil, ya que a diferencia del Estado, lo particulares no tienen acceso a los datos con que cuentan las redes sociales para poder saber –en caso de no saberlo- quien fue la persona que subió su fotografía o videograbación en dichas plataformas, tampoco se tienen las facultades para hacer investigaciones oficiales con las compañías proveedores de internet o realizar las indagaciones necesarias para allegarse de las pruebas suficientes a efecto de poder demostrar la

culpabilidad de una persona, su grado de responsabilidad, el daño ocasionado, entre otros puntos para que se determine en sentencia una justa indemnización.

3.4.3 Protección de la imagen y los datos personales en materia penal.

Es claro que la legislación civil a pesar de ofrecer una muy interesante y completa forma de reparar el daño moral que sufre una persona, para poder solicitar dicha reparación o indemnización es necesario el poder contar con los datos de identificación de la persona que conculque los derechos del agraviado, para proceder vía demanda.

En muchas ocasiones es de extremada dificultad el poder conseguir la información y las pruebas necesarias para ejercer la acción civil en contra de una persona, ya que los recursos que tienen todos los particulares se ven limitados a los derechos que la misma Ley les ofrece.

Por ello, es que al no contar con la suficiencia -la legislación civil- al efecto de resguardar los derechos humanos de imagen y de los datos personales, es necesario pasar al estudio de cómo son protegidos dichos derechos humanos en el plano del derecho penal.

Antes de comenzar con este análisis, es necesario destacar que no se entrará a un estudio pormenorizado de las instituciones, procedimientos, figuras sustantivas, mecanismos, o tecnicismos de la materia penal, esto, por no ser la parte medular de la que trata esta tesis, sino una evidencia de que el derecho de dignidad humana por la violación de los derechos humanos a la imagen y a los datos personales, entre mucho otros, no cuentan con el cumplimiento de las obligaciones generales y específicas del Estado en materia de derechos humanos.

En el derecho penal a diferencia con el derecho civil, las controversias y la Litis se ven entabladas entre un particular en su calidad de gobernado y el Estado por medio del Ministerio Público. Esto es, en el derecho penal la relación existente en la controversia es de verticalidad, mientras que en el derecho civil es de horizontalidad.

Dicha verticalidad de este tipo de procesos en absoluto afecta a los gobernados que han visto conculcados sus derechos humanos, pues las sanciones que establecen las leyes penales tienen la finalidad por un lado el sancionar la conducta antijurídica, el desincentivar la comisión de ciertas conductas o acciones y la búsqueda de la reparación del daño a favor de la víctima.

Como punto de partida hay que exponer que todo proceso penal inicia con la denuncia o querrela de la comisión de un delito, ya sea por parte de la parte agraviada o por parte de cualquier persona que tenga conocimiento de la existencia de dicha conducta antijurídica y lesiva, o en su caso, de oficio.

En sentido general, dicho proceso inicia por la denuncia o querrela y continua con la investigación que hace el Ministerio Público para allegarse de indicios material probatorio, en aras de poder imputar formalmente a la persona denunciada o querrellada.

Dice el artículo 21 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que “La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función.”

En todos los casos el Ministerio Público cuenta con las facultades necesarias para poder allegarse de la información necesaria para investigar la comisión de un delito, y para ello, está dividida en diferentes áreas dentro de las que encontramos a la Policía Cibernética que tiene su adscripción en todas las entidades federativas que conforman la República Mexicana.

La Policía Cibernética según la página oficial de la Policía Cibernética de la Ciudad de México tienen las siguientes líneas de acción:¹⁷⁰

-Monitoreo de redes sociales y sitios web en general.

-Pláticas informativas en centros escolares e instituciones del Distrito Federal, con el objetivo de advertir los delitos y peligros que se cometen 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.

Por su parte, la policía cibernética en el Estado de México es la Unidad de Prevención e Investigación Cibernética, que tiene como objetivo prevenir, atender y combatir incidentes que se cometen a través de medios digitales.¹⁷¹

Y así es que cada entidad federativa tiene su propia policía cibernética enfocada a la previsión o investigación de los delitos cibernéticos o informáticos.

Para algunos doctrinarios el delito informático es un acto ilícito penal en el que las computadoras, sus técnicas y funciones desempeñan un papel ya sea como método, medio o fin.¹⁷²

El tratadista José María Palomino Martín estableció ciertas características generales que contienen los delitos informáticos entre los que encontramos:

“• En el orden espacial, por su naturaleza transfronteriza, lo que exige la necesaria armonización de la legislación penal internacional.

¹⁷⁰ <http://data.ssp.cdmx.gob.mx/ciberdelincuencia.html>

¹⁷¹ <https://sseguridad.edomex.gob.mx/seguridad-publica-transito/policia-cibernetica>

¹⁷² Lima Malvado, María de la Luz, “Delitos electrónicos”, en Criminalia, México, Academia Mexicana de Ciencias Penales, núms. 1-6, enero-junio, 1984, p. 100.

- En el aspecto temporal, por tratarse de categorías penales tan efímeras, fluctuantes y volátiles como la propia telecomunicación.

- En el ámbito procesal, por las dificultades que supone su descubrimiento y acreditación.”¹⁷³

En ese entendido podemos afirmar que el Ministerio Público investiga los delitos informáticos a través de su policía informática, teniendo todas las facultades y medios a su alcance para hacerlo.

Solamente existe una muy grande limitación para que la policía cibernética pueda proceder a la investigación de un delito informático, siendo al efecto, la existencia del delito informático del que se quiera denunciar o querellar a una persona.

En las diversas legislaciones y en las páginas de internet oficiales de las policías cibernéticas de las entidades federativas podemos encontrar que los delitos cibernéticos tipificados son: el fraude, extorsión, robo de identidad, explotación sexual, acoso, maltrato animal, venta de sustancias prohibidas y armas prohibidas; todas estas conductas por medio de las tecnologías de la información.

En el caso que se estudia, no existe delito para la divulgación de una imagen fotográfica o video en las redes sociales sin el consentimiento de la persona que aparece en la misma, lo cual genera que el afectado no pueda denunciar y por lo tanto no pueda conseguir la reparación del daño ocasionado en su contra.

Por la falta de dicha conducta tipificada es que una persona no puede acudir por la vida penal a obtener la tutela del estado en materia de los derechos humanos conculcados derivado del uso no autorizado de imágenes fotográficas o videograbaciones tomadas a un tercero.

¹⁷³ Palomino Martín, José María, Derecho penal y nuevas tecnologías, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

Conclusiones

1.- Los elementos de la personalidad, son un conjunto de caracteres que definen las condiciones en las que se desarrolla el ser humano como sujeto de derecho. En ese sentido, es prudente describir que en el ámbito de las conductas externas del ser humano, la ciencia jurídica comprende una gran variedad de manifestaciones que vislumbra las diferentes posibilidades en las que el individuo puede proyectar sus facultades.

2.- El derecho se encuentra en constante cambio, ya que las condiciones de las relaciones y las diferentes manifestaciones de la vida de los sujetos, generan situaciones de exigencia que requieren importantes actualizaciones del espectro de comprensión de las normas jurídicas.

3.- El desarrollo de la tecnología, ha ofrecido un panorama distinto para el desarrollo de los elementos de la personalidad y como tal, aporta nuevas condiciones de desempeño para la vida pública de los individuos. Estas posibilidades dotan al ser humano de alcances y dimensiones desconocidos, que traen consigo nuevas prerrogativas y proyecciones que implican exigencias para con el Estado. Dichas nuevas condiciones derivan en el establecimiento de obligaciones por parte del Estado a efecto de salvaguardar el correcto desempeño de las prerrogativas fundamentales con que las personas cuentan.

4.- Los datos personales son prerrogativas exclusivas del ser humano que forman parte de los elementos de la personalidad, y por ende, se consideran como facultades exclusivas del ser humano. Estas prestaciones que se pueden exigir a las entidades protegen importantes bienes jurídicos como la dignidad, la intimidad, la imagen y la integridad.

5.- Como se precisó en el cuerpo de esta tesis la Ley en materia de protección de datos personales en posesión de particulares no establece los dispositivos jurídicos al efecto de regular la posesión de datos personales por particulares que no realizan actividades empresariales o comerciales, puesto que dicho ordenamiento prevé la existencia de figuras jurídicas que son de inadecuado –si no es que imposible- cumplimiento para la población general sin una infraestructura empresarial.

En ese contexto, las Leyes en materia deben comprender infracciones o sanciones administrativas para las vulneraciones realizadas a las prerrogativas correspondientes al derecho de imagen, así como supuestos procedimientos para ver reparado el daño ocasionado por el uso indebido de los datos personales de un individuo por un particular, sin embargo, como representan las violaciones un importante menoscabo en derechos derivados de la personalidad y la dignidad del ser humano es menester establecer sanciones en materia penal para el uso inadecuado no autorizado de dichos derechos, así como procedimiento más eficaces en el mismo ordenamiento jurídico especial.

Para ello, es necesario el establecer una legislación especial en la que efectivamente se regule la protección de datos personales en posesión de particulares que no se dediquen a actividades empresariales, en la cual se establezcan las figuras de protección de dichos datos, los mecanismos, los procedimientos, la reparación del daño, la facultad de investigación, la competencia, entre muchos otros elementos relacionados con los datos personales contenidos en una imagen fotográfica o videograbación.

6.- No existe una codificación penal en el ámbito del derecho mexicano que comprenda las violaciones que implica el uso no autorizado o lesivo de los elementos que comprende la identidad, ni si quiera existen los dispositivos jurídicos dentro de un ordenamiento punitivo, en los cuales se establezca la previsión o sanción por la comisión de delitos de dichos derechos.

7.- Las únicas consideraciones sobre la violación de los derechos de la personalidad que pueden vulnerarse derivadas del uso inadecuado de la imagen, en el ámbito de la legislación es en materia de comercio de acuerdo a lo que establece la Ley Federal del derecho de Autor, que habla sobre la explotación comercial de los mismos, aunque en el ámbito del uso de carácter privado, no establece sanción alguna; aunado al hecho de que en la Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de Particulares únicamente se prevén infracciones y sanciones en materia administrativa que no tiene como finalidad la reparación del daño o indemnización a favor del afectado, así como procedimientos no vinculatorios.

8.- Muchas de las violaciones que acontecen en materia de derechos de imagen, privacidad e intimidad, son efectuadas bajo el amparo de un uso inadecuado, negligente, y excesivo de los derechos humanos de libertad de expresión, acceso a la información y de autor a través de las redes sociales, los cuales para muchas personas no tienen restricción ni limitación al encontrarse limitadas solamente por normas constitucionales imperfectas que no estatuyen un procedimiento y una sanción para reparar el daño ocasionado en contra de una persona ajena y desconocida.

9.- En el ordenamiento jurídico mexicano la legislación que prevé la protección de los datos personales en posesión de particulares es la Ley Federal de Protección

de Datos Personales en Posesión de Particulares, no obstante, dicha Ley especial no contempla los mecanismos jurídicos suficientes para que el Estado tutele de acuerdo con sus obligaciones generales y específicas los derechos humanos de dignidad, imagen y protección de sus datos personales con relación al uso no consentido de una persona que aparece en una imagen fotográfica o de video a través de las redes sociales.

Por ello es que en esta tesis la problemática se encuentra relacionada con el uso inadecuado y excesivo de la libertad de expresión, derechos a la información y de autor en las redes sociales que afectan a la dignidad humana de una persona que encuentra conculcados sus derechos de intimidad, de protección de sus datos personales, de imagen, de honor, entre otros, por el simple hecho de aparecer en una imagen fotográfica o videograbación que fue divulgada o publicada en internet sin la debida autorización de la persona.

Propuesta

Como se pudo constatar lo largo de esta tesis los derechos de imagen y de protección a los datos personales derivados de una imagen fotográfica o de video no se encuentran plenamente tutelados por el Estado, esto al no contar tanto la Ley especial como las codificaciones del derecho común con los elementos suficientes para que el Estado pueda cumplir con sus obligaciones generales de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos y los especiales de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los mismos.

Toda vez que la tutela de los derechos de imagen y protección a los datos personales contenidos en una fotografía o videograbación es una materia que se encuentra fuera de la consideración del derecho mexicano, es necesario comprender la necesidad de legislar en materia del uso de los mismos o reformar, complementar y mejorar las Leyes que en nuestro sistema ya intentan –aunque ineficazmente- regular su protección, ya que el uso privado no autorizado de la imagen de una tercera persona puede implicar importantes menoscabos en los derechos de la personalidad y la dignidad de la misma.

Por ello, la propuesta que en esta tesis se sugiere es la de reformar la Ley Federal de Protección de los Datos Personales en Posesión de Particulares para adicionar dispositivos jurídicos que sean aplicables en materia de protección de datos personales en posesión de particulares que no cuenten con actividades empresariales o profesionales. Para ello, se podría establecer un capítulo en el cual se adicionen los dispositivos tendentes a regular los datos personales que podrán ser obtenidos por ese tipo de particulares, su forma de obtenerlos, sus prohibiciones, y la manera en la cual se podrá obtener el consentimiento del titular de los datos personales y sus excepciones. Con ello se buscaría generar una diferenciación entre los datos personales en posesión de las personas físicas o

morales con actividad empresarial o profesional y las personas físicas que no obtienen esos datos personales para fines empresariales, profesionales y comerciales.

Por lo que hace a las infracciones y sanciones en materia de protección de los datos personales en posesión de particulares se propone que en el artículo 131 del Reglamento de la Ley Federal de Protección de los Datos Personales en Posesión de Particulares, concerniente a los requisitos de la denuncia para iniciar el procedimiento de verificación, se adicione un párrafo en el cual se prevea el caso en el cual no será necesario como requisito el nombre del responsable del tratamiento de los datos personales, siendo dicha excepción, el desconocimiento del nombre del responsable y de sus datos de identificación.

Lo que se buscaría con dicha adición es que el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos –como Autoridad Competente- investigue por los medios o las atribuciones que la Ley de la materia le otorgue quien fue la persona que trató ilegalmente o indebidamente los datos personales del particular que por medio de la denuncia está solicitando el procedimiento de verificación. Es decir, dicha adición tendría la finalidad de poder iniciar un procedimiento de verificación en contra de una persona indeterminada, cuando no se sepa quién es el responsable del tratamiento de los datos personales.

Para poder realizar lo anterior el Instituto tendría la obligación de investigar por los medios y atribuciones a su alcance, quien es el responsable del tratamiento ilegal y no autorizado de los datos personales de un particular.

A efecto de que el Instituto pueda realizar las diligencias de investigación es necesario que también se reforme el artículo 39 de la Ley Federal de Protección de los Datos Personales en Posesión de Particulares, adicionando las siguientes atribuciones a favor de dicho Instituto:

- Investigar el tratamiento de datos personales en caso de que se presuma su ilegalidad.

- Solicitar información a terceros respecto del tratamiento de datos personales determinados, informando en todo momento a dicho tercero el motivo del requerimiento de la información.

Estas atribuciones tiene como finalidad el que el Instituto puede allegarse de la información relacionada con cierto dato personal, a efecto de poder identificar quien es el responsable del tratamiento ilegal y no autorizado de los datos personales.

Esta compulsas puede ser realizada a cualquier persona que esté relacionada con el tratamiento de los datos personales, pudiendo ser desde los encargados solidarios del tratamiento de los datos personales, las empresas que por medio de sus instrumentos, plataformas, dispositivos, o herramientas se estén tratando los datos personales (como lo puede ser la empresa administradora de las redes sociales), las personas que transmitan o compartan los datos personales, o las compañías telefónicas o proveedoras de internet que puedan proporcionar identificación de las direcciones IP y su geolocalización.

Con ello se buscaría la identificación del responsable del tratamiento de datos personales por medio de las redes sociales.

Cabe destacar que para el cumplimiento de dicho requerimiento lo correcto sería que la Ley de la materia en la parte de las infracciones, establezca la infracción y sanción en contra del tercero que en determinado tiempo omite proporcionar la información solicitada.

Además es necesario implementar en la Ley de la materia las infracciones y sus sanciones por el uso inadecuado de los derechos de imagen e intimidad, en el caso de la utilización de los de datos personales en redes sociales sin consentimiento.

Dicha implementación tendrá como finalidad la desincentivación del tratamiento ilegal de datos personales en medios de difusión tan masivos como lo son las redes sociales; así como, el castigar o sancionar la publicación de los datos personales en un medio de transmisión tan expedito, sin el consentimiento de su titular.

Por ello, es necesario establecer en la Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de los Particulares, así como la Ley Federal de Derechos de Autor, artículos que sancionen el uso no autorizado de derechos de imagen incluso en casos en los que no se busque el ánimo de lucro.

Así, dependiendo de la gravedad de los datos personales usados por redes sociales es necesario establecer sanciones penales en las Leyes competentes de

manera que se pueda garantizar a los titulares de los diversos derechos de imagen una tutela adecuada de los mismos en el contexto de los entornos cibernéticos y las redes sociales.

Por último, se propone adicionar un artículo en la Ley Federal de Protección de los Datos Personales en Posesión de Particulares en el cual se implemente la figura de la reparación del daño e indemnización a favor del titular de los datos personales, por el uso, publicación o divulgación (tratamiento) de sus datos personales sin consentimiento, independientemente de que se genere un daño moral o no, en el entendido de que con dicha acción se violan los derechos humanos a la imagen y a la intimidad.

Bibliografía

- Acosta Romero, Miguel, Compendio de Derecho Administrativo, 2 edición, Porrúa, México, 1998, p. 548.
- Acuña Llamas, Francisco Javier. La protección de los datos personales y notas sobre los desafíos de internet. SCJN. p. 9. Disponible en: https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/archivos/calendario_actividades/06_ACU%C3%91A_La%20constitucion%20en%20la%20sociedad%20y%20economia%20digitales.pdf
- Adame Goddard, Jorge, Filosofía social para juristas, México, McGraw-Hill, 1998, pp. 121.
- Álvarez Alcalá, Alil, “Lecciones de Derecho Fiscal”, Editorial Oxford, 1ª edición, México 2010. P. 59
- Andorno, Roberto, “Dignidad humana”, Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, Granada, España, Universidad de Deusto-Comares, 2011, t. I, p. 658. Cit. por. Martínez Bulle-Goyri, Víctor M. Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVI, núm. 136, enero-abril de 2013, pp. 39-67
- Aparici Miralles, Ángela. El principio de la Dignidad humana como fundamento de un bioderecho global. En: Cuadernos de Bioética XXIV 2013/2ª. España, 2013. p. 206

- Arévalo Álvarez, Luis Ernesto, *El Concepto Jurídico y la génesis de los Derechos Humanos*, Universidad Iberoamericana de Puebla, Universidad Iberoamericana de la Ciudad de México, segunda edición, 2001, p. 35
- Armienta Calderón, Gonzalo M; Procesos y procedimientos constitucionales, en *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Hector Fix-Zamudio a sus cincuenta años como investigador en el derecho. Tomo I*; UNAM, 2008; P.243
- Arteaga Nava, Elisur. "Suspensión de garantías y las facultades extraordinarias." <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/20/22-04.pdf>
- Barba Álvarez, Rogelio. El robo de identidad en México. En: *Revista Díké*. No. 22, octubre de 2017- marzo de 2018. p. 246
- Becerra Ramírez, Manuel. *Derecho Internacional Público*, México, UNAM. McGraw-Hill, 1997, pp. 104-109.
- Blengio Valdéz, Mariana; *Código de Derechos Humanos. Colección Konrad Adenauer*; Fundación Konrad Adenauer; Uruguay, 2010; P.65

- Borowski, Martin, La restricción de los derechos fundamentales, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Mayo/Agosto 2000, no. 59, p. 29.
- Botero Marino, Catalina L.et al., El derecho a la libertad de expresión. Curso avanzado para jueces y operadores jurídicos en las Américas. Guía curricular y materiales de estudio, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2017, p. 54-58.
- Carbonell, Miguel, La Libertad. Dilemas, retos y tensiones, México, UNAM, CNDH, 2008, pp. 220 y siguientes.
- Carbonell, Miguel, “*Los Derechos Humanos en México. Régimen Jurídico y Aplicación Práctica*” primera edición, editorial Flores, México, D.F., 2015, página 79.
- Carrancá y Trujillo , R., & Carrancá y Rivas , R., DERECHO PENAL MEXICANO, PARTE GENERAL, México, Porrúa, 1999, p. 711.
- Castañeda, Mireya “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos”, primera edición, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Ciudad de México, 2016, páginas 9 y 10.

- Castilla, Karlos, “El principio pro persona en la administración de justicia”, en Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, México, núm. 20, enero-junio 2009, p. 72.
- Cervantes Bravo, Irina. La tutela Constitucional de los Derechos Fundamentales en México (Debido Proceso y Principio de Igualdad). En: Serna de la Garza, José María. Contribuciones al Derecho Contitucional. UNAM. México, 2015. p. 238
- Cortázar-Rodríguez, Francisco-Javier. “Imágenes rumorales, memes y selfies: elementos comunes y significados”. Iztapalapa, n. 77, 2014, pp. 195.
- De Aquino, Tomás. Summa Theologica, I-I, Cuestión 42, artículo 4, edición de Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1993, pág. 411. Cit. por. Ibídem.
- Del Castillo del Valle, Alberto, “*Garantías individuales y amparo en materia penal*”, 3ª ed., Ediciones Jurídicas Alma, S. A. de C. V., México, 2003, p. 88.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Flores Pantoja, Rogelio. La Constitución y sus garantías- A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. UNAM. Instituto de Estudio Constitucionales del Estado de Querétaro. Querétaro, México. Primera edición. 2017. p. 55

- Flores Ávalos, Elvia Lucía. Derecho a la Imagen y Responsabilidad Civil. En: Adame Goddard, Jorge (Coord.). Derechos civil y romano. UNAM. México, 2006. p.371
- Fredman, Sandra, "Human Rights Transformed. Positive rights and Positive Duties" Estados Unidos de America, Oxford University Press, 2008, página 72.
- García Huerta, Dassaev, Las imágenes macro y los memes de internet: posibilidades de estudio desde las teorías de la comunicación, Pakkat Revista de Tecnología y Sociedad, México, núm. 6, marzo-agosto, 2014.
- García Moreno, Francisco, "El concepto de dignidad como categoría existencial. Un recorrido del concepto a lo largo de la historia de la filosofía", El Búho, Revista Electrónica de la Sociedad Andaluza de Filosofía, p. 4. Cit. por: Martínez Bulle-Goyri, Victor M. Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVI, núm. 136, enero-abril de 2013, p. 44
- García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga, La situación actual del sistema penal en México, El procedimiento administrativo sancionador, México, D.F, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 258.
- Garzón Valdéz, Ernesto, Lo íntimo, lo privado y lo público, *Claves de la razón práctica*, noviembre de 2003, no. 137, p. 17.

- Gómez Gamboa, David. Hacia una construcción del ius Constitucionale Commune en América latina en materia de libertad de expresión e información. UNAM. México, 2015. p.64
- Gros Espiell, Héctor “La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, página 65.
- Herrera Ortiz, Margarita, *Manual de los Derechos Humanos*, Editorial Porrúa, quinta edición, México 2011, p.p. 23 y 24
- Hidalgo Flores, Héctor Ivan. La Suprema Corte y el Derecho a la propia imagen. En: Nexos.
- Hidalgo Rioja, Ileana, Derecho a la protección de datos personales, primera edición, México, UNAM, 2018, p. 42.
- Larenz, Karl, Derecho de las obligaciones, versión española y notas de Jaime Santos Briz, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1958, p. 13.
- Larrain, Jorge. El concepto de identidad. Revista FAMECOS • Porto Alegre nº 21, agosto 2003. p.32

- Lima Malvado, María de la Luz, “Delitos electrónicos”, en Criminalia, México, Academia Mexicana de Ciencias Penales, núms. 1-6, enero-junio, 1984, p. 100.
- Lomelí Cerezo, Margarita, Derecho fiscal represivo, México, Porrúa, 1999, p. 18
- López Guzmán, C., & Estrada Corona, A. Edición y derecho de autor. Derecho moral. 2019 http://www.edicion.unam.mx/html/4_3_1.html
- López Guzmán, C., & Estrada Corona, A. Edición y derecho de autor. Derecho patrimonial. 2019 http://www.edicion.unam.mx/html/4_3_2.html
- Marín Castan, María Luisa. La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales. En: Revista de Bioética y Derecho N. 9. Enero, 2007. p, 2
- Martínez Bulle-Goyri, Víctor M. Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVI, núm. 136, enero-abril de 2013, pp. 43
- Mazeaud, Henry et al., Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, Quinta Edición, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, t. I, p. 292.

- Millán Puelles, Sobre el hombre y la sociedad, Rialp, Madrid, 1976, pág. 99. Cit. por. Aparici Miralles, Ángela. El principio de la Dignidad humana como fundamento de un bioderecho global. En: Cuadernos de Bioética XXIV 2013/2^a. España, 2013. p. 206
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. Derecho penal. Parte general, 5ta edición, 2002, p. 197.
- Narváez Tijerina, María. El sistema mexicano de propiedad industrial. Universidad Regiomontana. México, 2008. p.46
- Noriega, C.A., La Naturaleza de las Garantías Individuales en la Constitución de 1917, UNAM, Coordinación de Humanidades, México, Ciudad de México, 1967, página 111”
- *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo D-H, Editorial Porrúa, México 2000, pp. 1268-1270
- OMPI. Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos. Segunda Edición. Ginebra. 2016. p.4.
- OMPI. ¿Qué es la propiedad Intelectual?. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Suiza, s/f. p. 3

- Palomino Martín, José María, Derecho penal y nuevas tecnologías, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- Patiño Camarena, Javier; De los derechos del hombre a los derechos humanos; Ed. Flores; México, 2014; P.105
- Revilla, Juan Carlos. Los anclajes de la identidad personal. En: Athenea Digital, núm. 4. Otoño 2003. p.59
- Rodríguez, E. Imagen corporal en el desarrollo psicosocial. 2000. En: Dulanto, E. (comp.) El Adolescente. México: McGraw-Hill Interamericana.
- Rojina Villegas, Rafael, Compendio de derecho civil, Vigésima Sexta Edición, México, Porrúa, 2006, t. III, p. 279
- Ruiz Giménez, J. “Artículo 10. Derechos fundamentales de la persona “, en AAVV, Comentarios a la Constitución española de 1978, dir. por O. Alzaga, Cortes Generales - EDERSA, Madrid, 1996, vol II, pag 58. Cit. por. Marín Castan. Op. Cit. p. 2
- Sagües, Néstor Pedro, El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en –América Latina, México, Porrúa, 2004, p. 77.

- Salazar Ugarte, Pedro (Coord.), “La Reforma Constitucional sobre Derechos humanos Una Guía Conceptual”, primera edición, México, Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez, enero de 2014, página 25.
- Saldaña, Javier. La dignidad de la persona. Fundamento del derecho a no ser discriminado injustamente. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. 2006.
- Serrano Migallón, Fernando, “La Interpretación Conforme a la Constitución”, primera edición, México, UNAM, 2008, página 11.
- Serrano, Sandra “Obligaciones del Estado Frente a los Derechos Humanos y sus Principios Rectores: una Relación para la Interpretación y Aplicación de los Derechos”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenaur, 2013, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3567/9.pdf>, página 119.
- Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, “El enfoque de derechos humanos”, México, Flacso-México (col. Guías de estudio de la Maestría en Derechos Humanos y Democracia), 2012, Mimeo, p. 38.
- Soto Vázquez, Ramón; Parra Cervantes, Patricia. Juárez López, Raúl. ¿Qué saber usted acerca de ... propiedad intelectual farmacéutica. En:

Revista Mexicana de ciencias Farmacéuticas. Vol. 46. No.1 . 2015. Pp 77-78

- Spaemann, R., “Sobre el concepto de dignidad humana”, en Persona y Derecho, pág 20. Cit. por. Aparici Miralles, Ángela. El principio de la Dignidad humana como fundamento de un bioderecho global. En: Cuadernos de Bioética XXIV 2013/2ª. España, 2013. p. 206
- Tobón Franco, Natalia, Libertad de expresión y derecho de autor. Guía legal para periodistas, Bogotá, Universidad del Rosario, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario-Facultad de Jurisprudencia, 2009, p.55.
- Tomás de Aquino, Summa Theologica, I-I, Cuestión 42, artículo 4, edición de Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1993, pág. 411.
- Trigo Represas, Félix A., Tratado de la responsabilidad civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica, Buenos Aires, La ley, 2004, t. IV, p. 902.
- Valadés, Diego, Documentos de trabajo del Instituto de Investigaciones Jurídicas, La protección de los derechos fundamentales frente a particulares, México, UNAM, 2005, p. 1.

- Velázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, 2012, Mimeo.
- www.cndh.org.mx