



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

LOS DATOS PERSONALES ANÁLISIS JURÍDICO
DESDE LA PERSPECTIVA
DEL FUNCIONALISMO

TESIS

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE
DOCTORA EN DERECHO

PRESENTA:
MARÍA DEL CONSUELO MEDINA MIRANDA

DIRECTOR DE TESIS
Dr. Dr. Dr. Multi Dr. h.c. Carlos Juan Manuel Daza Gómez
Programa de Posgrado en Derecho

Ciudad Universitaria, Cd. Mx.

Septiembre 2020



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

Agradecimientos

A Dios, fuente de todo lo que es.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO,
Alma Mater, todo lo que soy.

A mi Facultad de Derecho
y a todos mis Maestros los honro,
a cada alumno de los que tanto he aprendido.

Al Dr. Raúl Contreras Bustamante
Director de la Facultad de Derecho de la UNAM
Por fomentar la investigación.

A mi Asesor Dr. Dr. Dr. Carlos Daza Gómez.
Por su dirección y buena disposición.
Con admiración por su aportación a la cultura jurídica y
a su sensibilidad humana.

A mis entrañables Padres, Oscar y Queta, in memoriam.

¡Se las debía!

A mí adorada Mariana

Cuando vivo sólo sueño un horizonte falto de palabras,

tú en tú mundo separada del nuestro,

por cielos y mares, hasta tú amor,

y yo sé que siempre estás ahí, una luna hecha para mí,

siempre iluminada para mí.

A mis amados hermanos Oscar, Sonia y José Antonio.

Por su cariñoso, alegre y solidario acompañamiento en este andar, que es la vida.

A mis familiares y amigos que de una u otra manera

me han impulsado en mi vida profesional y personal,

con mi gratitud infinita.

Índice General

Introducción	I
--------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO

EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

I. Normas Constitucionales

1. Constitución de Cádiz	4
2. Constitución de 1824	5
3. Las Siete Leyes de 1836	6
4. Bases Orgánicas de 1843	6
5. Constitución de 1857	7
6. Constitución de 1917	9
7. Reformas Constitucionales, artículo 6.....	12
8. Reformas Constitucionales, artículo 16	13

II Códigos Penales

A. Código Penal de 1831	15
B. Código Penal de Veracruz 1835	15
C. Código Penal Federal 1871	16
D. Código Penal Federal 1929	18
E. Código Penal Federal de 1931.....	20

III. CDMX

A. Código Penal para el Distrito Federal 2002	31
B. Constitución de la Ciudad de México 2007	39

IV. Leyes Federales protectoras de Datos Personales en México. Siglo XXI.

A. Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental	46
--	----

V. Leyes Locales en Materia de protección de datos.

A. Ley de Protección de Datos del Estado de Colima	50
B. Ley de Protección de Datos del D.F.....	51

VI. Leyes Federales vigentes en materia de Protección de Datos Personales

A. Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares	51
--	----

B. Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública	53
C. Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública	53
D. - Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados 2017	54

CAPÍTULO SEGUNDO

MARCO CONCEPTUAL

I. Introducción	57
Datos Personales-Derechos Humanos	60
II. Breves antecedentes históricos de los derechos humanos	
A. El Cilindro de Ciro	60
B. Derecho Natural de los Romanos	62
C. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789	64
D. La Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica	65
E. Mahatma Gandhi	67
F. Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948	67
G. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales 1950	70
H. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea	70
III. Las Generaciones de los Derechos Humanos	
A. Primera Generación	73
B. Segunda Generación	74
C. Tercera Generación	75
IV. Concepto de derechos humanos.	
A. En la Doctrina	78
B. Principios	79
C. Derechos Humanos en la Norma Jurídica	82
1. Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.....	83
2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	84
3. Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales	86
4. Convención Americana sobre Derechos Humanos	88

5. Consejo de Europa	89
6. Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos	92
7. Derechos Humanos en la Jurisprudencia	94
V. Datos Personales	
Concepto de Datos Personales	100
A. Concepto gramatical	101
B. Concepto doctrinal	101
a. Clasificación de los Datos Personales	104
C. Concepto Legal de Dato Personal	107
D. Dato Personal en la Jurisprudencia	109
VI. Derecho Informático	
A. Concepto	111
B. Informática Jurídica	112
C. Derecho Informático	113
VII. Privacidad e Intimidad	
A. Gramaticalmente	114
B. Doctrinalmente	114
C. Jurisprudencialmente	121
VIII. Honor	
A. Gramaticalmente	125
B. Doctrinalmente	126
C. Jurisprudencialmente	126
IX. Dignidad	
A. Gramaticalmente	127
B. Doctrinalmente	128
C. En la Jurisprudencia	131
X. Los Datos Personales como Derechos Humanos en México	
XI. Tecnologías de la Información	
A. La Evolución Tecnológica	139
B. Historia de Internet	141
C. Revolución Tecnológica	145

D. SIC	147
E. TIC	149
F. La era digital	151

XII. Redes digitales

1. Evolución de la web	153
A. Web 1.0	153
B. Web 2.0	154
C. Web 3.0	157
D. Web 4.0	159
2. Recursos de Comunicación	
a. Correo electrónico	162
b. Foro de discusión	163
c. Chat	163
d. Videoconferencia Web	164
e. Blog	165
f. Wiki	166

XIII. Redes Sociales

A. Facebook	168
B. What App	171
C. You tube	171
D. Twitter	172
E. LinkedIn	173
F. Google Plus	174
G. Instagram	174
H. Pinterest	174
I. Flickr	174
J. Snapchat	174

XIV. Seguridad en las Redes

A. Seguridad Tecnológica	177
B. Seguridad Personal	180
C. Seguridad Jurídica	183

1. Tipos y niveles de Seguridad	186
2. Casos Paradigmáticos	
a. Geolocalización en tiempo real	192
b. Wi Fi en el metro de CDMX	193
c. Cambridge Analytic	195
d. Face App	195

CAPÍTULO TERCERO

MARCO JURÍDICO- DERECHO COMPARADO

I. Organismos Internacionales

A. Organización de las Naciones Unidas-O.N.U.....	198
1. Resolución 45/ 95	198
2. Normativa Vigente Informe 2019	200
B. Organización Para La Cooperación y el Desarrollo Económicos OCDE	202
1. Directrices sobre la protección de la intimidad y los flujos transfronterizos de Datos personales	202
2. Declaración Sobre Flujos de Datos Transfronterizos	203
3. Declaración sobre la Protección de la Privacidad de las Redes Globales	203
C. Comunidad Económica Europea – Unión Europea	
1. Acuerdo de Schengen	205
2. Directiva 95/46/CE	206
3. Otra Normativas	207
4. Normativas vigentes	
a. Directiva (UE) 2016/680 Directiva sobre protección de datos en el ámbito penal	208
b. Reglamento de la UE 2016/679 RGPD	209
c. Reglamento (UE) 2018/1725	218
5. Artículos relativos a la protección de datos en actos legislativos sectoriales	219
6. Convenios o Tratados.....	219

a. Acuerdo de asociación económica, concertación política y cooperación entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos Mexicanos	220
7. Autoridades de Supervisión de la Protección de Datos de la UE	221
8. Comité Europeo de Protección de datos	221
D. Consejo de Europa	
1. Primeras Normativas	225
2. Normas Vigentes	
a. CONVENIO 108	227
E. Organización Mundial del Trabajo OIT	
Primera Normativa.....	232
Recomendaciones prácticas de la OIT vigentes.....	233
F. TLCAN	235
G. Foro de Cooperación Asia-Pacífico APEC	239
H. Red Iberoamericana de DP	243
II. Países Europeos	
A. Alemania	
1. Marco Constitucional	248
2. Primeras Leyes en Materia de Protección de Datos	249
3. Leyes vigentes en Materia de Protección de Datos	251
4. Autoridad Garante	253
5. Sanciones	
a. Administrativas	253
b. Penales	255
6. Consecuencias	257
B. Francia	
1. Marco Constitucional	259
2. Leyes en Materia de Protección de Datos	260
3. Leyes vigentes en Materia de Protección de Datos	261
4. Autoridad Garante	263
5. Sanciones	
a. Administrativas	265

b. Penales	265
6. Consecuencias	274
C. Italia	
1. Marco Constitucional	276
2. Leyes en Materia de Protección de Datos	277
3. Leyes vigentes en Materia de Protección de Datos	279
4. Autoridad Garante	279
5. Sanciones	
a. Administrativas	280
b. Penales	280
6. Consecuencias	285
D. España	
1. Marco Constitucional.	286
2. Leyes en Materia de Protección de Datos	288
3. Leyes vigentes en Materia de Protección de Datos	289
4. Autoridad Garante	292
5. Sanciones	
a. Administrativas	293
b. Penales	295
6. Consecuencias	296
E. Suiza	
1. Marco Constitucional	297
2. Leyes en Materia de Protección de Datos	299
3. Leyes vigentes en Materia de Protección de Datos	300
4. Autoridad Garante	300
5. Sanciones	
a. Administrativas	301
b. Penales	302
6. Consecuencias	306

III. Países del Common Law

A. Estados Unidos de América

1. Marco Constitucional	308
2. Leyes en Materia de Protección de Datos	308
3. Leyes vigentes Sectoriales de PD	311
4. Autoridad Garante	315
5. Sanciones	
a. Administrativas	316
b. Penales	316
6. Consecuencias	317
B. Canadá	
1. Marco Constitucional	320
2. Leyes en Materia de Protección de Datos	322
3. Leyes vigentes en materia de PD	323
4. Autoridad Garante	324
5. Sanciones	
a. Administrativas	325
b. Penales	326
6. Consecuencias	328
IV Países de Latinoamérica	
El Habeas Data	330
A. Argentina	
1. Marco Constitucional	333
2. Leyes en Materia de Protección de Datos	335
3. Leyes vigentes en materia de PD	336
4. Autoridad Garante	337
5. Sanciones	
a. Administrativas	339
b. Penales	342
6. Consecuencias	344
B. Brasil	
1. Marco Constitucional	345

2. Leyes en Materia de Protección de Datos	348
3. Leyes vigentes en materia de PD	348
4. Autoridad Garante	351
5. Sanciones	
a. Administrativas	353
b. Penales	355
6. Consecuencias	357
C. Colombia	
1. Marco Constitucional	359
2. Leyes en Materia de Protección de Datos	362
3. Leyes vigentes en materia de PD	363
4. Autoridad Garante	363
5. Sanciones	
a. Administrativas	364
b. Penales	366
6. Consecuencias	368

CAPÍTULO CUARTO

MARCO TEÓRICO

Introducción	370
--------------------	-----

I. Breve evolución de la Teoría del Delito

A. Teoría Clásica	375
B. Teoría Neoclásica	380
C. Teoría Finalista	385
D. Teoría Funcionalista Roxin.....	396
E. Teoría Funcionalismo Normativo Jacobs	407

II. Categorías del Funcionalismo Moderado

I. Tipicidad	421
A. Tipo Objetivo	422
1. Acción Típica	424
2. Imputación Objetiva	429

a. Principio de prohibición de regreso	436
b. Principio de Confianza	438
c. Principio del Riesgo	438
d. Fin de la Protección de la Norma	446
3. Resultado	449
B. Elementos Objetivos Consecutivos	454
4. Medios Comisivos	458
C Tipo Subjetivo	459
Dolo clases	461
Culpa	463
D. Causas de Atipicidad	464
II Antijuridicidad y causas de licitud	
A. Clases de Antijuridicidad	469
B. Causas de Licitud	471
1. Defensa Legítima	472
2. Estado de Necesidad	474
3. Consentimiento del titular del Bien	476
4. Cumplimiento de un deber	477
5. Ejercicio de un derecho	477
III. Imputación Personal	
A. Imputabilidad	483
B. Causas de Exclusión de la imputabilidad	483
C. Conciencia de Antijuridicidad	487
D. Causas de exclusión de la Antijuridicidad	487
E. Exigibilidad de otra conducta	488
F. No Exigibilidad de otra conducta	488
H. Estado de necesidad disculpante	490
IV Consecuencias Jurídicas	
A. Pena	490
B. Medidas de Seguridad	494

C. Excusas Absolutorias	495
-------------------------------	-----

V. Formas Imperfectas de Ejecución

A. Iter criminis	498
------------------------	-----

B. Tentativa idónea e inidónea	501
--------------------------------------	-----

VI. Formas de Participación Criminal

A. Participación	505
------------------------	-----

B. Autoría	505
------------------	-----

VII. Unidad y Pluralidad de Delitos.

A. Concurso ideal	515
-------------------------	-----

B. Concurso real	515
------------------------	-----

CAPÍTULO CINCO

EL BIEN JURÍDICO A TUTELAR LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN MÉXICO: ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA FUNCIONALISTA

I Teoría Funcionalista

A. Teoría del Nuevo tipo penal trasgresión de datos personales	516
--	-----

B. Bien Jurídico.....	517
-----------------------	-----

C. Política criminal	520
----------------------------	-----

D. Consecuencia Jurídica Penal.....	524
-------------------------------------	-----

E. Responsabilidad de las personas Morales.....	525
---	-----

F. Datos de Prueba	529
--------------------------	-----

II Análisis del Delito de Transgresión de Datos personales desde el

Funcionalismo.

A. Tipo y Punibilidad.....	535
----------------------------	-----

B. Categorías y Consecuencias Jurídicas.....	536
--	-----

C. Consecuencias Jurídicas	544
----------------------------------	-----

D. Aspectos procesales	545
------------------------------	-----

Conclusiones.....	548
-------------------	-----

Glosario	552
----------------	-----

Bibliografía.....	560
-------------------	-----

SIGLAS

AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
APEC	Foro de Cooperación Asia Pacífico
ARCO	Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición.
ASP	Auditoría Superior de la Federación
CBPR	Cross Border Privacy Rules por sus siglas en inglés
CDF	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDMX	Ciudad de México
CE	Consejo de Europa
CE	Constitución Europea
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEPD	Comité Europeo de Protección de datos
CIDH	Carta Internacional de los Derechos Humanos
CNIL	Autoridad Nacional de Protección de Datos por sus siglas en francés
CNPP	Código Nacional de Procedimientos Penales
CNDH	Comisión Nacional de Derechos Humanos
CPCDMX	Código Penal de la Ciudad de México, antes Código Penal del D.F.
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
CPF	Código Penal Federal
CURP	Clave Única de Registro de Población en México
DADDH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
DF	Distrito Federal
DI	Derecho Internacional
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DOF	Diario Oficial de la Federación
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
GDPR	Reglamento General de Protección de Datos
J. C	Juez de Control
J Dto.	Juez de Distrito
J. E	Juez de Ejecución de sanciones
IFAI	Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos
INFO	Instituto de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México
IFT	Instituto Federal de Telecomunicaciones.
IJJ	Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México
INAI	Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales.
IP	Internet Protocolo
LAI	Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental en México
LGPDPPO	LEY General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados
LGTAIP	LEY General de Transparencia y Acceso a la Información Pública
LFTAI	Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Federal

LOAPF	Ley Orgánica de la Administración Pública Federal
LOPJF	Ley Orgánica de la Administración Pública Federal
LORTAD	Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal en España
LPDPPP	Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares.
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económico de
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PDP	Protección de Datos Personales
RAE	Real Academia Española
RFC	Registro Federal de Contribuyentes
RGPD	Reglamento General de Protección de Datos en español
RUE	Reglamento Unión Europea
SEPD	Supervisor Europeo de protección de Datos
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación en México
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional de España
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional de España
TCC	Tribunal Colegiado de Circuito
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TSJ	Tribunal Superior de Justicia del DF
UE	Unión Europea
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
Coord., coords	coordinador, coordinadores
Ed.	editor
Edi	Intercambio electrónico de datos
E-Mail	Correo electrónico
et al.	Y otros
http	Hipertext Transfer Protocol
In fine	al final
Modem	Modulador de señales de comunicación
p., pp.	página, paginas
ss.	siguientes
T., Ts.,	tomo, tomos
Vol.	volumen
www, Word Wide Web.	Red de Redes de información, a través de hipermedia

INTRODUCCIÓN

Primeramente, comentaré porqué escribí esta tesis.

Además de ser un requisito para optar al grado de Doctora en Derecho, que desde hace muchos años terminé los estudios en la Unidad de Posgrado de mi querida Facultad de Derecho de la UNAM, pasó y pasó y pasó el tiempo, me dediqué a desarrollarme profesionalmente en la Procuraduría General de la República en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en la Cámara de Senadores y en el litigio, así como en la Academia desde hace 30 años tengo el honor de dar la clase de delitos en particular en esta facultad, lo cual me ha venido a aportar grandes conocimientos y poder compaginar la teoría y la práctica.

Desde el año 2003 que entré a colaborar como asesora con el Senador Antonio García Torres en la LIX legislatura, él había presentado la iniciativa de ley de Protección de Datos Personales que contemplaban proteger tanto los datos personales que estuvieran en el Gobierno Federal, como en la iniciativa privada y todos los particulares, y al trabajar directamente en este proyecto y asistir a muchas de las juntas con las personas del Buró de Crédito, del Banco de México, empresas particulares, organizaciones recibiendo todos los escritos con argumentos en contra de por qué no debía de regularse este derecho e inclusive los mismos comisionados en esa época del IFAI estuvieron en contra de que se legislará al respecto y pugnaban en quedarse ellos con la regulación de este derecho y que no se creará un nuevo organismo; al conocer toda esta problemática obviamente me adentre más en el tema. Asimismo, tuve la oportunidad de asistir a un curso del FIAPP en Madrid España durante un mes organizado por la comunidad Iberoamericana. Había abogados de Latinoamérica, de España y de Portugal y dos mexicanas asistimos lo cual me hizo conocer y amar más este tema. Pero obviamente desde mi perspectiva de abogada penalista realmente cuando yo proponía en las reuniones que se tipificara el delito a todos les causaba escozor pues sí apenas estaba luchando porque hubiera sanciones administrativas, mucho menos se admitía lo penal, les causaba sobresalto o ni siquiera lo ponderaban, por eso fue un logro que en el año 2010 la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares ya tipificara dos delitos tenuemente y que investigando en la Fiscalía General de la

República y en el Poder Judicial hasta la fecha no se conoce ningún delito que se haya consignado antes del nuevo sistema o que se haya vinculado a proceso y menos que se haya llegado a sentencia por los delitos previstos en los artículos 67 y 68 de dicha ley.

Pero yo sé, que en el fondo algo influimos, para que en las iniciativas de ley estuvieran y ahora con el devenir del tiempo y con el desarrollo tecnológico a velocidad aceleradísima, estoy convencida aún más que debe darse la tipificación del delito que proteja como bien jurídico los datos personales (su privacidad y la autodeterminación) analizada desde el punto de vista de la Teoría Funcionalista.

He de confesar que no conocía esta teoría, cuando yo estudié me enseñaron la teoría causalista después en el ejercicio de la profesión y dando clases la teoría finalista y con la asesoría del Dr. Carlos Daza es que conocí y me convencí de esta teoría, concibiendo que deben de ir vinculadas la Teoría del Delito y la Política Criminal. Entendida ésta como un factor integrador social que no vea al derecho penal como un castigo sino cómo una herramienta que soluciona problemas que reduce el conflicto donde realmente el autor pueda ser integrado socialmente y se vincula mucho con el nuevo sistema de Justicia Adversarial y Oral, por ello es que creo que es este el mejor momento para presentar mi tesis para optar al grado de doctora con el *tema del bien jurídico tutelado los datos personales desde la perspectiva de la teoría funcionalista*.

En el capítulo primero en la parte inicial, hacemos un estudio de la evolución de la Carta Magna, en nuestra materia podemos observar que La Constitución del México independiente de 1824, la del México conservador de 1857 y la vigente constitución de 1917, por obvias razones no regulan la Protección de Datos Personales expresamente como antecedente y raíz de nuestro bien jurídico a proteger, observamos que en todas las constituciones ya se habla del derecho a la dignidad, el derecho a la vida privada, el derecho a la intimidad, el derecho a que no se viole tu correspondencia, a que no se metan en tu privacidad, después del recorrido observamos que en este siglo es cuando se reforma la Constitución el artículo 6º

en la fracción II, en 2007 por primera vez se señala qué se va a proteger los datos personales en el marco del derecho a la información y en junio de 2009 se adiciona un párrafo segundo, al artículo 16 constitucional en el que se eleva a rango constitucional el derecho humano a la Protección de Datos Personales y al ejercicio de los derechos de acceso rectificación cancelación y oposición de tus datos personales, en este camino llegamos al siglo XXI.

Posteriormente en el mismo capítulo; hicimos un recorrido por los antecedentes históricos legislativos del Código Penal Federal y del Código Penal para la Ciudad de México; recordando en 1871 era el mismo ordenamiento para ambos fueros en estos códigos podemos apreciar principalmente que la tendencia ha sido ir aumentando, tipos penales y sobre todo la punibilidad, a mediados del siglo pasado la máxima pena de prisión era 40 años después subió sin más argumentos más que el aumento de los delitos y la impunidad a 50 años, después a 60 años y actualmente en la Ciudad de México son hasta 70 años, lo mismo en la pena económica; en relación a la multa obviamente primeramente se estipulo conforme a salario mínimos luego a días multas y ahora también pero conforme a la unidad que se creó para que no estuvieran relacionadas con el salario mínimo. A nivel federal se creó la unidad de medida actualizada UMA. Y a nivel local en la Ciudad de México la unidad de cuenta con sus respectivas leyes y en el tema de nuestra materia son las únicas punibilidades prisión y multa se olvidan los legisladores que hay todo otro catálogo de penas y medidas de seguridad como el trabajo a favor de la comunidad que la utilizan muy poco como sanción más como pena conmutativa.

Igualmente vemos en este capítulo primero, los antecedentes históricos de las leyes en materia de Protección de Datos observamos que es un derecho de este siglo la primera iniciativa para elevarlo a rango constitucional fue en 2002, aunque antes en 2001 una iniciativa de ley de Protección de Datos Personales y no fue sino hasta el año de 2010 que se expidió la 1ª Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, antes en el año 2002 se expidió la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental a nivel federal

para regular el derecho a la información y en unos pocos artículos se referían a los datos personales en esta ley.

Y en el ámbito local observamos que la 1ª ley en todo el país a nivel estatal y federal fue la ley de Protección de Datos del Estado de Colima que data de 2003 y en la Ciudad de México su ley de Protección de Datos personales que se refiere a los datos que están en el Gobierno data de 2008 y después de analizar este marco legislativo pasamos al siguiente capítulo.

En el capítulo segundo que denominamos marco conceptual, se refiere básicamente a darnos una idea de conceptos gramaticales, legales o doctrinales y en su caso jurisprudenciales de temas que debemos de conocer y dominar para saber qué queremos proteger por ello primero hicimos un recorrido histórico de la evolución de los derechos humanos su concepto, su idea, sus principios, posteriormente estudiamos conceptos de Derechos Humanos en distintos instrumentos internacionales empezando por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la Declaración de los Derechos Humanos de la ONU, así varios organismos internacionales hasta llegar a las reformas en nuestra Constitución, el del 10 de junio de 2011 que precisamente se conocen como reformas en materia de Derechos Humanos.

En el mismo capítulo, transitamos a hacer el estudio gramatical, conceptual de datos personales, observamos que principalmente se dio su concepto en el convenio 108 de Europa, señalando que dato personal se refiere a cualquier dato que hace identificable a una persona y de ahí se derivaron muchas otras significaciones analizamos cómo las leyes supra indicadas, crean el concepto de dato personal y además ejemplifican señalando como datos personales generales datos personales sensibles, los primeros se refieren a nombre, domicilio, teléfono dirección, correo electrónico, registro de contribuyentes, CURP, tu fotografía y los datos sensibles se refieren sobre todo a cuestiones de salud, a tu patrimonio tu estado financiero, tus ahorros, a sus preferencias sexuales, a tu preferencias religiosas, y filiaciones políticas, todo esto lo consideran sensible yo digo que la religión no es algo sensible, porque es algo que practicasen cualquier momento y en cualquier lugar

pero cualquier cosa que pueda hacer que se discrimine, inclusive la nacionalidad por eso es que son muy importantes los datos personales también en este rubro platicamos que es la privacidad e intimidad, que es el honor, la intimidad y qué es la dignidad.

Subsiguientemente, consideramos importante conceptualizar los medios, instrumentos y herramientas en los que circulan nuestros datos personales, explicamos qué es la Sociedad de la Información, que son las Tecnologías de la Información que es el Derecho Informático y posteriormente también comentamos cómo funcionan las TIC o tecnologías de la información y de la comunicación, hicimos un recorrido por la evolución de la web desde la web 1.0 y actualmente ya estamos transitando de la web 4.0 a la web 5.0. Asimismo, vimos los recursos de comunicación sincrónicos y asincrónicos y colegimos qué son las redes sociales, cómo funcionan y cuáles son las principales redes sociales que se usan actualmente como son Facebook, Whatsapp, YouTube, Twitter y LinkedIn y para concluir este capítulo se hace el análisis de la seguridad en las redes, seguridad tecnológica, personal y jurídica tipos de niveles de seguridad y lo ilustramos con algunos casos emblemáticos recientes.

Capítulo tercero, denominado marco jurídico-derecho comparado, como su nombre lo dice, hacemos un análisis del derecho Internacional, de cómo está regulada la Protección de Datos en otros países y si está tipificado o no el delito que proponemos; primeramente comentamos las normativas que se han expedido en Organismos Internacionales cómo es la ONU, la OCDE, la Comunidad Económica Europea que es de las más activas en el tema, Consejo de Europa, La OIT así como su regulación en el tratado del libre comercio T-MEC, en la APEC y la Red Iberoamericana de Protección de Datos Personales.

A continuación se llevó a cabo un estudio de algunos países que pertenecen a la comunidad económica europea, primeramente Alemania porque fue el primer país en toda la comunidad que tuvo una ley en materia de Protección de Datos Personales, desde los años setentas del siglo pasado, elegimos Italia que es la cuna del derecho romano germánico y Francia, país que también ha tenido gran influencia

en nuestra legislación; de cada uno de estos países analizamos cómo está regulado en su Constitución, cuáles fueron sus primeras leyes en la materia, cuál es la ley vigente, quién es la autoridad encargada de regular el derecho a los datos personales y cuáles son las sanciones administrativas y en su caso las sanciones penales que existen.

Consecutivamente, se hace el estudio de dos países pertenecientes al Common Law Estados Unidos y Canadá y que además son los dos países con los que se firmó el tratado de libre comercio el T-MEC. Asimismo ejemplificativamente y con la misma estructura se hace el estudio de los delitos y de las leyes en materia de Protección de Datos de tres países latinoamericanos, primeramente, Argentina porque es el primer país de Latinoamérica que expidió antes del año 2000 una ley en materia de Protección de Datos, y constituyó una agencia especializada, posteriormente Brasil porque fue el primer país latinoamericano que en su Constitución estipuló la figura del Habeas Data y Colombia porque actualmente es un país que ha enfatizado mucho sus leyes y tiene tipificado un delito ex profeso para proteger los datos personales en su Código Penal Federal y con esto nos queda un análisis muy claro de cuál es la situación actual podemos decir casi en el mundo de los datos personales.

Y arribamos al capítulo cuarto, denominado marco teórico, del derecho penal, primeramente, hicimos un recorrido por la evolución de la dogmática penal comentando de la teoría causalista, su principal expositor Franz Von Liszt, y su método, objeto y fin, posteriormente de la teoría neoclásica Mezger. Asimismo hicimos el análisis de la teoría finalista su principal expositor Welzel sus elementos positivos y negativos y arribamos a la moderna teoría funcionalista su principal expositor del llamado funcionalismo moderado Claus Roxin y el funcionalismo normativista de Günter Jacobs, ambos alemanes, hacemos el análisis de las tres categorías de la teoría funcionalista, la acción típica, la antijuridicidad y la imputación personal, así como las causas que excluyen estas, haciendo especial énfasis en el tipo objetivo con sus elementos la acción la imputación personal y el resultado una de las características de la teoría funcionalista es precisamente el énfasis en la

imputación objetiva para que haya más justicia, menos impunidad hacemos un análisis de sus principios. Principio de prohibición de regreso, principio de confianza, principio de riesgo, fin de la protección de la norma, el resultado, así como de los elementos objetivos constitutivos, el sujeto activo, el sujeto pasivo, el bien jurídico y el objeto jurídico, así mismo los medios comisivos y las causas de atipicidad antes también analizamos el tipo subjetivo integrado por el dolo y la culpa.

Subsiguientemente pasamos al análisis de la segunda categoría del funcionalismo la antijuridicidad, analizando las clases de antijuridicidad y sobre todo las causas de licitud cómo son la defensa legítima, el estado de necesidad, el consentimiento del titular del bien, el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho.

Y el estudio de la tercera categoría, denominada imputación personal, en la imputación personal observamos y comprendimos qué primero debe de ser imputable una persona y tener la conciencia de la antijuridicidad, pa

ra poder exigirle una conducta que tenga determinado resultado en esta teoría se llama Responsabilidad y las causas que de exclusión de esa responsabilidad, son esencialmente la no exigibilidad de otra conducta, el temor fundado, el miedo grave, el consentimiento o el error disculpante, después de conocer la teoría funcionalista llegamos al análisis de la las formas de participación, autoría, coautor, cómplice encubridor autor detrás del autor así como las llamadas formas imperfectas de ejecución del delito.

Así arribamos al último apartado, hacemos el análisis , el estudio del delito que se propone, se llama, transgresión de datos personales: <el que sin estar autorizado o estándolo realice el tratamiento de datos personales ajenos, contenidos en base de datos o cualquier otro medio electrónico para su usufructo, compartir o vender; se le sancionara con pena de prisión, mínima de tres meses y máxima de 6 meses, con multa, reparación del daño y trabajo a favor de la comunidad. Y si es responsable una persona jurídica, sanción pecuniaria y sobre todo trabajo en beneficio de la comunidad, que proporcione bienes o servicios en relación con la tecnología de la información, en escuelas, fundaciones, u organismos que necesiten estos servicios.

El análisis jurídico que se realiza comprende: El concepto gramatical de la norma penal, la competencia, requisitos de procedibilidad, momentos de consumación, estudio de las categorías desde el funcionalismo moderado; acción típica, antijuridicidad, e imputación personal , así como de sus excluyentes y las consecuencias jurídicas, tanto de las personas físicas , como de las jurídicas ,el concurso de delitos, la prescripción y también comentamos los datos de prueba con los que se podrá acreditar este delito y algunos aspectos procesales, en especial las soluciones alternas.

Todo esto desde la óptica de la teoría funcionalista es decir vinculando la política criminal y la teoría penal, desde la perspectiva de que el derecho penal debe ser un factor integrador social en cuyos efectos también se incluye al autor, que con el castigo se solucione el conflicto social producido a través del hecho, de modo que el autor puede ser integrado socialmente y que la sociedad no se sienta ofendida.

En conclusión, las tecnologías de la información están evolucionando a gran velocidad y con ello la web por lo tanto nuestros datos personales que conlleva privacidad e intimidad están expuestos si nuestro control.

Es necesario tipificar el tratamiento ilícito de nuestros datos personales en un Estado democrático de derecho.

Se comprueba nuestra hipótesis y concluimos que la respuesta a esta problemática es que sí; toda vez que si bien es cierto que en el área administrativa esta reglamentada la Protección de Datos Personales ,entendiéndola como esa función de regular su tratamiento en forma legítima controlada e informada y sólo cuando se lleva a cabo alguna trasgresión indebida de esos datos para usufructuarlos, comercializarlos ilícitamente es que se justifica la intervención del derecho penal, al lesionar o ponerse en peligro los datos personales y por lo tanto la privacidad la intimidad y la autodeterminación informativa de las personas .no como ultima ratio, al mismo tiempo.

Es importante conforme a la política criminal que como estrategia para combatir este nuevo fenómeno delictivo se debe prevenir, proteger el bien jurídico, erradicar la

conducta antisocial reparar el daño y vivir en seguridad en una sociedad de la información.

A grandes rasgos es el contenido del texto que tiene en sus manos, esperando sea de utilidad sembrar una semilla en este gran campo jurídico penal.

Ciudad Universitaria a 10 de noviembre de 2019

CAPÍTULO PRIMERO

EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

I. Normas Constitucionales

Para desarrollar el tema de la evolución legislativa, es importante ubicar este ordenamiento dentro de su contexto, histórico social.

Sabemos que, si bien es cierto que siempre hemos tenido datos personales toda nuestra vida, no se consideraban valiosos y no se protegían expresamente, en ese período eran otras las prioridades de la época, pero precisamente por ello es que hacemos referencia a las normas constitucionales, para confirmar que el bien jurídico que proponemos se tutele, proteger los datos personales en el tema de nuestra tesis es un bien jurídico del siglo XXI.

El Derecho Penal su protección y defensa de los bienes jurídicos de más elevada jerarquía le confieren el rango de hecho y de acontecimiento cultural ¹

De mayor rango son los Códigos Penales Federales, pero la doctrina coincide en que antes de ellos se produjeron a nivel estatal algunos ordenamientos de suyo trascendentes.

Las normas de cultura en cada época y en cada lugar determinado varían, demuestran las formas de ser, de vivir, de amar, de las sociedades, y se van transformando e imprimiendo en las Normas Jurídicas, estudiemos las raíces de nuestro tema.

Recordemos que el Estado en sus leyes, adopta una manera, reconociendo sus normas culturales.

Una idea general en el imaginario colectivo es que los delitos castigan a los criminales identificándolos con crímenes de sangre, homicidio, riñas, lesiones, armas, narcotráfico, secuestro, desapariciones, pero el derecho penal no es solo eso, es el *Ius Puniendi del Estado*, es decir el derecho para castigar y para otros

¹ Carranca y Rivas, Raúl, *El drama penal*, México, Edit. Porrúa, 1998, p. 9.

estudiosos, la obligación del Estado, de castigar al que se desvía del orden social, sancionándolo a través del orden jurídico.

Por ello nos enfocaremos en la Codificación que surge en el Estado Mexicano, como lo conocemos ahora, partiendo del concepto de derecho penal, ya que es parte de nuestro objeto de estudio, la norma jurídica que proteja los datos personales como bien jurídicos, así para algunos autores es: *Conjunto de Normas Jurídicas que vinculan la pena, como consecuencias jurídicas.*²

Para Jiménez de Azua es: *Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado.*³

Y para Pavón Vasconcelos: *Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas de derecho público interno, que definen los delitos y señalan las penas o medidas de seguridad, aplicables para lograr la permanencia en el orden social.*⁴

El concepto de Derecho Penal como tal se empezó a usar más o menos a mediados del Siglo XVIII y se instauró a principios del Siglo XIX. La breve reseña a la evolución legislativa nos dará los puntos de apoyo necesarios para ordenar en el tiempo los acontecimientos y comprender *el bien jurídico a proteger los datos personales, la autodeterminación.*

Después de la guerra de Independencia que como sabemos oficialmente duró de 1810 a 1821, la primera Constitución del México independiente es la de 1824.

Como dice Márquez Piñero: Terminada la lucha por la Independencia, el Estado nacido en el fragor de la batalla, lógicamente se esforzó de primordial manera, por enfocar su actividad legislativa en los aspectos Constitucional y Administrativo, es

² Mezger, Edmundo, *Derecho Penal*, México, Tijuana, Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor, 1985, p. 27.

³ Jiménez de Azua, Luis, *Tratado de derecho penal*, 3ª ed., Buenos Aires Argentina, Edit. Lozada, tomo I, p. 33.

⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, México, Edit. Porrúa, 1974, p. 11.

decir como afirma el maestro Carranca y Trujillo, *en legislar sobre su ser y sus funciones*.⁵

La Nación como concepto nos imprime la unidad de anhelos; las Naciones se convierten en Estados para mantener la paz y la seguridad.

La doctrina mayormente aceptada, nos dice que el Estado es una sociedad humana, establecida en un territorio, estructurada y regida por un orden jurídico, creado y aplicado por un poder Soberano, para el bien común, podemos estar de acuerdo o no con estas definiciones, pero es solo para ubicar el contexto en el que se empiezan a dar las Codificaciones Penales del Estado Mexicano.

Nos dice el maestro Andrade Sánchez en su libro de Teoría del Estado que: *la Nación es además de elementos culturales, raciales, históricos, lingüísticos, es indispensable la presencia de un poder centralizado de carácter Estatal*.⁶

Continúa diciendo este autor que las formas de Estado que siguieron después del absolutismo, caracterizándolo como Estado liberal, burgués y de derecho se le puede llamar Estado Constitucional, que describe los elementos del Estado en cuanto a su organización económica, su orientación ideológica liberal, y su expresión jurídica, ordenando a la sociedad mediante leyes objetivas, racionalmente elaboradas, las cuales obligan también a los gobernantes.⁷

Desde que estudiamos la carrera de derecho en los primeros semestres nos enseñan que los Códigos existen desde el Código de Hammurabi; la ley de las XII de Tablas; los mandamientos de Moisés, después el famoso Código de Justiniano, que hizo la compilación de todas las leyes Imperiales etcétera. Pero la creación de Códigos a través de representantes de la comunidad, que regulen la estructura del Gobierno, fije derechos y obligaciones de gobernantes y gobernados, es algo que se da en el Estado Nación.

⁵ Márquez Piñero, Rafael, *Derecho Penal, parte general*, México, Edit. Trillas, 1994, p. 60.

⁶ Sánchez J, Eduardo, *Teoría General del Estado*, 2ª ed., México, Edit. Oxford, 2007, p. 127.

⁷ Ídem.

1. *CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ* Cuando estaba empezando la guerra de Independencia en nuestro país en Cádiz España se expidió la Constitución Política de la Monarquía Española, de 19 de marzo de 1812, ésta reemplazó la Soberanía del Rey por el de la Nación, confirió el poder real al ejecutivo y le quitó al rey los otros poderes, fue una Constitución de índole liberal, para proteger los derechos individuales, la libre expresión de asuntos políticos y la igualdad jurídica entre criollos y españoles, el virrey Venegas la promulgó en México en 1813, el Virrey Calleja sucesor de Venegas la abolió en 1814.⁸

Por lo que en 1814 el llamado Congreso de Anáhuac sesionó en Chilpancingo en el discurso inaugural emitido por Morelos, conocido como los Sentimientos de la Nación, les declara a los congresistas que: *México es libre e independiente, de España, la única religión es la católica, la soberanía dimana inmediatamente del pueblo, y que las leyes moderen la indulgencia y la opulencia. Y alejen la ignorancia la rapiña y el hurto. Por la situación política, tuvo que ser itinerante este Congreso Constituyente, la llamada Constitución de Apatzingán, jamás estuvo en vigor.*⁹

El 27 de septiembre de 1821 entró a la Ciudad de México, triunfante el ejército Trigarante, con Iturbide al frente se nombró el primer Gobierno Independiente.

Así las cosas, después de casi una década de guerras existe un desplome económico, una desorganización social y un desastre político, por lo que se instaló una junta de Gobierno, el 28 de septiembre de 1821, con 38 aristócratas fijaron las normas de la convocatoria para la elección del Congreso encargado de hacer la Constitución, y decidir los símbolos nacionales.

⁸ González, Luis, *Historia Mínima de México*, México, Edit. Colegió de México, 1974, p. 88.

⁹ Sayeg Helú, Jorge, *Introducción a la historia constitucional de México*, México, Edit. UNAM Acatlán, 1983, p. 204, Cuadro 1

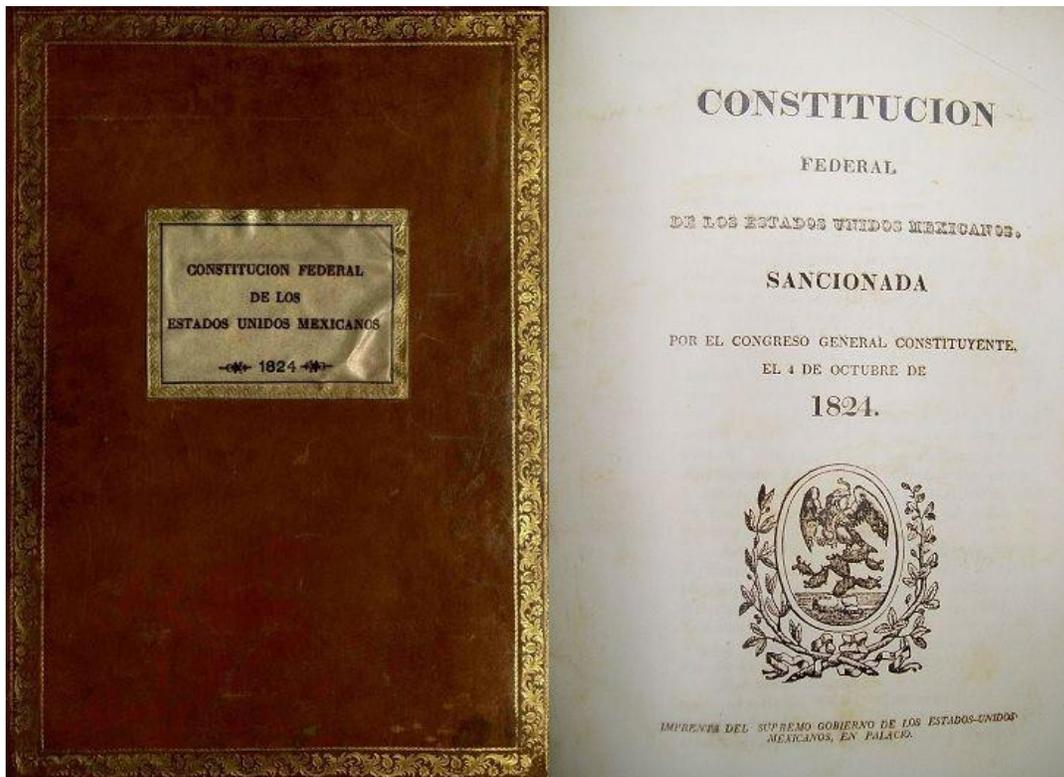


Imagen 1. Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824.

2. *CONSTITUCIÓN DE 1824*. Nos dice el maestro, Luis González. Que la Constitución de 1824 dividió a la República en 19 entidades y 5 territorios; facultó a cada estado para elegir gobernador y asambleas legislativas propias; el Gobierno Federal tendría tres poderes clásicos según Montesquieu, El Ejecutivo con un Presidente, un Vicepresidente y durarían 4 años.

El Legislativo con Diputados y Senadores y el Judicial con una Suprema Corte. En cuanto a principios: la religión católica la única, libertad de imprenta y de expresión, se llevaron a cabo las primeras elecciones para Presidente de la Nación, saliendo electos Guadalupe Victoria y Vicepresidente Nicolás Bravo.¹⁰

En esos momentos a la clase política, sólo le interesaban sus asuntos y en nada los aspectos socioeconómicos o culturales.

Así seguía la lucha por el poder en 1829 es Presidente Vicente Guerrero, en 1930 el General Anastasio Bustamante destituye a Guerrero y asume la Presidencia, cae

¹⁰ Ibidem p. 96.

Bustamante y sube Gómez Pedraza, convoca a elecciones a la *brava*, gana Santa Ana, celebre porque “preside, pero no gobierna” y anda en guerra dirigiendo ejércitos.

3. En 1836 el Congreso cambio la *CONSTITUCIÓN DE 1824 POR LAS SIETE LEYES DE 1836*

Estas Leyes de 1836: Suprimían los estados, creando departamentos, vuelven a una República Centralista, refuerzan el Poder del Presidente se puede reelegir y nombran un Supremo Poder y restan atribuciones a los otros poderes y restringen las libertades ciudadanas.¹¹

En 1837 es elegido Bustamante como titular del Ejecutivo, seguía la lucha por el poder entre centralistas y federalistas, rebeliones indígenas, reclamos extranjeros, en fin, las rupturas internas se vuelven crónicas.

4.1843. Un Ejecutivo Provisional convoca a un nuevo Congreso que emite las llamadas *BASES ORGÁNICAS de 1843* vigentes sólo a 1849.

Nos sigue narrando Luis González: Que entre 1821 y 1850 hubo 50 gobiernos casi todos, obras del cuartelazo, y en 11 estuvo Santa Ana, la vida del país se presidió a merced de logias masónicas, militares deseosos del poder, tropas hechas por levas, abundaban los bandoleros, en medio de la guerra civil, la economía no crecía, y extrema pobreza., después de tres décadas de vida independiente México seguía sin cohesión nacional. ¹²

¹¹ Sayeg Helú, Jorge, *Introducción a la historia constitucional de México*, México, Edit. UNAM Acatlán, 1983, Cuadro 4

¹² González Luis, *Historia Mínima de México*, México, Edit. Colegió de México, 1974, p. 102.

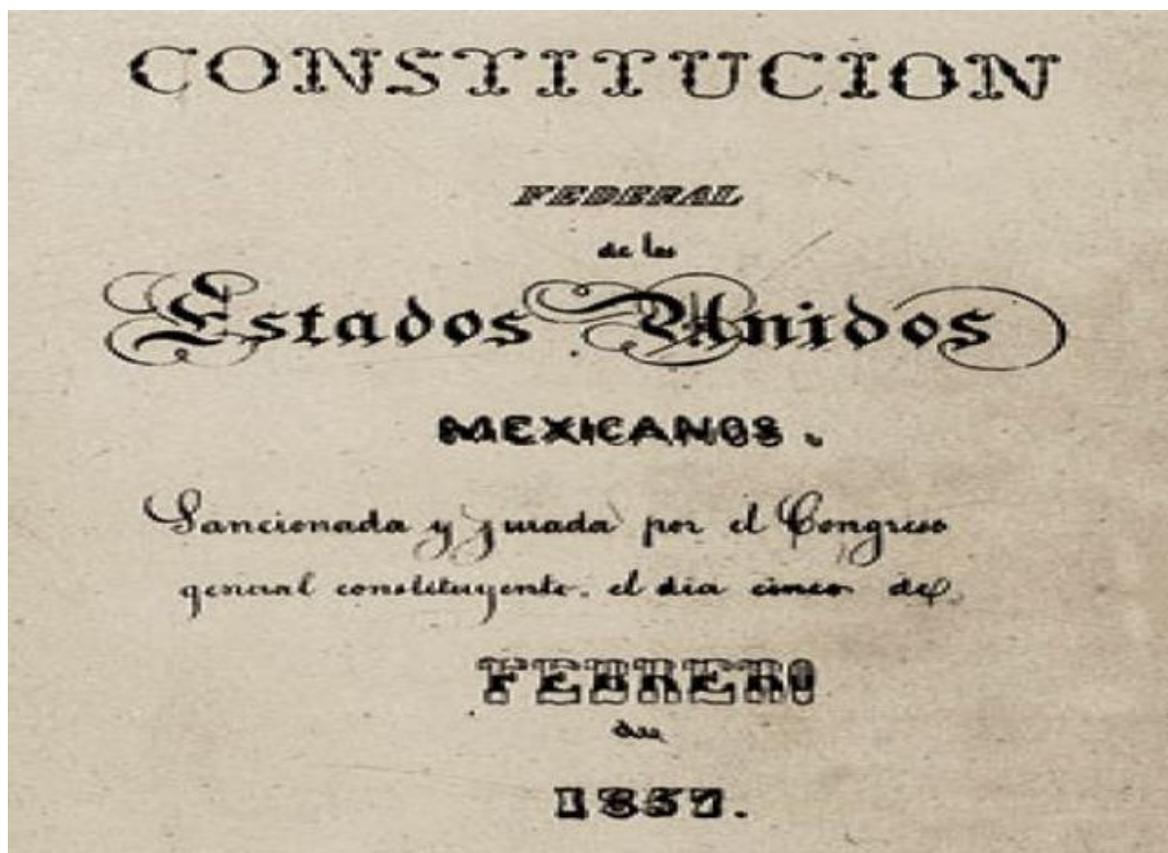


Imagen 2. Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857

Después de esta fecha empieza la lucha por el poder entre liberales y conservadores, en 1856 se convoca a un Congreso Constituyente, que promulga.

5. LA CONSTITUCIÓN DE 1857¹³ de la que podemos destacar:

Forma una República Federal, con estados y territorios, democrática, representativa, El Ejecutivo dura 4 años, suprime al Vicepresidente, el Legislativo lo hace Unicameral; El Judicial con la Suprema Corte de Justicia de la Nación y se estipula el Juicio de Amparo y amplía libertades, como la de educación, el comercio,

¹³ Ver *Las Constituciones de México, Constitución de 1857 con sus reformas y adiciones*, http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1857.pdf. Paoli, Bolio, Francisco José *Constitucionalismo en el Siglo XXI, a cien años de la Constitución de 1917*, Colección, INEHMR, IIIJ, Senado de la República, México 2016, *Derecho Constitucional*, t. II. p 129 y ss. pp. 208. Cosío Villegas, Daniel pp. 95 *Constitución de 1857 y sus críticos*, México 2014

asociación económicas, la de espíritu; en esta época era Presidente Comonfort, pero seguían las disputas internas, los golpes de Estado, y al quedar acéfala la Presidencia la misma Constitución señalaba que asumiría el cargo el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación quien en ese momento era Benito Juárez García y así ejerce la Presidencia de la República, continúa la guerra entre liberales y conservadores y seguían las deudas con el extranjero.¹⁴

Por lo que hace a nuestra disciplina nos dice el maestro Márquez Piñero que hasta ese 1857, no había bases sobre las cuales construir el derecho penal mexicano.¹⁵

En 1864 los conservadores logran traer al archiduque de Austria Maximiliano,¹⁶ a gobernar el Imperio de México, pero sin un ejército, así no logra resistir al ejército liberal liderado por Mariano Escobedo, Ramón Corona y Porfirio Díaz. Por lo que sin las formalidades esenciales del procedimiento Maximiliano fue fusilado en Querétaro junto con Miramón y Mejía terminando así el Imperio y empieza la época de la República *Restaurada*.

Este momento histórico de la República dura de 1867 a 1876, para después empezar la etapa denominada el Porfiriato¹⁷ que se explica por sí mismo, que comprende de 1877 a 1911.

Así es como a grandes rasgos hemos tratado de hacer una síntesis somera de la evolución histórica política de nuestro país para entender el contexto en el que se expiden los Códigos de nuestra materia.

Ya estamos arribando a los Códigos Penales Federales, así en la época de Porfirio Díaz, para nuestro estudio, sólo cabe resaltar que lo que quería la población era

¹⁴ Sayeg Helú, Jorge, *Introducción a la Historia Constitucional de México*, México, Edit. UNAM Acatlán, 1983. Cuadro 6. Ver Enríquez, A., Enrique y Galeana, Patricia Temas Constitucionales e Históricos; , 2ª edición, presentación. Ciudad de México: Secretaría de Cultura, INEHRM2017, p 148

¹⁵ Márquez. *Ibidem.*, p. 61.

¹⁶ Ver Fernando del Paso, *Noticias del Imperio*, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 709.

¹⁷ Ver Martín Moreno, Francisco, *Arrebatos Carnales*, México, Editorial Planeta, 2013.

orden y progreso, y Díaz supo capitalizar esto, además de que su lema era *Poca política y mucha administración*, impulso la economía nacional con los ferrocarriles, las comunicaciones, el teléfono, creó bancos para dar crédito a la agricultura, al comercio, pero se hizo más acentuada la brecha entre ricos y pobres lo que trajo como consecuencia la revolución armada de 1910, derrotando a un régimen que había durado 34 años en el poder.

1911. Llega a la Presidencia Francisco I Madero, quien tenía sus propias convicciones sobre el sentido de la Revolución, para este nuevo Presidente de México, sólo por el camino de la aplicación de la ley, se encontraría la solución a los grandes problemas nacionales; e impulsaba la democracia, lo que no gustó a los ricos nacionales ni a los inversionistas extranjeros y los beneficiados por el Porfiriato se unieron y asesinaron a Madero, en 1913, subiendo al poder Victoriano Huerta, quien abandona el cargo en 1914.

1915. Los revolucionarios se unen en torno de Venustiano Carranza, quien empezó a mejorar las relaciones internacionales y a resolver los problemas sociales, y propuso adecuar la Constitución de 1857, a las nuevas circunstancias del país.

El Congreso Constituyente encargado de elaborar una nueva Constitución hubo de surgir, de tal suerte como resultado de la ingente labor de legislación social elaborada por el constitucionalismo, como síntesis misma de los anhelos revolucionarios, y ante la consideración de que la Constitución de 1857, resultaba ya obsoleta frente a los imperativos revolucionarios.¹⁸

6. *CONSTITUCIÓN DE 1917*. Es de sobra conocido que los Constituyentes de Querétaro, supieron enaltecer a México interna y externamente al ser el primer Estado que Constitucionalizo los Derechos Sociales., de la revisión de la anterior Carta Magna, realmente surge una nueva Constitución con aspectos económicos, agrarios, laborales, educativos y religiosos, agregando el municipio libre, la función social de la sociedad y para los abogados es de suma importancia el control de la legalidad a través del Amparo.

¹⁸ Sayeg. *op. cit.*, p. 143.

Dice el maestro Burgoa: *En síntesis, mientras que la Constitución de 1857, reputa a los derechos del hombre como elementos supraestatales, la Constitución vigente los considera como fruto de una concesión por parte del orden jurídico del Estado. La de 1857 adopta principios liberales, la vigente diversas tendencias político-jurídicas y sociales La de 57 es muy sucinta por lo que se refiere a la formación del juicio de amparo, la vigente en su artículo 107 es mucho más explícita.*¹⁹

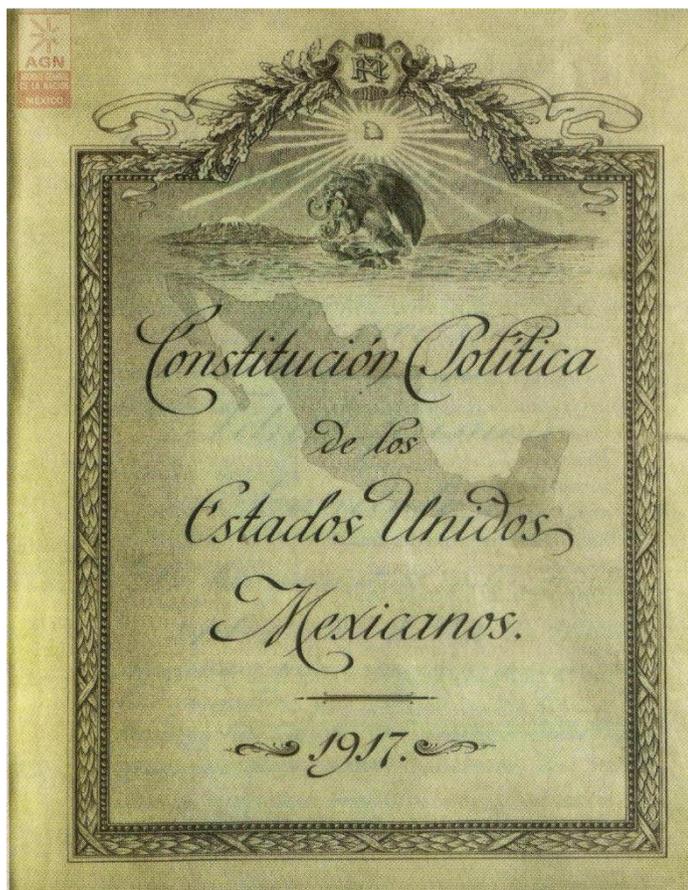


Imagen 3. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917

¹⁹ Burgoa, Ignacio. *El Juicio de Amparo Edit.* Porrúa, 38 ed., México, 2001, p. 128. Ver Marván Laborde, Ignacio Marván Laborde, Ignacio, *Cómo hicieron la Constitución de 1917*, 2ª ed., México, FCE, SC, 2017, p. 324. De la Madrid Hurtado, Miguel, *La Constitución de 1917, en economía y Constitución, memorias del IV de derecho Constitucional*, Valadez Diego, et al., coords. UNAM, México 2001, pp. 249.

El contenido de la Constitución vigente aparece bajo la dualidad socio liberal, que la lleva a establecer los derechos públicos individuales, de la misma manera que protege a los grupos más débiles, estableciendo los derechos sociales, a nivel Constitucional.

Nació así el Estado Social de Derecho, junto con la primera Constitución de su tipo en el mundo.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la del 5 de febrero de 1857, como se denomina oficialmente,²⁰ se promulgó el 5 de febrero, se publicó el mismo día, y con una fe de erratas el 6 de febrero, y entró en vigor el primero de mayo de 1917.

Consta desde su versión original con 136 artículos divididos en nueve títulos y diecinueve artículos transitorios ²¹

Consolidada la Revolución y ya bajo el manto de la Constitución de 1917, que como ya referimos estipulo garantías socialistas, pero contiene varios preceptos que se relaciona con nuestra materia penal entre los que destacan los siguientes artículos:

10.- Portación de armas de fuego y posesión.

11.- Libertad de tránsito

13.- El fuero militar

14.- Principio de legalidad en materia penal

15.- Extradición

²⁰ Cabe subrayar que la Constitución vigente no data de 1917, si no que en esa fecha se reformo la Constitución de 1857 y no se abrogo, como se aprecia de la lectura de la publicación en el D.O.F, esto lo aprendí hasta que curso los estudios de doctorado en la división de estudios de posgrado de la UNAM, sin embargo, no sé qué resolviera la SCJN si presentó un Juicio de Amparo, violatorio de Derechos humanos estipulados en la Constitución de 1857.

²¹ *Antecedentes históricos y Constituciones Políticas de los Estados Unidos mexicanos*, Dirección General de Compilación Consulta de Orden Jurídico Nacional, SEGOB, México D.F., 2008, pp. 577-578.

16.- Seguridad Jurídica

17.-Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil

18.- Sistema penitenciario

19.- Detención de 72 horas auto de formal prisión.

20.- Columna vertebral del proceso penal garantías del acusado en juicio del orden criminal

21.- El monopolio del ejercicio de la acción penal.

22.- Prohibida la tortura y se permitía la pena de muerte en algunos casos como al traidor a la patria, al incendiario, al parricida etc.

23.- Ningún juicio criminal puede tener más de tres instancias.

Reiteramos así estaban estos mandatos en 1917, en capítulos posteriores analizaremos las reformas recientes y que impactan en nuestro tema.

Y estando en el marco de la norma Constitucional, que como sabemos su proceso reformativo lo estipula el artículo 135 C, damos un salto cuántico en lo histórico y comentamos las reformas del siglo XXI para darle rango de derecho fundamental a la protección de datos personales.

2007. *Reforma al artículo 6* Constitucional, publicado en el D.O.F el viernes 20 de julio se adiciono un segundo párrafo con siete fracciones, en materia de transparencia y acceso a la información y paralelamente los datos personales con la fracción II es la que nos interesa y dice:

La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.

Es decir que, la regla general prevista en la fracción I del artículo señalado sería el acceso a la información, mientras que la vida privada y los datos personales serían límites o excepciones a esa regla, de acuerdo con lo que señale la ley.

2009. Reformas al artículo 16 Constitucional el 1 de junio se recorre y adicionan un segundo párrafo para elevar a rango de derecho fundamental la protección de datos personales y los derechos arco.

Artículo 16. ...

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 pública o para proteger los derechos de terceros.

Art. 73 de la Carta Magna. La tercera referencia constitucional relevante para nuestro tema se encuentra en el artículo 73, fracción XXIX inciso O, de acuerdo con la cual se faculta al Congreso de la Unión para legislar en materia de protección de datos.

Finalmente, el artículo 73, al reservar la competencia para legislar en materia de protección de datos personales en posesión de particulares a favor del Congreso de la Unión, lo que hace es dividir en dos la temática que nos ocupa: por un lado estaría lo que se refiere a la protección de datos personales en manos de los órganos, organismos, autoridades o dependencias públicas, cuya regulación compete tanto al Congreso de la Unión (cuando se trate de autoridades federales como lo pueden ser el Instituto Mexicano del Seguro Social o la Procuraduría General de la República, por citar dos ejemplos), como a las entidades federativas cuando se trate de datos personales en posesión de autoridades locales. Por otra parte, la regulación de todos los datos personales que se encuentren en manos de particulares debe realizarse, de forma exclusiva, por el Congreso de la Unión. La separación de los dos ámbitos (datos personales en posesión de autoridades y en posesión de particulares) tiene ventajas y desventajas, las cuales no pueden ser

examinadas con detalle en este momento. Lo que sí es importante es tener presente esa distinción competencial que ordena la Constitución.²²

Ya anotamos el marco constitucional del tema, ahora analizaremos los Códigos Penales.

II. Códigos Penales

Una vez comentadas las bases Constitucionales analizaremos los Códigos, nos dice el maestro López Betancourt que Código se deriva del latín Códices, a su vez de Codex/icis. la necesidad de hacer códigos nació desde la época antigua (como lo hemos comentado), se hizo indispensable sistematizar a través de recopilación determinados ordenamientos. El Código como producto del proceso de la codificación del derecho se desarrolló en Europa Continental, a partir del siglo XVII, se distingue de lo anterior porque no pretendió consignar todo el derecho ya existente. Y citando a Cabanellas indica que puede definirse el *Código como la ley única que, con plan, sistema y método, regula alguna rama del derecho positivo.*

Sigue diciendo: *se señala que el Siglo XIX es por antonomasia el siglo de la codificación* en gran parte de Europa aún en Latinoamérica. La expresión Codex se utilizó para referirse al sistema de recoger normas jurídicas en folios unidos a modo de libro, a diferencia del sistema anterior de rollo, para localizar más cómodamente y con mayor rapidez cualquier disposición.²³

Antes del Siglo XVIII no existía la idea de código como único cuerpo sistemático, ordenado y articulador, de normas de una sola materia jurídica.

Bajo el amparo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1824 que como ya dijimos estableció un Federalismo, se expidieron a nivel de entidades federativas los siguientes Códigos Penales, antecesores de Código Penal Federal.

²² Carbonell, Miguel, *El régimen constitucional de la transparencia*, México, IJ-UNAM, 2008, p 99.

²³ Acosta Romero, Miguel, López Betancourt, Eduardo, *Delitos Especiales*, México, Edit. Porrúa, 1989, pp. 3-4.

1.1831.- Celestino Porte Petit, citado por García Ramírez nos dice que el primer proyecto penal de la etapa soberana fue el Bosquejo General de Código Penal para el Estado de México, de 1831, constando de un título preliminar, que recogía la porción general y dos partes especiales, la primera sobre delitos contra la Sociedad y segunda acerca de delitos contra los particulares.²⁴

También en ese año el 6 de abril en el Estado de Jalisco, el presbítero Francisco Delgadillo presentaba un proyecto de Código Criminal, constaba de 63 artículos.

2.1835.- El 28 de abril se expidió el Código Penal de Veracruz, este código se destaca porque iniciaba con el catálogo de penas, contemplando la pena de muerte, el trabajo forzado, destierro y presenciar la ejecución de sentencias de reos del mismo delito.²⁵

Como hemos visto con antelación la evolución histórica llegamos a la época que rige la Constitución de 1857, también con un régimen Federalista, son los Constituyentes de 57 con los Legisladores del 1860-64 los que sientan las bases del derecho penal mexicano al señalar la necesidad inaplazable de un Código Penal Federal.

En esta época de la historia de México, ya referimos que seguía las guerras internas entre liberales y conservadores, estando vigente la Constitución de 57, y al subir al poder como Presidente Benito Juárez, que debe tener un gobierno itinerante, los conservadores logran imponer a Maximiliano de Habsburgo, bajo el Imperio de este se encargó a Teodosio Lares la redacción de un Código Penal, y mientras otros querían imponer los Códigos franceses de Instrucción Criminal, pero ninguno de los dos procedieron, fue muy corto el reinado de Maximiliano.

Sabemos que después del fusilamiento de Maximiliano en 1867, regresa Juárez de Presidente a Gobernar; así entonces se siguen impulsando las legislaciones locales.

²⁴ García Ramírez, Sergio, *Panorama del derecho mexicano, Derecho Penal*, México, Edit. Mac Graw Hill, 1998, p. 3.

²⁵ *Ibidem* p. 21.

3.1868.- En Veracruz al presidente de Tribunal de Justicia del Estado de nombre Fernando Corona se le pidió que redactara los Códigos Penales y de Procedimientos Penales del estado, mismos que se publicaron en diciembre de 1868, *El Código Penal del Estado de Veracruz*, contenía tres libros el primero se dedicaba a los delitos y a las penas en general, el segundo a los delitos contra la sociedad, y el tercero a los delitos contra los particulares y las propiedades, no incluía la pena de muerte ²⁶

Juárez encargo a la Secretaría de Instrucción Pública, a su titular el Licenciado Antonio Martínez de Castro, ²⁷ quien organizó la comisión redactora del primer Código Penal Federal

A- Código Penal Federal de 1871

El primer Código Penal Federal, identificado con el nombre de *Código de Martínez de Castro*; y su denominación oficial, fue. “EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES EN MATERIA DE FUERO COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL”, fue promulgado el 7 de diciembre de 1871 y entro en vigor en diciembre 1872, tomó como modelo próximo el Código Español de 1870, contiene una excelente redacción y los tipos delictivos con llevan en ocasiones una irreprochable justeza, su posible defecto es la excesiva extensión de 1151 artículos y uno transitorio. Dice nuestro Maestro Raúl Carranca que el mencionado código corresponde plenamente a su época, clasicismo penal.²⁸

Postula la responsabilidad penal basada en la moral y en el libre arbitrio.

Cabe destacar de este ordenamiento que en el artículo 8 preveía el principio de inocencia al estipular que *“todo acusado será tenido como inocente hasta que se le pruebe que cometió el delito que se le imputa.”*

²⁶ Ídem.

²⁷ Así se llama la calle donde está el Reclusorio Sur Martínez de Castro sin número.

²⁸ Márquez Piñero, Rafael, *Derecho Penal, parte general*, México, Edit. Trillas, 1994, p. 62.

Por lo que se refiere a la clasificación de los delitos, establece que hay delitos intencionales y de culpa.

Para cada delito establece pena fija, señalando un catálogo de atenuantes y agravantes.

Las penas como lo acepta la escuela clásica tienen un carácter aflictivo y retributivo.

Respecto a los delitos intencionales, establece 4 grados, a) conato b) delito intentado, c) delito consumado, d) delito frustrado.

También aparece como novedad la libertad preparatoria.

Se establece la pena de muerte, pero no se puede aplicar ni a mujeres ni a varones mayores de 70 años. La pena de prisión es la que debe servir de base a un buen sistema penal y esta va de 1 a 20 años.

Los menores entre 9 y 18 años que delincan se les darán educación física y moral.

Estos son algunos de los lineamientos de este código penal, pero la verdad es que distaba mucho de la realidad.²⁹

En síntesis, este Código tuvo una espléndida exposición de motivos expuestos por Martínez de Castro, estaba organizado en 4 libros, el primero se refiere a delitos, faltas, delincuentes y penas en general; el segundo responsabilidad civil en materia criminal, que abarcaba restitución, reparación del daño, indemnización y pago de gastos judiciales. El tercero a los delitos en particular y el cuarto a las faltas.

En el libro tercero de delitos: podemos destacar:

Delitos contra las personas, Cometidos por particulares, Contra la reputación, Falsedad, Revelación de Secretos, Atentados contra las Garantías

²⁹ Franco Guzmán, Ricardo, *75 años de derecho penal en México*, en LXXV años de evolución jurídica en el mundo, Derecho Penal, México, edit. Imprenta Universitaria, 1976, vol. I, pp. 139-166.

Constitucionales, Cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, Delitos de abogados y síndicos y Contra el derecho de gentes³⁰

En 1912 se creó una comisión revisora de este Código para proponer reformas, pero, la Revolución trunco estos propósitos y requirió del pueblo mexicano su dedicación a resolver otros problemas económicos y sociales.

B. Código Penal Federal de 1929

Consolidada la Revolución ya estaba el clima propicio para revisar las legislaciones secundarias, así en 1925 se crea una comisión presidida por José Almaraz, por eso el Código que se promulgo en 30 de septiembre de 1929 se publicó en el DOF el 5 de octubre y entro en vigor el 15 de diciembre del mismo año siendo Presidente Provisional de los Estados Unidos mexicanos, Emilio Portes Gil y al ordenamiento se denominó Código Penal para el Distrito y Territorios Federales³¹ se le conoce como *Código de Almaraz*. El 13 de octubre de 1929 en el DOF se publicó una fe de erratas con aproximadamente 150 errores³²

Entre los aciertos de este Código está el énfasis en la personalidad del delincuente, reparación del daño, concepto de multa, condena condicional, establecimiento de un organismo rector de la ejecución penal, y *la abolición de la pena de muerte*.

Constaba de tres libros Principios generales; reglas sobre responsabilidad; y sanciones, reparación del daño y tipos legales de los delitos, la responsabilidad penal no pasa de las personas, *salvo las de personas jurídicas*³³

³⁰ García Óp. cit. p. 6.

³¹ D.O.F. p. 5. 5 octubre de 1929,

http://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=186990&pagina=4&seccion=3 (Actualmente ya no hay ni territorios ni Distrito federal).

³² DOF viernes 13 de octubre de 1929, tomo LVII No 35, p.

1.http://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=187498&pagina=1&seccion=2

³³ Ibídem.

Cabe destacar de esta codificación en cuanto a los delitos se dividían en intencionales e imprudenciales, distinguía entre delito consumado y tentativa; ya previo el concurso de delitos y el delito continuo.

Atribuyo responsabilidad penal a los autores, cómplices y encubridores y mencionaba atenuantes y agravantes del delito y considera las circunstancias atenuantes y agravantes y que determinan la temibilidad del delincuente y por lo tanto la graduación de las sanciones. Estipulaba la reparación del daño, y sanciones a personas jurídicas., así como sanción para menores delincuentes.

Pero esto es una de sus críticas: era tan abrumador que limitaba el arbitrio judicial entregado de lleno al casuismo en varias figuras delictivas, dibujando un mar de hipótesis en su afán de abarcar todas las posibilidades delictuosas.³⁴

El libro tercero establecía los tipos penales, los primeros tres títulos abordaban delitos contra la seguridad nacional exterior, interior y el derecho internacional; en el título séptimo ya se tipificaban algunos delitos contra la salud, cabe resaltar que la sanción era para toxicómanos era el manicomio, título once, delitos contra la seguridad sexual; y el título 17, delitos contra la vida.

Contaba con 1233 artículos de los cuales cinco transitorios. Era un Código de corte positivista, muy deficiente técnicamente, de difícil aplicabilidad. Para el maestro Carrancá, el mérito principal del Código de 29 es el haber facilitado el advenimiento del Código de 1931, con ello la derogación del de Martínez de Castro y la apertura de las modernas corrientes del derecho penal en la República.³⁵

Toda la doctrina actual y seguramente en esa época coincidió en que tan casuístico era inviable y poco práctico aplicarlo, por lo que el Presidente Portes Gil, el mismo que lo promulgo, integró una nueva Comisión redactora, presidida por Alfonso Teja Zabre, sin embargo, este Código que es el vigente, no se le identifica con el nombre de sus creadores, como los anteriores.

³⁴ Franco Guzmán, *ibidem.*, p. 161.

³⁵ Márquez Piñero, Rafael, *Derecho Penal, parte general*, México, Edit. Trillas, 1994, p. 63.

El Código de 1931, no tuvo exposición de motivos, previa o simultánea a su exposición, solo las explicaciones que dio Teja Zabre entre mayo y septiembre de 31. Se dijo que ninguna escuela o doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal. Solo es posible seguir una tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica o realizable.

Se puntualiza ampliación del arbitrio judicial, disminución del casuismo, individualización de las sanciones, efectividad de la reparación del daño. Como fuentes de orientación se aluden a los Códigos de 1871 y 1929, a la doctrina a Luis Jiménez de Azua y Eugenio Cuello Calón.³⁶

C. Código Penal Federal de 1931

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES, EN MATERIA DEL FUERO COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL, siendo Presidente de la Republica el Ingeniero Pascual Ortiz Rubio, lo promulgo el 13 de agosto y se publicó en el D.O.F. el viernes 14 de agosto de 1931, tomo LXVII, número 39 del año 1931³⁷

Están divididos los 2 libros, el primero de la parte general y el segundo de los delitos en particular, con 400 artículos y 3 transitorios. En el primero estableció que el Código empezaría a regir a partir del 17 de septiembre de 1931

La doctrina penal de esa época y lustros después coincidían en que este Código se alejó del casuismo, tuvo una mejor redacción, formulas amplias en beneficio del arbitrio judicial, facilitando la tarea de interpretación para desentrañar la voluntad de la ley.

Mejoro el arbitrio judicial al señalar mínimos y máximos en todas las sanciones, también mejoraron las instituciones de la tentativa, el concurso de personas, encubrimiento, suspensión condicionada, algunas excluyentes de responsabilidad,

³⁶García Ramírez, *ibidem.*, p. 9.

³⁷ DOF SEGOB, pg. 1, tercera sección,

http://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4531091&fecha=14/08/1931&cod_diario=193275 y en esa época costaba 1 peso el DOF.

y proclamo el carácter de pena pública a la sanción pecuniaria de multa y reparación del daño. Cabe resaltar que la prisión máxima era de 30 años.

*Entre las críticas encontramos: Incluir una definición del delito totalmente innecesaria; clasificar a los delitos en orden al elemento subjetivo, con evidente impropiedad puesto que los distingue en intencionales y no intencionales o de imprudencia; regular indebidamente las denominadas excluyentes de responsabilidad penal; y en algunos casos recalificar el delito con el medio empleado para su calificación.*³⁸

Paralelamente a este Código de 1931 que regía para el Distrito Federal en materia del fuero común; todas las demás entidades emitieron sus códigos penales locales, alrededor de las mismas fechas, basándose en gran parte en este ordenamiento.

Para no perdernos en el tema objeto de esta investigación solamente enunciamos algunas de las muchas reformas que ha tenido este ordenamiento, ha habido proyectos de Nuevos Códigos Penales Federales, en 1949, 1958, 1963, 1970, 1976, en fin, en fin, cada sexenio un sin número de iniciativas con proyectos de códigos penales únicos se han presentado.

1983.- reformas importantes a partir de que termine la licenciatura, cabe subrayar, las modificaciones al artículo 9 que decía que *“la intención delictuosa se presume salvo prueba en contrario”*, recuerdo de gran trascendencia y también se impuso el requisito de querrela a lesiones entre familiares.

En lo que hace a delitos en el que se amplía el catálogo de delitos cometidos por servidores públicos, también con relación a los delitos en materia de narcotráfico, principalmente, pero todavía nada con relación a nuestro tema.

1988 reformas publicada en el D.O.F el 30 de diciembre de 1988 y entro en vigor el 3 de enero de 1989, de esta reforma cabe subrayar que para estas fechas la pena de prisión para algunos delitos como homicidio por secuestro, violación o robo entre otros se estipula ya hasta cincuenta años.

³⁸ Franco Guzmán, *ibidem.*, p. 162.

1990 reformas publicadas en el D.O.F el 15 de agosto de 1990, en relación con la adición de delitos en materia electoral, pasaron de estar en el COFIPE al Código penal. Sobre la misma materia hubo reformas el 25 de mayo de 1994, y el 22 de noviembre de 1996.

1991 reformas publicadas en el D.O.F, el 30 de diciembre de 1991, de estas sobresalen que se derogaron algunos delitos como vagancia y mal vivencia, ataque peligroso y el disparo de arma de fuego en materia de sanciones se aumentó alternativas entre prisión y días multa, y otra figura nueva es el perdón judicial en casos de senilidad y precario estado de salud.

1994 reformas publicadas en el D.O.F el 10 de enero de 1994 ³⁹ que impulso en gran medida el INACIPE y varios maestros de la UNAM, que estaban de funcionarios públicos en la PGR impulsaron estas reformas, muy amplias entre lo que resalta y recuerdo, son: El concepto de comisión por omisión, dolo y culpa, causas de exclusión del delito, exceso en estas causas, se enfatiza el trabajo en favor de la comunidad y la multa como sanción penal, reparación del daño y sustitutivos penales.

Paralelamente se reformo el Código Federal de Procedimientos Penales en aspectos tan importantes como la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad para ejercitar acción penal, y para el auto de formal prisión, nada más como acotación porque es tema para otra tesis.

En esta evolución en relación a los delitos sobresale además de aumentar sanciones algunos como la de evasión de presos, o asociación delictuosa, se tipifica el uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, interceptación de comunicaciones, se adicionan delitos contra la salud en materia de narcotráfico, y uno nuevo es el delito de insolvencia dolosa para eludir obligaciones alimentarias,, insolvencia dolosa en perjuicio de acreedores, y como dije con antelación en delitos electorales.

³⁹ Fecha en que yo fungía como Coordinadora de asesores del Subprocurador Jurídico Lic. García Torres, siendo Procurador el maestro Jorge Carpizo McGregor.

Siguiendo a García Ramírez, “ha habido otras modificaciones en el Código Penal en diversos ordenamientos de contenido penal o relacionados con este, cuya relación y descripción extenderían demasiado esta reseña. Baste decir en síntesis que entre 1981 y el 19 de mayo de 1997, fueron expedidos veintisiete decretos de reformas al Código Penal Federal”.⁴⁰

Y así en esta somera panorámica de la evolución legislativa llegamos al Siglo XXI en el aspecto político- económico significativo porque por primera vez asume el poder un candidato de oposición al PRI, partido que había detentado el poder desde 1929 con su antecesor PNR⁴¹, hasta el 2000, sin embargo a esta fecha también se ha reforzado con atribuciones, el poder legislativo siendo pluripartidista la Cámara de Senadores y Diputados y donde siendo mayoría el PRI, ahora le toca ser oposición del partido del Ejecutivo, por eso muchas iniciativas presentadas por el Presidente Fox, no pasaron en las Cámaras, y no se llegaba a concertaciones.⁴² Los historiadores como Enrique Krauze a los años de 1988 a 2008 le denominan la “Transición a la Democracia”

1999 reformas, vinculadas con nuestro tema. a) Los delitos informáticos: 1. El 17 de mayo de 1999, se publicó en el Diario Oficial de la Federación los nuevos delitos que protegen la información contenida en los sistemas y equipos de cómputo. Así, se modificó el Título Noveno con el nombre de Revelación de secretos y acceso

⁴⁰ García Ramírez, Sergio, *ibidem.*, p. 13.

⁴¹La creación del Partido Revolucionario Institucional; allá por los años de 1928 y a principio de 1929, cuando nuestro país encausaba las facciones revolucionarias, entre las que se encontraban: los Carrancistas, Villistas, Obregonistas, Zapatistas y otras más y entraban a la etapa de las instituciones políticas, surgió el primero de marzo de 1929 gracias a la visión estadista, del general Plutarco Elías Calles, el Partido Nacional Revolucionario (el P.N.R.), que supo amalgamar en su seno a las distintas corrientes de pensamiento, fogueadas al calor de la revolución de 1910. A este partido (P.N.R.) pertenecieron: civiles y militares que habían luchado, en la primera revolución social, del siglo XX, a favor de los principios: “no reelección”, “que la tierra fuese de quien la trabaja”, “de la democracia y la justicia social”; su nacimiento fue la solución de múltiples problemas existentes, entre las facciones revolucionarias de aquella época. <http://www.pri.org.mx/>.

⁴² De 2000 a 2006 la LVIII legislatura de la Cámara de Senadores, donde fungí como Asesora del Senador por el Estado de Michoacán del PRI, Lic. Antonio García Torres. y asesora en el Comité de Transparencia de la Cámara.

ilícito a sistemas y equipos de informática. En el Capítulo II con el nombre de *Acceso ilícito a sistemas y equipos de informática* se crearon siete “delitos informáticos”, los previstos en los artículos 211-bis 1 al 211-bis 7.⁴³

2000 reformas publicadas en el D.O.F el 12 de junio de 2000. El en materia del delito de Secuestro. Fines del sexenio de Zedillo.

Durante el sexenio de Vicente Fox, primer Presidente de oposición al Partido que detento el poder por casi siete décadas, se publicaron en materia penal las siguientes reformas:

2001 reformas publicadas el 1 de junio de 2001 en el DOF, en materia de desaparición forzada de personas.

2002 reformas publicadas en el D.O.F el 6 de febrero de 2002, de la que destaca la reforma al artículo 60 que estipula las sanciones por delitos culposos *numerus clausus*. Y adiciona los artículos 414 a 423 en materia de Gestión Ambiental y delitos Contra el Ambiente.

2004 reformas publicadas en el D.O.F el miércoles 26 de mayo de ese año aumentando la pena de prisión y se regula *la prisión domiciliaria* para mayores de 70 años.

Artículo 25. La prisión consiste en la privación de la libertad corporal. Su duración será de tres días a sesenta años, Artículo 55. Cuando la orden de aprehensión se dicte en contra de una persona mayor de 70 años de edad, el juez podrá ordenar que la prisión preventiva se lleve a cabo en el domicilio del indiciado bajo las medidas de seguridad que procedan de acuerdo con la representación social.

⁴³ González-Salas Campos, Raúl, “El comercio electrónico y su vinculación con el derecho penal. Los nuevos delitos informáticos previstos en el Código Penal”, *Revista El Foro, Colegio de Abogados, A.C.*, México, t. XIII, núm. 1, primer semestre de 2000, p. 159.

2005 reformas publicadas en el D.O.F el jueves 16 de junio de 2005 tipificando el secuestro exprés.

D.O.F, martes 23 de agosto de 2005 reformas en materia de multas.

Artículo 29.- La multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al Estado, que se fijará por días multa, los cuales no podrán exceder de mil, salvo los casos que la propia ley señale. El día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumir el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos.

No vamos a comentar todas, las reformas no porque no sean importantes en este sexenio fueron 14 decretos en materia penal. Si no para no desviarnos tantos del tema, por ejemplo, en materia de indígenas, de personas con retraso cultural, algunas adiciones a delitos graves, solo ejemplificativas.

De 2006 a 2012 siendo Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, Presidente de los Estados Unidos Mexicanos también del PAN, se llevaron a cabo y se publicaron 22 decretos reformatorios, que son trascendentes para nuestra investigación o relevantes las siguientes,

2007 reformas publicadas el 27 de marzo en el D.O.F., relacionadas con delitos de explotación sexual infantil, como pornografía, turismo sexual, trata de personas.

2007 reformas del 13 de abril publicado en el D.O.F, se despenalizan los *delitos de difamación, y calumnia* previstos en los artículos 350 a 363 y pasan al Código Civil Federal artículos 1916 y 1916 bis como ilícitos civiles la difamación, falsedad, calumnia y deshonor al honor, vida privada, honor o imagen de una persona, debiendo hacerse la reparación del daño moral, esta reforma, fue en el marco de los medios de comunicación.

Posteriormente hubo reformas en materia de lavado de dinero, operaciones con recursos de procedencia ilícita, y en materia de delincuencia organizada.

2009 reformas al Código Federal de Procedimientos Penales publicadas en el DOF el viernes 23 de enero de 2009, y en relación con nuestro tema resalta que:

CAPÍTULO VIII BIS Comunicaciones Privadas entre Particulares
Artículo 278 Bis. – Donde se prevé que Las comunicaciones entre particulares se podían aportar voluntariamente a la averiguación previa o al proceso penal, cuando hayan sido obtenidas directamente por alguno de los participantes en la misma...

En ese caso se aceptarán como pruebas, también las comunicaciones que se obtengan con apoyo de la autoridad siempre y cuando no se viole la confidencialidad.

Las empresas concesionarias y permisionarias del servicio de telecomunicaciones o de internet, estarán obligadas a colaborar con las autoridades para la obtención de dichas pruebas cuando así lo soliciten. Y se tipifico en el artículo 178 del CPF el desacato a la geolocalización.

Para intervenir comunicaciones el MP debe solicitar autorización al Juez de control señalando que para que, y de quien va a intervenir, y cuanto tiempo, una vez autorizado por el Juez y realizada se levantara un acta, y detallaran cintas de audios y videos obtenidos.

Observamos como en el derecho adjetivo, se regula y se protege la privacidad de las personas aún en la investigación de delitos. Lo que se regula actualmente en el CNPP.

2009 reformas al C.P.F. del 24 de junio se adicionan diversas disposiciones en materia de delitos informáticos:

Artículo 211 bis 2. A quien *sin autorización* conozca, obtenga, copie o utilice *información* contenida en cualquier sistema, equipo o medio de almacenamiento informáticos de seguridad pública, protegido por algún medio de seguridad, se le impondrá pena de cuatro a diez años de prisión y multa de quinientos a mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal. Si el responsable es o hubiera sido servidor público en una institución de seguridad pública, se impondrá,

además, destitución e inhabilitación de cuatro a diez años para desempeñarse en otro empleo, puesto, cargo o comisión pública.

Artículo 211 bis 3.- ... A quien, estando autorizado para acceder a sistemas, equipos o medios de almacenamiento informáticos en *materia de seguridad pública*, indebidamente obtenga, copie o utilice información que contengan, se le impondrá pena de cuatro a diez años de prisión y multa de quinientos a mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal. Si el responsable es o hubiera sido servidor público en una institución de seguridad pública, se impondrá, además, hasta una mitad más de la pena impuesta, destitución e inhabilitación por un plazo igual al de la pena resultante para desempeñarse en otro empleo, puesto, cargo o comisión pública.

2012 reformas publicadas en el D.O.F el martes 17 de abril Se adiciona un artículo 133 *Quáter* al Código Federal de Procedimientos Penales, para permitir la geolocalización en tiempo real, de equipos celulares, para la investigación de delitos graves. y la responsabilidad de las permisionarias de telecomunicaciones para dar la información. y el artículo *178 Bis del Código Penal Federal*. *Se castigará a la autoridad investigadora que utilice los datos e información obtenidos como resultado de localización geográfica de equipos de comunicación móvil para fines distintos a los señalados*

Así como al responsable operativo del concesionario o permisionario del servicio de telecomunicaciones que se rehusare a hacerlo de forma dolosa, se le impondrán de doscientos cincuenta a dos mil quinientos días multa.

2012 reformas al CPF publicadas en el D.O.F el jueves 14 de junio en materia de reparación del daño Artículo 30. La reparación del daño debe ser integral, adecuada, eficaz, efectiva, proporcional a la gravedad del daño causado y a la afectación sufrida, comprenderá. La reparación será fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, con base en las pruebas obtenidas en el proceso y la afectación causada a la víctima u ofendido del delito.

Hasta aquí las reformas bajo el mandato de Calderón.

2012- 2018. Del 1 de diciembre de 2012 a diciembre de 2018, siendo presidente de la Republica Enrique Peña Nieto, quien, en una democracia, bajo elecciones gano la presidencia recuperando el poder para el PRI, se proveyeron en materia penal 15 decretos, resaltando siguientes reformas:

En delitos ambientales, en materia de indulto, vías ferroviarias, reformas para competencia de atracción al código de procedimientos, financiamiento de terrorismo, secuestro, competencia económica, cohecho, a ley federal para la protección a personas que intervienen en el procedimiento penal, delitos en materia de hidrocarburos y en materia de telecomunicaciones., entre otras, para nuestro tema son de destacar:

2013, reformas publicadas D.O.F del 26 de diciembre punibilidad en materia de delitos culposos:

2016 D.O.F. del 18 de julio reformas. - se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Penal Federal en Materia de Combate a la Corrupción.

2017, se publicaron 7 decretos con reformas al CPF, ninguna relacionada con el tema de estudio.

En 2018 reformas 4 decretos en materia de hidrocarburos, telecomunicaciones y con la justicia militar.

El 1 de diciembre del 2019, toma posesión del cargo de Presidente de la República el Licenciado Manuel Andrés López Obrador, quien llevo a la cargo con una votación histórica de participación y aceptación, representante del movimiento ciudadano Regeneración Nacional. Y de esa fecha a julio de 2019 ya se reformo el CPF

2019.- El 12 de abril de 2019 se publicó en el D.O.F. el título decimo Delitos por hechos de corrupción Artículo 217 Ter. Además de las responsabilidades administrativa y política, incurre en el delito de remuneración ilícita: con penas de 3 meses a 12 años dependiendo del monto y multas de 30 a 3mil veces el valor del

UMA, no está relacionada directamente con nuestro tema, indirectamente sí porque por actos de corrupción se puede disponer de datos personales.

Según la página de la Cámara de Diputados en este Siglo XXI, de enero de 2000 a junio de 2019, se han publicado 68 decretos con reformas al Código Penal Federal⁴⁴

Después de tantas y tan variadas reformas consideramos que el contenido original de 1931 es totalmente diferente al que se contempla ahora. lo que sí la constante es aumento de la pena de prisión.

En la actualidad el Código Penal Federal, es insuficiente para comprender, los vertiginosos cambios que se están dando en la sociedad de la tecnología de la información, así como en todas las leyes especiales que también tipifican delitos.

En el año en curso 2019, en la Cámara de Diputados se está discutiendo el proyecto de un Código Nacional Penal.

III. CDMX

CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL HOY CIUDAD DE MEXICO ⁴⁵

El 18 de noviembre de 1824 por Decreto del Congreso General Constituyente se creó el Distrito Federal y se determinó al territorio de la Ciudad de México como sede de los Poderes de la Nación.

En 1928, Álvaro Obregón decreta la desaparición de los municipios para que quede a cargo del Presidente de la República, Congreso de la Unión y Tribunal Superior de Justicia de la Nación, lo que abre la discusión en torno a la dependencia del Distrito Federal. No obstante, ello sabemos que los Códigos de 1870 de 1929 y el de 1931 eran de Competencia Federal para toda la República y de competencia local para el Distrito Federal. Así funciono por décadas el Distrito Federal, sin problemas gobierno y sociedad.

⁴⁴ http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_per.htm reformas constitucionales por período Presidencial.

⁴⁵ Decreto que reforma la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el DOF.

Sin embargo, pasa el tiempo, todo evoluciona y el 17 de *junio de 1986*, el entonces Presidente de la República convocó a partidos políticos, asociaciones políticas, organizaciones sociales, instituciones académicas y ciudadanos a participar en las Audiencias Públicas de Consulta para que los habitantes de la capital tuvieran representantes políticos locales frente al gobierno.

1987. Reformas Políticas para el Distrito Federal. El 23 de diciembre de 1986, el Presidente Miguel de la Madrid Hurtado presenta una iniciativa ante el Congreso de la Unión para crear un órgano competente para dictar bandos, ordenanzas y reglamentos de policía y buen gobierno de observancia general respecto a los servicios públicos, sociales, económicos y culturales que sean de interés directo de los habitantes de la Ciudad de México. El 31 de marzo de 1987, se aprueba en la Cámara de Diputados con 238 votos a favor y 63 en contra. Posteriormente por la Cámara de Senadores por unanimidad, el 29 de julio de 1987. Nace por Decreto promulgatorio publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de agosto de 1987. *I Asamblea* (1988-1991) y *II Asamblea* (1992-1994) La Asamblea de Representas del D.F., se dijo que ya nos estaban viendo a los ciudadanos de la capital como mayores de edad para votar por nuestros representantes.

1993. Durante la Reforma Política del Distrito Federal publicada por Decreto en el Diario Oficial del 25 de octubre de 1993, se eleva a la *Asamblea de Representantes* como órgano de gobierno con facultades legislativas que dejan de ser meramente reglamentarias y se convierten en creadoras de ley para la Ciudad de México. El 23 de octubre de 1993, se publica en el Diario Oficial de la Federación se reforma el artículo 122 constitucional para otorgarle a la Asamblea Local jerarquía de órgano de gobierno local. Se le llama **I LEGISLATURA**.

Inició su gestión el 13 de noviembre de 1994 con 66 representantes electos que duraran en su encargo 3 años.

1996. Asamblea Legislativa, luego pasó a denominarse Asamblea Legislativa del Distrito Federal y los representantes se llamarán diputados, en virtud del nuevo

decreto, publicado el 22 de agosto de 1996, y que modifica el artículo 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

1999. NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. La verdad no fue un nuevo Código, solamente copiaron el anterior Código Penal Federal y del fuero común para el DF (de 1931) y dijeron que era el nuevo CPDF, hasta que en el año.⁴⁶

2002. Los Diputados del D.F. se regían por su ley orgánica de la asamblea legislativa del distrito federal ⁴⁷ y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal; a enero 2016 que tuvo 39 reformas, según la página de internet de la propia asamblea ⁴⁸

Las disposiciones contenidas en el Estatuto eran la norma fundamental de organización y funcionamiento del Gobierno del Distrito Federal, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

2. CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL⁴⁹ 2002

Publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de julio de 2002⁵⁰ siendo *Andrés Manuel López Obrador, Jefe de Gobierno del Distrito Federal la asamblea legislativa del distrito federal, II Legislatura*

Con 365 artículos y entro en vigor según su artículo 1 transitorio 120 días después; se creó el Fondo para la reparación del daño a víctimas del delito. Se abroga el Código Penal de 1931, sus reformas y demás leyes que se opongan al mismo.

COMO DICE EN LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

⁴⁶Islas de González Mariscal, Olga, "El Nuevo Código penal para el distrito federal", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2000, XXXIII, mayo-agosto

⁴⁷ Publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 19 de diciembre de 2002
Última reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 2 de julio de 2014.

⁴⁸ <http://www.aldf.gob.mx/archivo-fcbe0b0755f365f238a03f9f4d4b56ed.pdf>

⁴⁹ De la lectura de la gaceta del D.F, publicada en <http://www.consejeria.df.gob.mx/index.php/gaceta>, se observa que se han publicado 67 decretos de reformas al Código penal del D.F. de 2002 a 2014.

⁵⁰ Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de julio de 2002

Debe precisar con nitidez los presupuestos de la pena, las medidas de seguridad y los criterios político-criminales para la individualización judicial de las penas. Asimismo, resulta imperativo revisar el catálogo de delitos, para determinar por una parte, que nuevas conductas habrá de penalizar y cuáles se deben excluir del Código Penal, partiendo de la base de que solo deben regularse aquellas conductas que revisten gravedad y buscando una mayor racionalización de las penas.

La atención central y definitoria del bien jurídico que se trata de proteger y a la gravedad de su afectación, debe evitar tanto las penas que son ridículas como las penas sumamente elevadas. La Iniciativa contempla como mínimo la pena de tres meses de prisión y como máximo la de cincuenta, en la inteligencia de que penas menores o mayores traicionan el fin de prevención general al que está llamada la punición.

Del mismo modo, se planteó la necesidad de dar origen a *un Código Penal que respete los derechos humanos en su misión fundamental de proteger los bienes jurídicos individuales, colectivos o estatales de mayor importancia para la vida ordenada en comunidad y, por tanto, que no se le utilice sólo como un medio de represión y de sujeción de la persona, sino como un instrumento a su servicio.* No se trata de una reforma simple. El Código Penal de 1931, con sus adhesiones y reformas, es fruto de la reflexión de muchos penalistas destacados y tiene, sin duda, aspectos encomiables que se retoman en la Iniciativa que presentamos ante esta Soberanía.

Ese Derecho penal, por tanto, que debe regir en un Estado democrático de Derecho, debe estar en su contenido acorde con esas concepciones características del Estado al que sirve de instrumento para el cumplimiento de sus funciones. Es decir, debe adecuarse a los postulados constitucionales que consagran esas concepciones y, por ello, reconocer y *respetar la dignidad y las libertades humanas,*

especialmente en el ámbito en el que los bienes jurídicos que entran en juego son más vulnerables, sobre todo por la gravedad de las consecuencias jurídicas que su lesión o inminente peligro trae consigo.

Por lo que hace a nuestro tema, podemos encontrar de una manera directa, no tipifican nuestro bien jurídico que proponemos; pero podrían ser algún tenue antecedente, digo sutil porque no está directamente relacionado, sino que son como paralelos ⁵¹

Título décimo segundo, Delitos contra la paz, la seguridad de las personas y la inviolabilidad del domicilio, se integra con dos Capítulos, artículo 209 amenazas se sanciona a quien amenace a otro con causar un mal en su persona, bienes honor o derechos o a la persona con quien tenga algún vínculo, definiendo incluso que personas tienen dicha liga con el pasivo. 210 y 211 Allanamiento de morada, despacho, oficina o establecimiento mercantil, se incluye en el Nuevo Código, otras dependencias en las que se protege la integridad de la persona se contemplan además en forma específica cuando el hecho se realiza por dos o más personas o por servidor público, si en esta conducta no existe orden de autoridad competente.

Título décimo tercero, Delitos contra la intimidad personal artículo 211 y la inviolabilidad del secreto, artículo 212 contempla la existencia de dos Capítulos, el apoderamiento de documentos u objetos, relacionados con la intimidad, así como la utilización de medios técnicos para escuchar observar o grabar imagen o sonido se contempla como conducta punible. Revelación de secretos, artículo 213 la actuación en perjuicio del pasivo, en la que se revele secreto o comunicación reservada que conozca o se le confié, se contempla como bien protegido, se agrava la conducta cuando se realiza con motivo del empleo o cargo o si el secreto es de carácter científico o tecnológico

⁵¹ Exposición de motivos p. 11, publicada en el diario de debates de la asamblea de representantes del día 30 de abril de 2002, <http://www.aldf.gob.mx/archivo-426df0b9c7106e2197c9d7ebd9bad884.pdf>

Cabe resaltar que en la exposición de motivos también señalaron que:

Sobre las mismas premisas jurídicas, esta Asamblea ha considerado que ante la necesidad de atemperar la dureza punitiva de algunas figuras punitivas en las que realmente no existe necesidad de aplicar el ius poeniendi con tanto rigor, pero sin llegar a despenalizar algunas de esas figuras delictivas concebidas en 1996, se les ubicará como delito en diversas disposiciones, atendiendo al bien jurídico que se afecta y a la naturaleza de la conducta realmente desplegada por los sujetos activos, incluyendo en su caso las agravantes que resulten por la concurrencia de algunos medios empleados o por la participación de varios sujetos en su comisión, entre otros⁵²

Como toda obra humana, tiene aspectos positivos y negativos entre los aciertos que apreciamos de este ordenamiento del Siglo XXI, es que estableció un título preliminar que contiene principios y garantías penales, en los primeros artículos:

TÍTULO PRELIMINAR DE LOS PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PENALES ARTÍCULO 1 (Principio de legalidad). ARTÍCULO 2 (Principio de tipicidad y prohibición de la aplicación retroactiva, analógica y por mayoría de razón. ARTÍCULO 3 (Prohibición de la responsabilidad objetiva). ARTÍCULO 4 (Principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material). ARTÍCULO 5 (Principio de culpabilidad). ARTÍCULO 6 (Principio de la jurisdiccionalidad).

Estos principios fundamentales, tienen la función de establecer límites al ius puniendi, la función punitiva del Estado y garantizar derechos a los individuos, por lo que a ellos deben sujetarse los Órganos del Estado, al ejercitar su respectivo poder penal.⁵³

⁵² Ibidem p. 114.

⁵³ Moreno Hernández. Moisés, *Panorama general de la parte general del CP; Código Penal para el D.F. a 10 años de su vigencia*, México, Edit. IJ UNAM, 2013, p. 61.

La mayoría de los académicos coinciden en que las reformas que se han adicionado a este Código son para aumentar las penas, tipificar nuevos delitos y para señalar más agravantes, para antes de 2016, significaba que la mayoría eran delitos graves y por lo tanto no tenían derecho a la libertad caucional., entonces se contradice con la exposición de motivos y con los paradigmas constitucionales de la reforma penal de 2008, y los derechos humanos de 2011.

2006. Se reforma el CPDF para quitarle el concepto de “NUEVO”. Reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, siendo Jefe de Gobierno Alejandro Encinas, publicadas el 9 de junio de 2006; *Se modifica la denominación del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, para quedar como sigue: CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL*

Afirma el maestro Moisés Moreno que el CPDF, *surgió en un momento, en que no hay una política criminal definida*, aún se siguen enfrentando las ideas del clasicismo con las del positivismo, las ideas liberales y democráticas con las de corte autoritario, es decir aquellas ideas que pugnan con la vigencia de ciertos principios fundamentales que tienen la función de limitar el ius puniendi del Estado, y garantizar derechos del individuo, y a las que solo les interesa la eficacia estatal, aun a costa de derechos y garantías, es preocupante el endurecimiento de las medidas penales y el expansionismo del derecho penal.⁵⁴

2013. Con motivo del 10 aniversario de este ordenamiento se llevaron a cabo unas Jornadas en el IIJ. Se expuso una Tabla con datos relevantes de las reformas:⁵⁵

De la simple lectura de este cuadro, se puede observar que disminuyeron los delitos que se persiguen de querrela, también aumento en número de delitos considerados graves, así como las agravantes pero lo que realmente parece inverosímil, se aumentaron 121 conductas delictivas.

⁵⁴ ibidem. p. 59

⁵⁵ Olvera y Aguilar, Rubén Martín. “La expansión Penal, como Política Criminal del Código Penal para el Distrito Federal”, *CPDF a diez años de vigencia, XIII Jornadas sobre Justicia Penal*. México, Edit. IIJ. UNAM, 2013, p 15.

Y las agravantes de la punibilidad, como recordaran anotamos que en 1931, la pena máxima de prisión era de 30 años y en CPDF, de 2002, reformado en art 165 se estipulo la pena de prisión de hasta 70 años, en tratándose del homicidio por secuestro., con esta pena, ¿cuándo se va a cumplir el objetivo que establece el artículo 18 Constitucional reformado en 2008, para determinar la reinserción social, y no la readaptación en el sistema penitenciario también es tema de otra investigación las punibilidades. Solo como comentario al margen, que adelantamos que en último capítulo al analizar nuestro delito que proponemos y se quiere disminuir la pena de prisión.

Así mismo cabe destacar que en este ordenamiento del Siglo XXI, los legisladores no siguen ninguna racionalidad al contemplar punibilidades sin ningún método, ni fin, y menos considerando los bienes jurídicos tutelados.

Como muestra un botón, no son proporcionales las penas del artículo 169, que tipifica la conducta de tráfico de menores con una punibilidad de dos a nueve años de prisión y multa de 200 a 500 días multa. Recordemos que actualmente en 2019 ya son en base a Unidades de cuenta⁵⁶. Y el artículo 345 bis, que tipifica como delito el podar un árbol de la vía pública en zona urbana, sin autorización con mayor punibilidad de seis meses a diez años de prisión, que criterio siguieron los legisladores locales para castigar con estas punibilidades ¿el sacar del país a un menor de edad que cortar unas ramas de un árbol? No siguen ningún principio político criminal de la proporcionalidad de la pena.

Y reiteramos, el establecer calificativas y tener la tendencia de aumentar punibilidades se ha llegado hasta los 70 años de prisión y en pocos delitos se ha

⁵⁶ Ley de Unidad de Cuenta, Publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de fecha 28 de noviembre de 2014. Artículo 1º. La presente Ley es de orden público e interés general y tiene por objeto establecer la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México como una medida de valor, en sustitución del salario mínimo, para la determinación de las sanciones y multas administrativas, conceptos de pago y montos de referencia, previstos en las normas locales vigentes en el Distrito Federal.

disminuido la punibilidad sobre todo en patrimoniales como el daño en propiedad ajena.

Con otras palabras, pero coincidiendo con la Dra. Olga Islas quien comenta: en tan solo una década se han reformado 126 artículos, más de la tercera parte que integraban este ordenamiento, 19 corresponden a la parte general y 107 a la especial. se han incorporado 9 capítulos a diferentes títulos ⁵⁷

Entre los que destacan feminicidio, trata de personas, turismo sexual., tortura; en el título décimo segundo se incorporó el capítulo III para regular la usurpación de identidad, reforma publicada en la gaceta el 19 de julio de 2010.

Ha tenido reformas relevantes y algunas benéficas, otras controversiales, pero de que ha sido innovador, cabe resaltar la excluyente del delito de aborto antes de las 12 semanas de embarazo, o los nuevos tipos como el secuestro exprés, o el turismo sexual,, trata de persona, o la gran gama de tipos de violencia familiar, la física, emocional, psicológica, económica, patrimonial, sexual y contra los derechos reproductivo, o proteger específicamente en algunos delitos a los menores de edad a los discapacitados a los mayores de sesenta años, eso nos parece innovador y loable.

Nos sigue diciendo la autora se han modificado 9 títulos y 7 capítulos, con lo cual, en ocasiones se pierde la directriz del bien jurídico tutelado que deben regir en todo contenido del título; específicamente los títulos modificados en su denominación son :...IV) el título décimo cuarto, destinado a los delitos contra el honor, que se integraba con las figuras delictivas de difamación y calumnia, se derogó íntegramente tales figuras pasaron a formar parte de *la Ley de responsabilidad civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen* , publicada en la gaceta oficial del Distrito federal el 19 de mayo de 2006. Se derogaron los artículos 214 al 219⁵⁸ Igual sucedió en el Código Penal Federal se

⁵⁷ Islas de Gonzales Mariscal, Olga *Código Penal para el Distrito Federal a diez años de vigencia, XIII Jornadas Sobre Justicia Penal*, García Ramírez, Sergio coordinador y otros, México, Edit. IJ UNAM, 2013, pp. 124-125.

⁵⁸ *Ibidem.* p. 127.

derogan los artículos relacionado con estos delitos y se estipularon estas figuras en el Código Civil con sanción de reparación del daño moral, como lo anotamos paginas anteriores.

Creemos importante subrayar este antecedente porque con nuestro tema, veremos que, en la primera Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, la de Protección de Datos de manera Transversa la de 2002 LGTAIPG y en las primeras resoluciones del tema en la novena época de la SCJN, se identificaba la protección de datos personales, precisamente con el honor y la intimidad de la vida de las personas, y no como derecho autónomo.

Como dice el maestro Rubén Olvera el incesante proceso de excesivas reformas a las que ha estado sujeto el CPDF., incide directamente en la procuración de justicia, llevado a la crisis de las garantías del Estado de derecho, así como a la quiebra de los principios políticos criminales y su función límite de *ius puniendi*, propios de la concepción Estado, como Estado social y democrático de derecho.⁵⁹

Y nos adherimos a la idea del maestro Moisés Moreno, Hay una falta de política criminal integral y de fondo, que comprenda no solo las medidas de carácter represivo, sino también y, sobre todo de prevención integral⁶⁰

2014 reformas del 18 de diciembre publicadas en la gaceta oficial, para adecuarlas al nuevo sistema de justicia adversarial y oral se reformaron aproximadamente 50 artículos.

2015 reformas publicadas en la Gaceta del D.F el 29 de septiembre para modificar sanciones.⁶¹

2016. Solo se reformo el artículo 236 en materia de extorsión G.O. 16 de junio de 2016.

⁵⁹ Olvera, *óp. cit.* p. 31.

⁶⁰ Moreno Moisés, *ibidem*, p. 59.

⁶¹ <http://www.ordenjuridico.gob.mx/> consultada 28 de marzo 2016 última reforma al CPDF.

2017 se publicaron 7 reformas al Código de la CDMX, ninguna relacionada directamente con nuestro tema, solo la relativa a delitos contra la corrupción nombramiento que el Poder Legislativo de la Ciudad de México realice del Titular de la Fiscalía Especializada en materia de delitos relacionados con hechos de corrupción, G.O. 1 de septiembre de 2017.

En 2019 en julio se aumentaron las penas al robo y a la extorsión en enero de **2020** se publicó el 23 de enero la llamada ley Olimpia que es la tipificación de la porno venganza. el *Código Penal* al añadir un apartado al **artículo 181quintus**, donde se establece que se sancionará la *violencia digital* por atentar contra la intimidad sexual con penas que van de cuatro a seis años de prisión y una multa de 500 a mil Unidades de Medida.

Por otra parte, en el **artículo 179-Bis** del *Código Penal* se estableció una pena de cuatro a seis años de prisión y de 500 a mil unidades de medida para quién solicite imágenes, audio o video de actividades sexuales explícitas a una persona menor de edad o que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho.

En cuanto al **artículo 209**, ahora sanciona las amenazas sobre la difusión de imágenes, audios o videos de carácter sexual.

2. Constitución de la CDMX

En **2016** hubo reformas a la CPEUM *entre otros preceptos al art. 122 que regulaba la estructura del Distrito Federal*, no podemos soslayar que los habitantes de la ahora Ciudad de México conforme a las reformas Constitucionales de (Edición Vespertina) Diario Oficial viernes 29 de enero de 2016 promulgadas y publicadas por Enrique Peña Nieto, *decreto que reforma y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de la reforma política de la Ciudad de México. ARTÍCULO ÚNICO.* -⁶²

⁶² Entre los principales cambios que tuvo el Distrito Federal se encuentran en la creación de una Constitución Política antes del 31 de enero de 2017 y la eliminación de la figura jurídica de las delegaciones políticas. También:

1. El Distrito Federal cambio su nombre a Ciudad de México, convirtiéndose en la entidad federal número 32 y se mantendrá como la capital del país.

Ya tenemos una Constitución y cambió la estructura territorial y gubernamental,⁶³ tal vez pronto, se emitirá otro “nuevo” Código Penal para la Ciudad de México.

2017 el 15 de septiembre, se instaló la *Asamblea Constitucional*, suigéneris por votación y entre sus atribuciones se encontraban las de aprobar, expedir y ordenar la publicación, de la Constitución Política de la Ciudad de México. Proceso Constitutivo.

Discutida del 15 de sept de 2016 a feb de 2017

Aprobada 31 de enero de 2017

Promulgada el 5 de febrero de 2017

Publicada el 5 de febrero de 2017 y

Entra en vigor 17 de septiembre 2018

-
2. La Ciudad de México tendría su primera Constitución Política a más tardar el 31 de enero de 2017.
 3. Se elimina la figura jurídica de las delegaciones políticas y crea las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, que serán encabezadas por un alcalde.
 4. La Asamblea Legislativa desaparecerá para convertirse en un Congreso local, por lo que adquirirá la facultad para aprobar o rechazar reformas constitucionales, como el resto de los congresos estatales.
 5. La Ciudad de México estará obligada a vigilar los recursos federales que se ejerzan o administran en las demarcaciones territoriales.
 6. La Ciudad de México tendrá una autonomía inédita, debido a que el Gobierno Federal mantendrá la responsabilidad del financiamiento a la educación y a los servicios de salud.
 7. El Ministerio Público de la Federación se organizará en una Fiscalía General de la República como órgano público y autónomo.
 8. Los nombramientos del Procurador de Justicia y jefe de Policía serán hechos por el jefe de Gobierno y ya no por el presidente de la República.
 9. La Ciudad de México tendrá con un Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica, cuyos datos serán considerados oficiales.
 10. En la Ciudad de México, los salarios no podrán ser inferiores al mínimo para los trabajadores en general respecto a las entidades federativas.

⁶³ Para la creación de la Constitución de la Ciudad de México fue necesario tener una Asamblea Constituyente que se eligió mediante el voto el primer domingo de junio de 2016 y se instaló el 15 de septiembre del mismo año.

No podemos dejar de comentar el nuevo régimen jurídico de la Ciudad de México, solo enunciamos algunos temas que son innovadores y emblemáticos como son: *Art 6 A Uso medicinal de la marihuana, Art 6 D Reconocimiento a familias diversas, Art 6 F Derechos sexuales y reproductivos, Art 6 G Defensa de los derechos humanos, Derecho a una muerte digna, Artículo 11 “Ciudad de libertades y derechos”, la Constitución protege el “derecho a la autodeterminación y al libre desarrollo de una personalidad Art 14 A y B Ciudad Segura Revocación de mandato.*

Quise comentar estos temas porque es paradigmático que se estipularan en la primera constitución de nuestra ciudad, y en relación a nuestro tema solamente de manera enunciativa para poner el contexto, podemos subrayar que:

Art. 1 6. Para la construcción del futuro la Ciudad impulsa la *sociedad del conocimiento*, la educación integral e inclusiva, la investigación científica, la *innovación tecnológica* y la difusión del saber.

Art. 3 1. La *dignidad humana* es principio rector supremo y sustento de los derechos humanos.

Artículo 4 Principios de interpretación y aplicación de los derechos humanos

A. De la protección de los derechos humanos

1. En la Ciudad de México las personas gozan de los derechos humanos y garantías reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los tratados e instrumentos internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, en esta Constitución y en las normas generales y locales. Los derechos humanos, en su conjunto, conforman el parámetro de regularidad constitucional local.

3. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos

5. Las autoridades deberán prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

6. Las autoridades jurisdiccionales de la Ciudad ejercerán el control de constitucionalidad y convencionalidad, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia para las personas, dejando de aplicar aquellas

normas contrarias a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a los derechos humanos reconocidos en tratados y jurisprudencia internacionales, en esta Constitución y las leyes que de ella emanen.

Artículo 6 Ciudad de libertades y derechos

C. Derecho a la identidad y a la seguridad jurídica

1. Toda persona, grupo o comunidad tienen derecho al nombre, a su propia imagen y reputación, así como al reconocimiento de su identidad y personalidad jurídica.

G. Derecho a defender los derechos humanos

1. Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales; de forma eventual o permanente.

Como abundaremos subsecuentemente, dilucidaremos porque la protección de datos personales es un derecho humano.

Observamos que comenta las Sociedades de la Información, que las explicaremos en el siguiente capítulo, así mismo destaca la dignidad humana, como sustento de los derechos humanos, también abundaremos sobre la dignidad en la sección de conceptos, en el artículo cuatro refiere el bloque constitucional en materia de derechos humanos, y la protección de datos es uno de estos, así como el control de convencionalidad y el principio pro hominis. Además, enfatiza el derecho de las personas a su propia imagen, y el reconocimiento de su personalidad y la defensa de los derechos humanos en general.

Nuestra Constitución en el Artículo 7 denominado Ciudad democrática, señala en el apartado E. *Derecho a la privacidad y a la protección de los datos personales*

1. Toda persona tiene derecho a que se respete y proteja su privacidad individual y familiar, a la inviolabilidad del domicilio y de sus comunicaciones.

2. Se protegerá la información que se refiera a la privacidad y los datos personales, en los términos y con las excepciones que establezcan la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes.

3. Se prohíbe y será sancionada cualquier injerencia arbitraria, oculta o injustificada en la vida de las personas.

4. Toda persona tiene derecho al acceso, rectificación y cancelación de sus datos personales, así como a manifestar su oposición respecto del tratamiento de los mismos, en los términos que disponga la ley. Su manejo se regirá por los principios de veracidad, licitud, consentimiento, información, calidad, finalidad, lealtad, proporcionalidad y responsabilidad.

La Constitución de nuestra ciudad ya garantiza expresamente la privacidad, y la libertad informática, de las personas.

Artículo 11 Como Ciudad incluyente promoverá *d) Su capacidad para decidir sobre su persona y su patrimonio, así como para el ejercicio de sus libertades, independencia, privacidad, intimidad y autonomía personal.*

Este precepto prevé la protección de la privacidad y la intimidad.

Artículo 14 Ciudad Segura B. Derecho a la seguridad ciudadana y a la prevención de la violencia y del delito

Artículo 16 Dentro del Ordenamiento territorial se regula la ciudad digital.

F Infraestructura física y tecnológica.

6. Las autoridades facilitarán a sus habitantes el acceso a las tecnologías de la información y la comunicación a fin de asegurar su integración a la sociedad del conocimiento y el ejercicio de los derechos reconocidos en esta Constitución. La conectividad será ofrecida en condiciones de eficiencia, calidad y alta velocidad que permitan consolidar una ciudad digital con acceso universal, equitativo, asequible y progresivo. Será gratuita en el espacio público. Para ello se promoverá la concurrencia de los sectores público, social y privado.

7. La Ciudad de México deberá contar con la infraestructura de tecnologías de la información y comunicaciones que garantice la transferencia, almacenamiento, procesamiento de información, la comunicación entre

dependencias de la administración pública, así como la provisión de trámites y servicios de calidad a la población.

Es estos preceptos apreciamos que nuestra ciudad en el Siglo XXI ya estipula en la norma fundamental, las TIC y el gobierno digital y así que a través de estas se obtienen y tratan nuestros datos personales, es por ello por lo que debemos protegerlos. Para ejercer tus derechos humanos y la garantía de la protección de datos personales.

En el CAPÍTULO V de los Organismos Autónomos en el art 46 y sucesivos se regula como tales c) Fiscalía General de Justicia; y al d) Instituto de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales.

En este ordenamiento están las instituciones que van a garantizar que se ejerzan tus derechos en materia de protección de datos, claro la FGJ para la persecución de los delitos y el Instituto de Protección de Datos (INFO) para ejercer tus derechos en materia administrativa.

El organismo podrá emitir recomendaciones y proponer reglas modelo a los diversos órganos del poder público en materia de tecnologías de gobierno y de sus posibles afectaciones a la privacidad de los particulares.

También cabe destacar las llamadas Alcaldía *digital* art 53. Que participara con la Jefatura de Gobierno en el diseño y despliegue de una agenda digital incluyente para la Ciudad de México.

Contribuirán con la infraestructura de comunicaciones, cómputo y dispositivos para el acceso a internet gratuito en espacios públicos; ofrecerán servicios y trámites digitales a la ciudadanía. Y todo ello conlleva el tratamiento de nuestros datos personales.

Progresividad constitucional art 70 En materia de derechos y libertades reconocidos en la Ciudad de México, esta Constitución y las leyes que de ella emanen, podrán reformarse para ampliar, proteger y garantizar los derechos de las personas, nunca en su menoscabo. Gaceta oficial de la Ciudad de México, 2017.

IV. Leyes Federales protectoras de Datos Personales en México. Siglo XXI.

En el año 2000 cuando después de décadas hubo cambio en el poder político, llegando a la presidencia y una gran representación en el Congreso, miembros del PAN, el entonces Presidente Vicente FOX, presento una iniciativa de Ley en materia de Transparencia, después del proceso legislativo en 2002, se aprueba, mientras tanto el 14 de febrero de 2002, el entonces Senador por el PRI Antonio García Torres presento la primera iniciativa expreso para la Protección de Datos Personales, por lo que se acordó con el llamado Jefe Diego, líder de la bancada del PAN en el Senado, que se aprobaría la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, en el Senado, que era ya cámara revisora y ellos aprobarían la Ley de Protección de Datos que era Cámara de Inicio y se cumplieron los acuerdos.

A. En 2002 el 15 de enero se publica en el DOF el Decreto por el que se expide la *Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia*. Que reglamenta la constitución y operación de estas sociedades, conocidas como buró de crédito. Realmente esta es la primera ley en el sistema jurídico mexicano que refiere la base de datos, Base Primaria de Datos, a aquella que se conforme con la información que proporcionen directamente los Usuarios a las Sociedades, (art 1), para que las empresas comerciales o financieras reporten y consulten historial crediticio de los clientes, y estas sociedades que tratan datos deben guardar el secreto financiero.⁶⁴

Y señalaba que para la consulta se debía dar un consentimiento expreso del cliente con firma autógrafa en esa época., en donde conste de manera fehaciente que tiene pleno conocimiento de la naturaleza y alcance de la información que la Sociedad proporcionará al Usuario que así la solicite.

⁶⁴ IX. Secreto Financiero, al que se refieren los artículos 117 y 118 de la Ley de Instituciones de Crédito, 25 de la Ley del Mercado de Valores, 55 de la Ley de Sociedades de Inversión y 34 de la Ley de Ahorro y Crédito Popular.

Y en las *Sanciones* se determinaba *la reparación del daño al proporcionar información cuando exista culpa grave, dolo o mala fe en el manejo de la base de datos.*

Los Usuarios que proporcionen información a las Sociedades igualmente responderán por los daños que causen al proporcionar dicha información, cuando exista culpa grave, dolo o mala fe.

Inhabilitación a los empleados o funcionarios de las Sociedades de Información que violen el secreto financiero.

Y multas de 20 hasta 500 veces el salario mínimo a los que hicieran uso o manejo indebido de la información o den del cliente sin su autorización expresa, independientemente de algún ilícito penal.

Esta ley ha tenido 6 reformas y la última el 8 de marzo de 2018, no tipifica delitos y protege datos crediticios.

B. El 11 de junio de 2002 se publica en el D.O.F la denominada *Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental*, y mientras sigue su proceso la Ley de Protección de Datos Personales.

La Ley de Transparencia, por primera vez una ley regula los datos personales expresamente en nuestro país, en su capítulo IV de los artículos 20 al 26.

Recordemos esta ley consideraba como sujetos obligados, al Poder Ejecutivo Federal, la Administración Pública Federal y la Procuraduría General de la República; al Poder Legislativo Federal; al Poder Judicial de la Federación; a los Órganos Constitucionales Autónomos; y a los Tribunales Administrativos Federales. Y fue el fundamento para la creación del IFAI Instituto Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, como un órgano de la Administración Pública Federal, con autonomía operativa, presupuestaria.

Estableció que los sujetos obligados son los responsables del tratamiento de los datos que recibían y deberían

Adoptar los procedimientos adecuados para recibir y responder las solicitudes de acceso y corrección de datos, así como capacitar a los servidores públicos.

Tratar datos personales sólo cuando éstos sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con los propósitos para los cuales se hayan obtenido;

Procurar que los datos personales sean exactos y actualizados;

Adoptar las medidas necesarias que garanticen la seguridad de los datos personales y eviten su alteración, pérdida, transmisión y acceso no autorizado.

Otro aspecto importante que ya señalaba esta ley es que no podrían difundir, distribuir o comercializar los datos personales contenidos en los sistemas de información, desarrollados en el ejercicio de sus funciones, salvo que haya mediado el consentimiento expreso, por escrito o por un medio de autenticación similar, de los individuos a que haga referencia la información (art. 21).

Pero que no se necesitaba el consentimiento cuando se tratara de cuestiones estadísticas, propias de la Institución que le prestara el servicio, que fuera para alguna orden judicial y que se podían dar a un tercero para prestar el servicio solicitado.

Y estipulaba el *registro de base de datos* a través de los lineamientos se tenía que registrar en el IFAI, un listado actualizado de los sistemas de datos personales.

Esto del registro de base de datos oficiales, pasó desapercibido para muchos y como lo regulaban unos lineamientos, menos importancia en la jerarquía de leyes. Señalo el derecho al acceso y a la modificación de datos en los artículos 24 y 25 y el proceso para ello.

Ya preveía el Recurso de Revisión ante el mismo Instituto fue un avance, pero todo se iba a regular a través de lineamientos que emitieran los sujetos obligados (art. 61) establecía solo sanciones administrativas que se iban a imponer conforme a la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, por el incumplimiento de las obligaciones eran independientes de las del orden civil o penal.

Ni sus luces de los delitos en protección de datos. Luego entonces, se incorporó el derecho a la protección de datos personales en el marco jurídico mexicano, como límite o contrapeso al derecho de acceso a la información en la transparencia, con algunas escasas menciones a lo largo del articulado. En esta ley, la protección de datos personales todavía era insoslayable y dependiente del derecho de acceso a la información y no con el carácter de un derecho autónomo.

Y sigamos con el proceso legislativo de la Ley Federal de Protección de Datos Personales. En esta primera iniciativa, en su exposición de motivos se señala que

La historia muestra la importancia que ha tenido la información en el desarrollo de la sociedad humana, ... que han surgido nuevas garantías procesales en las que se puede reconocer el habeas data y señalaba como objeto proteger el derecho a la intimidad personal y familiar y al honor. Y la legitimación activa, de que el titular es al que le corresponde acceder a sus datos para actualizarlos, complementarlos, rectificarlos, reservarlos, suspenderlos o cancelarlos, y la legitimación pasiva los sujetos obligados son los sujetos pasivos del proceso del registro de base de datos.

Así mismo comprendía, los derechos de los interesados o titulares de los datos, el compromiso de los responsables de los registros proponía la creación de un Instituto Federal de Protección de Datos Personales, señalaba sanciones administrativas y el procedimiento de la acción protectora de datos en otros países llamada *habeas data*, y constaba de 53 artículos.

Se hizo el dictamen por comisiones unidas de puntos constitucionales y estudios legislativos con modificaciones someras como el número de artículos puntualizaron que las *Sociedades de Información Crediticia* tienen su ley y deben regularse por esa. El 30 de abril de 2002 se sube a discusión la minuta con proyecto de decreto para que se expida la mencionada ley, se aprueba con 92 votos a favor y se manda a Cámara de Diputados.

Oficialmente la recibe la Cámara de Diputados el 5 de septiembre de 2002 , turnándola solo a la Comisión de Gobernación, ahí cabildaron los de las empresas

a treves de AMIPCI⁶⁵ los representantes del llamado Buro de Crédito y mismos consejeros del IFAI para que no se creara otro Instituto Federal, que ellos como titulares de la protección del derecho a la información también podían regular el derecho a la protección de datos y así en el dictamen de los Diputados, argumentaron entre otras cosa que : *Que el Congreso no estaba facultado para legislar en materia de protección de datos, que era facultad concurrente de Federación, Estados y municipios.*

Pero sobre todo que era necesario analizar detenidamente el impacto económico, para las empresas de mediano y pequeño tamaño y que las facultades al nuevo Instituto eran imprecisas, además, que tendría un efecto detener el flujo de datos personales afectando innecesariamente las actividades económicas.

*Y que la propuesta busca fundamentalmente proteger la privacidad, pero olvida muchas otras razones por las que las personas pueden beneficiarse de compartir información personal.*⁶⁶ Y la cámara de Diputados aprobó el Dictamen negativo de la primera iniciativa de proteger los datos personales, esto fue el 14 de diciembre de 2005; se devolvió al Senado, ya habían pasado más de 3 años.

Paralelamente a esta iniciativa de ley el mismo Senador García Torres el 21 de febrero de 2001 presento otra iniciativa para adicionar el artículo 16 de la Constitución en el sentido de que se reconociera como derecho fundamental la protección de datos personales, esta reforma Constitucional, tuvo menos acogida que el proyecto de ley aquí ni siquiera alcanzo la mayoría necesaria en Cámara de Senadores, faltaron 4 votos. 60 a favor y 34 en contra.

Incansable en su lucha por proteger los datos personales el 2 de febrero de 2006,⁶⁷ se presenta una nueva iniciativa de Ley de Protección de Datos Personales,

⁶⁵ Asociación mexicana de la industria publicitaria y comercial en internet, La Asociación de Internet cambió recientemente su nombre y su dominio, pues pasó de estar alojada en Amipci.org.mx al sitio AsociacionDeInternet.org.mx. a partir de diciembre de 2016.

⁶⁶ García, Torres, ibidem., p. 204.

⁶⁷Ver la gaceta parlamentaria senado, http://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/2006_02_02/175#10

considerando lo argumentado en la negativa, se deja al IFAI como titular de derecho garantista de protección de datos, se quita el registro de base de datos y se estipula el proceso y recurso administrativo ante el propio IFAI. Determina infracciones y sanciones administrativas.

Mientras transcurre el último año del Sexenio de Fox, 2006 el día 5 de abril,⁶⁸ Reforma Constitucional, se presenta nuevamente proyecto de adición al artículo 16 para positivizar el derecho fundamental a la protección de datos; y el mismo día se dictamino se votó y se aprobó por mayoría de 77 votos a favor y 5 abstenciones, se mandó a cámara de Diputados y en diciembre de 2006 se acabó la Legislatura y ya no paso se quedó en la llamada congeladora.

Lo mismo paso con la trabajada y discutida Ley Federal, se hizo el dictamen con más modificaciones, agregando hasta 108 artículos, casi el doble de la inicial y *aquí en el último capítulo denominado de los delitos, en los artículos 103 a 108 se instauran 5 tipos penales*, pero corrió la misma suerte, ya todos se iban a fin de año, y fin de sexenio, ya no se aprobó ni en la Cámara de Senadores.

Pero se sembró la semilla en las siguientes legislaturas, hubo nueve iniciativas más, ya se hablaba más del tema y así es como sigue evolucionando la protección de datos personales.

V. Leyes Locales en Materia de Protección de Datos.

A. En el Estado de Colima el día 21 del mes de junio de 2003 se expide la *Ley de Protección de Datos Personales*, y se convirtió en la primera entidad federativa en todo el país en legislar al respecto,⁶⁹ inclusive antes de la ley Federal.

Además de que fue el primer Estado con una ley de la materia cabe resaltar que muy aplicados en enero de 2017 que se publicó la LGPDPSO, en el segundo transitorio se señaló que las leyes vigentes de las Entidades Federativas en materia de protección de datos personales se ajusten a las disposiciones previstas en dicha

⁶⁸ http://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/8392

⁶⁹ Publicada en el Periódico Oficial “El Estado de Colima”, periódico No. 27, el 21 de junio de 2003. (Abrogada en 2017).

norma en un plazo de seis meses siguientes contado a partir de su entrada en vigor (26 de enero de 2017). Y en julio de 2017 fue la primera entidad que publicó una nueva ley adecuándose a la Ley General.⁷⁰

B. Ley de Protección de Datos Personales para el D.F. Publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 03 de octubre de 2008.

El artículo 1 de esta ley, determina el objeto de regulación del conjunto de sus disposiciones; se refiere a los principios, derechos, obligaciones y procedimientos relativos a la protección y tratamiento de los datos personales. Respecto de su contenido, vale la pena detenerse en dos aspectos que, estimo, son relevantes para su adecuada comprensión: el concepto de datos personales y el alcance de la Ley en cuanto a la regulación de los tenedores o poseedores de los datos. Recordemos, preliminarmente, que la materia de datos personales tiene tres distintos fundamentos constitucionales, a partir de disposiciones recogidas en los artículos 6, 16 párrafo segundo y 73⁷¹

Como se argumentaba es una facultad concurrente no vamos a analizar todas las leyes de la República, solamente enunciamos la primera del estado de Colima y la ley de la Ciudad de México. Derogada por la Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados de la CDMX publicada en la gaceta el 10 de abril de 2018.

VI Leyes Federales vigentes en materia de Protección de Datos Personales.

A. Ley Federal de Protección de Datos en Posesión de Particulares., después de, al menos, ocho iniciativas en nueve años, fue finalmente aprobada por ambas Cámaras, tanto de Diputados como de Senadores, el 27 de abril de 2010. *La Ley Federal de Protección de Datos* desarrolla plenamente el derecho a la protección de datos personales en posesión de los particulares. En este sentido, a nivel federal, no había una regulación general del tratamiento de datos de carácter personal, salvo por lo que se refiere a las Sociedades de Información Crediticia, puesto que su Ley

⁷⁰ <https://ieecolima.org.mx/leyes/LeyProteccionDatosPersonales2017.pdf>

⁷¹ Carbonell, Miguel, et. al., *Ley de PDPDF comentada*, México, INFOTEC-IIJ, 2010, p. 27 ss.

dedica algunos artículos a las bases de datos relativas al historial crediticio y a la prestación de servicios de información crediticia.⁷²

El 5 de julio del 2010, se publicó en el Diario Oficial de la Federación (DOF) la *Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares en adelante, LFPDPPP* la cual tiene como objetivo garantizar la privacidad y la autodeterminación de los datos personales y regular el tratamiento de estos.

Esta ley debe ser cumplida por personas morales y personas físicas con actividad empresarial; garantizar la protección de datos es una obligación de todos y para lo cual se requiere la implementación de un sistema de gestión de protección eficiente y confiable, además de las herramientas tecnológicas que garanticen la Disponibilidad, Integridad y Confidencialidad de la información, así como la capacitación de los responsables de los datos.

Responsabilidades administrativas, sanciones con multas en cumplimiento de la ley el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos podrá establecer sanciones en dinero a las personas o empresas en caso de que ocurra una vulneración a la seguridad de los datos personales. Multa que duele el bolsillo.

Primera ley que tipifica delitos en materia de protección de datos, los que analizaremos en subsecuentes capítulos.

Delitos con punibilidades de multa y privación de la libertad, la ley contempla que se puede imponer penas desde tres meses hasta tres años de prisión por provocar una vulneración en el tratamiento de los datos personales; y de seis meses hasta cinco años de prisión por el trato indebido de datos personales, tema de nuestra tesis.

⁷² Como se anotó en el apartado III A. de este capítulo.

Ver Juárez, Renato, AMIPCI Estudio de protección de datos personales entre usuarios y empresas, Libro electrónico, 2011, número 3, p. 23 y p. 43, <https://www.gandhi.com.mx/amipci-estudio-de-proteccion-de-datos-personales-entre-usuarios-y-empresas>

El 7 de febrero de 2014, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de transparencia, *el artículo segundo transitorio de dicho decreto establece que "El Congreso de la Unión deberá expedir la Ley General del Artículo 6 de esta Constitución, así como las reformas que correspondan a la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, a la Ley Federal de Datos Personales en Posesión de los Particulares...en un plazo de un año contado a partir de la fecha de publicación del presente Decreto."*, también es el fundamento para crear el INAI, como Organismo Autónomo.

B. Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública Nueva. Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de mayo de 2015 es reglamentaria del artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de transparencia y acceso a la información.

Tiene por objeto establecer los principios, bases generales y procedimientos para garantizar el derecho de acceso a la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad de la Federación, las Entidades Federativas y los municipios.

Y distribuye las competencias entre la Federación y las entidades federativas en materia de transparencia.

Regula los Procedimientos de acceso a la información y de Impugnación en materia de acceso a la información pública

Del Recurso y Sanciones Administrativas. No estipula delitos

C Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Divulgada en el D.O.F el 9 de mayo de 2016. Decreto por el que se abroga la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y entre las muchas reformas de este decreto, cabe resaltar como ya se anotó el cambio de nombre del

IFAI, Las menciones contenidas en otras leyes, reglamentos y en general en cualquier disposición respecto del Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, se entenderán referidas al Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales.

Como su nombre lo dice es de aplicación Federal y regula las atribuciones del INAI, y señala en el art 113 como información confidencial los datos personales.

Reglamenta los medios de impugnación que le compete resolver al Instituto; y *transparentar la gestión pública*.

D. Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados publicada en el D.O.F el 26 de enero de 2017

Derivado del decreto, de reformas Constitucionales de 2014, se publicó en el Diario Oficial de la Federación Ley reglamentaria. *En los artículos transitorios señala que las legislaturas de las entidades federativas tienen 6 meses para armonizar su legislación en materia de protección de datos, con lo que establece la Ley General, en caso de no hacerlo, se aplicara esta, la General.*

El objeto primordial es dotarlos de herramientas jurídicas que les permitan imponer un límite a las actuaciones de las autoridades que pudieran conculcar su esfera de derechos y su competencia es concurrente, y aumenta como sujetos obligados a los sindicatos y partidos políticos. NO estipula delitos.

En síntesis, después del devenir histórico⁷³ las leyes vigentes en materia federal que protegen los datos personales son:

⁷³ Evolución leyes en materia de Protección de Datos.2002 Ley Federal de Transparencia y Acceso.

Ley general de transparencia y acceso a la información pública publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de mayo de 2015.

2016 Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública D.O.F 9 de mayo de 2016 - abrogó la de 2002 2017 Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados publicada en el D.O.F el 26 de enero de 2017.

Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares publicada Diario Oficial de la Federación el 5 de julio de 2010

Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados publicada en el D.O.F el 26 de enero de 2017

Hasta aquí de manera sintética, la evolución legislativa en el marco Constitucional y en específico del Código Penal Federal y del Código Penal de la Ciudad de México, y las Leyes Ordinarias, para entender y comprender porque en este momento histórico se deben tipificar las conductas que vulneren el bien jurídico denominado protección de datos personales.

Es innegable que a lo largo de nuestra historia de la Conquista a la fecha siempre ha habido violaciones a los derechos, pero siempre ha habido individuos y grupos que han tratado de defender esos derechos de las personas y de la sociedad en general, parece una tarea inacabada, ante ellos surge la necesidad constante de reformar, derogar, expedir ordenamientos jurídico-penales, para proteger los bienes jurídicos de mayor valía, derechos básicos de los seres humanos.

En este devenir histórico de nuestro tema desde la lucha por la independencia, el nacimiento de la República Mexicana, la Reforma, la Revolución, el México Moderno y el país en el Siglo XXI,, en todo momento, la constante es que el Estado Mexicano y en específico su gobierno, debe satisfacer entre muchas otros aspectos, la seguridad, y evitar la impunidad, por ello en este Siglo, ha surgido la necesidad de agruparse, ahora contra una lucha de abuso del poder contra la violación a los derechos humanos, para trascender las fronteras de los Estados Nación en la era de la informática.

La violación a derechos humanos, por los Estados-Nación, fue trascendiendo más allá de sus fronteras, por eso es por lo que organizaciones civiles, políticas y sociales, empezaron una lucha que tuvo como consecuencia la creación de Organismos y Tribunales Jurisdiccionales Internacionales, donde esos Estados, ceden soberanía, debido a que esos supra organismos, supervisen si se respetan o no los Derechos Humanos. A su interior., elaborando instrumentos internacionales

como Convenios, Tratados Internacionales, Tribunales Regionales, cuyo principal objetivo es cuidar y supervisar la protección de los Derechos Humanos.

En el siguiente capítulo analizaremos los datos personales, como derechos humanos, entre otros conceptos fundamentales para nuestro tema, así como; que son las tecnologías de la información, las redes sociales digitales, como se da la seguridad en la red haciendo hincapié en, la privacidad e intimidad en la evolución tecnológica.

CAPÍTULO SEGUNDO

MARCO CONCEPTUAL

I. Introducción

En un artículo escrito en inglés por un autor de nombre Simone Head de fecha 24 de mayo de 2018, intitulado *Big Brother Goes Digital*, lo que podemos traducir como el *gran hermano se vuelve digital*, me llamo la atención y me parece interesante comentarlo como inducción a este capítulo.

En este texto se comenta que una socióloga de nombre Arlie Russell Hochschild en 1983 estuvo haciendo un estudio denominado la gestión de sentimientos, que consistía básicamente en que en algunos trabajos como el de las o los sobrecargos de aerolíneas, los cobradores de facturas y los asistentes de la tienda, entre otros, tenían que realizar en sus rutinas diarias. Se vieron obligados, en sus palabras, a *inducir o suprimir el sentimiento para sostener el rostro externo que produce el estado de ánimo adecuado en los demás*, sean las emociones positivas o negativas que tengas, en esa época estudiaban a estos trabajadores con lo que referían pasajeros, clientes, compañeros o jefes, inimaginable la tecnología actual.

Con la nueva informática aplicada, este estudio de los empleados se conoce como *computación ubicua*. Producen datos sobre el rendimiento de los empleados cuando trabajan con computadoras y sistemas de software, sobre cómo se comportan lejos de la computadora, ya sea en el lugar de trabajo, en el hogar o en tránsito entre los dos. Muchas de las tecnologías *son wearables*, pequeños dispositivos usados en el cuerpo. Así mismo los *wearables*⁷⁴ para el consumidor, desde iPhone, hasta relojes inteligentes y rastreadores de actividad como Fitbit, se han convertido en una parte familiar de la vida diaria; las personas pueden usarlos para realizar un seguimiento de su frecuencia cardíaca cuando hacen ejercicio, controlar sus niveles de insulina o regular su consumo de alimentos.

⁷⁴ Dispositivos, accesorios en la vestimenta, objetos de uso diario que llevamos siempre encima a los que se le ha incorporado un microprocesador.

La nueva ubicuidad de estos dispositivos ha suscitado preocupaciones, como escriben los científicos sociales Gina Neff y Dawn Nafus en su reciente libro *Self-Tracking, Auto Seguimiento*, sobre el tremendo poder dado, a las ya poderosas corporaciones cuando las personas permiten que las empresas se asoman a sus vidas a través de los datos. Pero los tipos más preocupantes de *wearables* son los utilizados por las empresas para monitorear a sus trabajadores directamente. Esta aplicación de la computación ubicua pertenece a un campo llamado "análisis de personas", o PA, un nombre popular por Alex Sandy Pentland y sus colegas en el Laboratorio de Medios del MIT.

Todo lo traducido anteriormente y a continuación, es real, no ciencia ficción.

Sus wearables se basan en muchas de las mismas tecnologías que aparecen en *Self-Tracking*, pero también en la insignia sociométrica, que, usadas alrededor del cuello y unidas a micrófonos y sensores, las insignias registran la frecuencia de habla de sus sujetos, el tono de voz, las expresiones faciales y el lenguaje corporal.... predicen el comportamiento humano desde el inconsciente señales sociales, identificar la afinidad social entre los individuos ... y mejorar las interacciones sociales proporcionando retroalimentación."⁷⁵

En una entrevista de junio de 2016 con *Mel Magazine*, Waber afirmó que poco escapa a la mirada de la insignia sociométrica y sus tecnologías asociadas: "*Incluso cuando estás solo, en tú intimidad, estás generando una gran cantidad de datos interesantes. Mirar tu postura es indicativo del tipo de trabajo y el tipo de conversación que estás teniendo*".⁷⁶

Tal vez el sueño de empleadores, conocer que hacen y como trabajan las 8 horas sus empleados, si son eficientes o flojos, en que pierden el tiempo etc. "*las*

⁷⁵ Las insignias y su software asociado están siendo comercializados por Humanyze, una compañía de Boston cofundada por Pentland, Olguín Olguín y Ben Waber entre otros fue anteriormente uno de los investigadores de Pentland en el MIT. Bajo su nombre original, Sociometric Solutions.

⁷⁶ McDermott, John, Ben Waber Wants to Track Your Every Movement at the Office," *Mel Magazine*, January 5, 2016. Ver versión digital <https://melmagazine.com/en-us/story/ben-waber-wants-to-track-your-every-movement-at-the-office>

empresas pueden monitorear casi el 100 por ciento de la actividad y la comunicación de los empleados". Max Simkoff,⁷⁷ ha dicho que sus sistemas de megafonía pueden analizar más de medio billón de puntos de datos de empleados en diecisiete países y que cada semana averiguar más cosas para rastrear. Kronos Incorporated, una firma de software de gestión con sede en Lowell, Massachusetts, afirma que sus sistemas de gestión de la fuerza de trabajo son utilizados diariamente por "más de 40 millones de personas" y ofrecen "información inmediata sobre... métricas de productividad a gran escala."⁷⁸

Este artículo nos hace reflexionar, para tomar conciencia que la tecnología nos ayuda mucho en el desarrollo de las actividades cotidianas, pero a cambio de información, el ejemplo del análisis de los empleados tal vez podría justificarse, laboralmente, pero que se metan a nuestra vida privada, a la intimidad y a nuestra libertad informática, es lo que debemos regular, como apuntamos vamos a disgregar conceptos fundamentales para comprender más nuestra materia de estudio.

El derecho fundamental a la protección de datos personales es uno de los más importantes en la sociedad del Siglo XXI. Las tecnologías de la información han evolucionado, tanto y en todo, que consecuentemente debe evolucionar el derecho, y regularse la libertad informática., por lo que queremos desentrañar el contenido de este nuevo derecho fundamental, y cómo proteger legalmente los datos personales. Para buscar soluciones primero hay que identificar el problema, aún no hay conciencia del valor que tienen los datos personales con la tecnología, analiza la mente el cuerpo y hasta los pensamientos.

⁷⁷ Cofundador de Evolv Corporation de San Francisco ahora contratado por Cornerstone, otro competidor de Humanyze.

⁷⁸ Max Simkoff of Evolv, quoted in Hannah Kuchler, "Data Pioneers Watching Us Work," Financial Times, February 17, 2014; Kronos Corporation, "Workforce Management and HCM Cloud Solutions." Ver Head, Simone, *Big Brother Goes Digital*, <https://www.nybooks.com/articles/2018/05/24/big-brother-goes-digital/>

Datos Personales-Derechos Humanos.

Empecemos por dilucidar que son derechos humanos, no es fácil definirlo en un concepto, si les preguntas a las personas, todos saben que es algo que tienen, lo viven, lo intuyen, pero no saben conceptualizarlo.

La lógica dice los derechos que tienes por ser humano, pareciera obvio las cosas no tienen derechos, solo las personas.

El ideal de una sociedad es el respeto a los derechos fundamentales.⁷⁹ En nuestro país están estipulados de manera escrita en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos artículo 1 CPEUM, un Estado de derecho debe garantizarlos.

Según la ONU existen más de 30 derechos humanos, se enumeran en la Declaración Universal de los Derechos Humanos es de los conceptos más aceptados, no obstante que *el derecho* existe desde que aparecieron los seres humanos.

II. Breves Antecedentes Históricos de los Derechos Humanos

Concisamente podemos enunciar que la doctrina ha considerado como antecedentes históricos de los derechos humanos los siguientes:

A. *El Cilindro de Ciro* es una curiosa pieza de arcilla realizada por el rey persa Ciro el Grande que se puede fechar en el 539 A.C y que está considerado por muchos como la Primera Declaración de los Derechos Humanos.



⁷⁹ Álvarez Ledesma en su conferencia en el IJ auditorio Fin Zamudio el 9 de junio de 2016 a las 12.40 aprox. dijo: Los derechos humanos son como el demonio, nadie los conoce hasta que se les aparecen.

⁸⁰ Imagen cilindro de ciro

<https://www.google.com/search?q=imagen+el+cilindro+de+ciro&tbm=isch&source>

La pieza descubierta en 1879 por el arqueólogo asirio-británico Hormuz Rassam está escrita en cuneiforme y está compuesta por dos fragmentos actualmente en el Museo Británico de Londres.

En la pieza el rey expone sus conquistas y una serie de medidas políticas donde legitima la conquista de Babilonia realizada de forma pacífica en el 539 A.C y toma medidas políticas para ganarse el favor de sus nuevos súbitos.

Esta conducta era natural entre las costumbres mesopotámicas.

El autor de un artículo con seudónimo *Hypatia*, y no encontré más de él, sin embargo, coincido con su aportación, dice: Las proclamaciones de Ciro yo no lo considero antecedente de los derechos humanos; así de su lectura.⁸¹

=iu&ictx=1&fir=nSOElwD99wbv-
M%253A%252CCyDvEDAb7FE5eM%252C_&vet=1&usg=AI4_-
kSpGAGUMC1yull7wRDk

⁸¹ Os dejo una traducción al castellano de un fragmento del cilindro para que dejéis vuestra opinión sobre si lo consideráis o no un precedente de la Declaración de Derechos Humanos:

(Marduk) le ordenó (a Ciro) que fuera a Babilonia e hizo que tomara el camino de Babilonia. Como amigo y compañero caminó a su lado. Sus numerosas huestes, cuya cantidad era inmensa como el agua de un río, marchaban con sus armas a su lado. Sin combate y sin lucha le permitió entrar en la ciudad de Babilonia. Salvó a Babilonia de la opresión. A Nabonido, el rey que no lo honraba, lo puso en sus manos. Todos los habitantes de Babilonia, el país de Sumer y el país de Acad en su totalidad, príncipes y gobernadores se postraron de hinojos ante él, besaron sus pies, se alegraron de que fuera el rey; sus rostros estaban resplandecientes. “El señor, que con su ayuda ha devuelto a los muertos a la vida, que en (un momento de) desastre y opresión ha beneficiado a todos”, así lo celebraban llenos de alegría y ensalzaban su nombre. Yo, Ciro, rey del universo, rey poderoso, rey de Babilonia, rey de Sumer y de Acad, rey de los cuatro cuartos, hijo de Cambises, gran rey, rey de Anshan, nieto de Ciro, gran rey, rey de Anshan, descendiente de Teispes, gran rey, rey de Anshan, semilla eterna de la monarquía, cuyo reinado fue amado por Bel y Nabú y cuya monarquía tuvieron a bien que fuera agradable a sus corazones – cuando entré en Babilonia pacíficamente, erigí, en medio de vítores y aclamaciones, la sede del señorío en el palacio del soberano, Marduk, el gran señor, [...] a mí el gran corazón, [...] de Babilonia, a diario me preocupé de su culto. Mis numerosas huestes desfilaron pacíficamente a través de Babilonia. No permití que se levantara ningún alborotador en todo el país de Sumer y Acad. La ciudad de Babilonia y todos sus centros de culto mantuve en buen estado. A los habitantes de Babilonia, [que]

B. El Derecho Natural de los Romanos.

Varias son las orientaciones que ha tenido, a través de la historia, la doctrina del derecho natural; la expresión es originaria de Roma. Bajo la influencia de la filosofía griega, los juristas romanos afirmaron la existencia de un derecho superior al positivo, común a todos los pueblos y épocas.



82

Algunos llamaban derecho natural lo que la naturaleza enseñó a todos los animales, incluso el hombre y lo contraponían al derecho de gentes (*jus gentium*), usado por todos los pueblos. Otros daban a este último el nombre de *jus naturae*, sin precisar mayormente acerca de su contenido. Cicerón, en varios pasajes de sus obras, perfeccionó el concepto de un ordenamiento superior, inmutable, "que llama a los hombres al bien por medio de sus mandamientos y los aleja del mal por sus amenazas", que no puede ser derogado por las leyes positivas, que "rige a la vez a todos los pueblos y en todos los tiempos", y formado no por las opiniones,

contra la voluntad [de los dioses...] un yugo inapropiado para ellos, les permití que encontraran descanso a su fatiga, los liberé de su servidumbre.

Marduk, el gran señor, se regocijó con mis [buenas] obras, <http://quhist.com/cilindro-ciro-primer-declaracion-derechos-humanos-historia/>

⁸² Imagen *Corpus*,

https://www.google.com/search?q=imagen+derecho+natural+romanos&tbm=isch&source=iu&ictx=1&fir=95vwtok29I15RM%253A%252CYBcDh6vl8yY6UM%252C_&vet=1&usg=AI4_-kSwnNMq8yOIBH2

sino por la naturaleza, por "la recta razón inscripta en todos los corazones". En el último estadio del derecho romano, cuando ya se nota la influencia del cristianismo, aparece en las institutas de Justiniano una nueva definición de ese orden jurídico *sed naturalia quidem quae Apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque unmutabilia permanente*. Pero los derechos naturales, que existen en todos los pueblos, constituidos por la providencia divina, permanecen siempre firmes e inmutables.⁸³

Los principios fundamentales del derecho natural fueron ya sintetizados por los romanos, al decir: *iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non Laedere, suum quique tribuere*. Los preceptos del derecho son estos: vivir honestamente, no dañar a otros, dar a cada uno lo suyo. Vivir honestamente significa, en el caso, actuar de acuerdo con las normas morales que se incorporan al orden jurídico; no dañar a otros constituye una de las bases fundamentales de los derechos civil y penal; y dar a cada uno lo suyo es lo que exige la justicia como finalidad suprema del derecho.⁸⁴

Sabemos la trascendencia e influencia que ha tenido el derecho Romano en nuestro Sistema Jurídico y en todos los pertenecientes a la llamada Familia Romano-Germánica, pero solo anotamos este brevísimo antecedente de los derechos humanos, debemos puntualizar que En Roma se los garantizaban solamente al ciudadano romano que eran los únicos que podían formar parte en el gobierno, la administración de la justicia, la elección de funcionarios públicos, etc. Y hay quienes consideran que sí existía la figura del defensor de la plebe y la esclavitud en todas

⁸³ Enciclopedia Jurídica Omeba págs. Edit. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho-natural/derecho-natural.htm>

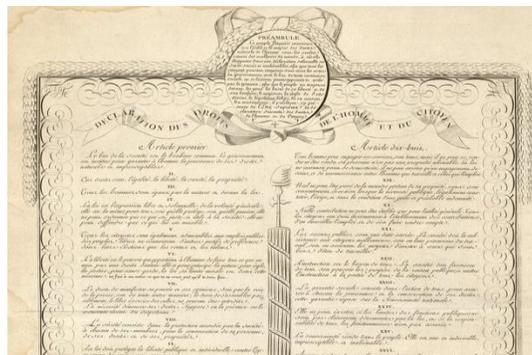
⁸⁴Derecho Natural. <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/derecho-natural/derecho-natural.htm>

Ver Morineau Uriarte, Marta, *Derecho Romano*, editorial Oxford, México, 2010 y Petit Eugene, *Derecho Romano*, editorial Porrúa, México, 2014, pp. 718 y Tablas Sinópticas de la Historia Interna y Externa del Derecho romano, es una edición facsimilar por el Lic. Álvarez de Icaza Emilio, Asociación nacional de Abogados, México 1980 p 45.

las etapas era permitida y lícita, entonces es cuestionable que haya antecedentes de derechos humanos como se regulan actualmente.

C. La Declaración de los Derechos del Hombre y de los Ciudadanos en 1789⁸⁵

En 1789, el pueblo de Francia causó la abolición de una monarquía absoluta y creó la plataforma para el establecimiento de la primera República Francesa. Sólo seis semanas después del ataque súbito a la Bastilla, y apenas tres semanas después de la abolición del feudalismo, la Asamblea Nacional Constituyente adoptó la Declaración de los Derechos del Hombre y de los Ciudadanos, *en francés: La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*; como el primer paso para escribir la Constitución de la República de Francia.



86

⁸⁵ Ver de Roger Price, Historia de Francia, Traducción de Brotons Muñoz, Alfredo y Mariño, Beatriz, 3a edición, Madrid, Edit. Akal, 2016 pp. 528, muy recomendable en el capítulo segundo esta la Revolución Francesa, contienen *la historia de Francia desde la Edad* trata las relaciones entre el Estado y la sociedad, el impacto de las guerras, la competencia por el poder y las formas en que éste ha sido utilizado a lo largo de la historia del país galo. Analiza a sus grandes protagonistas como Felipe Augusto, Enrique IV, Luis XIV, Napoleón y De Gaulle y contextualiza sus trayectorias vitales dentro de los procesos de cambio de las estructuras económicas y sociales y de las creencias. Esta tercera edición incluye un nuevo capítulo sobre la Francia contemporánea, una sociedad y un sistema político en crisis como resultado de la globalización, el aumento del desempleo, un sistema educativo ineficiente, las crecientes tensiones sociales y raciales, la corrupción, el ascenso de la extrema derecha, y una pérdida generalizada de confianza en los líderes políticos.

⁸⁶ Imagen biblioteca digital mundial <https://www.wdl.org/es/item/14430/>

La Declaración proclama que a todos los ciudadanos se les deben garantizar los derechos de libertad, de propiedad, seguridad y resistencia a la opresión. Argumenta que la necesidad de la ley se deriva del hecho de que... el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tiene sólo aquellos límites que aseguran a los demás miembros de la misma sociedad el goce de estos mismos derechos". Por lo tanto, la Declaración ve a la ley como una expresión de la voluntad general, destinada a promocionar esta equidad de derechos y prohibir sólo acciones dañinas para la sociedad".⁸⁷

Esta proclama influyo en la Constitución de las colonias que se independizaron de Inglaterra.

D. La Constitución de Estados Unidos de América (1787) y la Carta de Derechos (1791)

Como sabemos producto de la Unión de las colonias en contra del impuesto del té que imponía la corona británica.



La Carta de Derechos de la Constitución de EE. UU. protege las libertades básicas de los ciudadanos de Estados Unidos.

Escrita en el verano de 1787 en Filadelfia, la Constitución de Estados Unidos de América es la ley fundamental del sistema federal estadounidense y es el documento histórico del mundo occidental. Es la constitución nacional escrita más

⁸⁷ Una breve historia de los derechos humanos
<http://www.humanrights.com/es/what-are-human-rights/brief-history/declaration-of-human-rights.html>

antigua en uso y define los organismos principales del gobierno y sus jurisdicciones, y los derechos básicos de los ciudadanos.⁸⁸

Las primeras diez enmiendas a la Constitución (la Carta de Derechos), entraron en vigor el 15 de diciembre de 1791, limitando los poderes del gobierno federal de Estados Unidos y protegiendo los derechos de todos los ciudadanos, residentes y visitantes en territorio estadounidense.

La Carta de Derechos protege la libertad de expresión, la libertad religiosa, el derecho de tener y portar armas, el derecho de reunirse y la libertad de petición. También prohíbe la búsqueda e incautación irrazonable, el castigo cruel e inusual y la autoincriminación obligada. Entre las protecciones legales que brinda, la Declaración de Derechos le prohíbe al Congreso pasar ninguna ley respecto al establecimiento de religión y le prohíbe al gobierno federal privar a cualquier persona de la vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal. En casos criminales federales se requiere de una acusación por un gran jurado, por cualquier delito capital, o crimen reprobable, garantiza un juicio público rápido con un jurado imparcial en el distrito en el cual ocurrió el crimen y prohíbe el doble enjuiciamiento.⁸⁹

Nos dice Rene David, Que la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica es acta fundacional, no se limita a organizar las instituciones del país, Inspirada en las Escuelas del Derecho Natural y concebida como un realización de la idea del contrato social, delimita los poderes reconocidos a las autoridades federales con las de los Estados, y sobre todo con los ciudadanos y también la distingue que es una Constitución escrita y que admite el principio de control judicial de la constitucionalidad de las leyes.

⁸⁸ Ver Rene David, Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos, traducción de Bravo, Gala Pedro, edit. Aguilar, parte III, el Common Law, La Constitución de los estados Unidos, pp. 342-348 s.e., s.f.

⁸⁹ ídem

La Constitución de los Estados Unidos, es la cúspide del Common law establece normas generales de organización y de conducta. Y que dice el famoso Juez Marshall⁹⁰ en su resolución del principio de control judicial de las leyes federales. Que. Constitución destinada a perdurar durante siglos y que en consecuencia, debe adaptarse a las crisis diversas por las que transcurren los asuntos humanos.⁹¹

E. Mahatma Gandhi

Lo referimos porque muchos lo consideran padre de los derechos humanos. *Sostenía que no solo los Europeos tienen derechos naturales, todo el mundo y frente a la violencia insistió en que toda la gente en la tierra tenía derechos y debía ejercerlos en paz. 1915 Mahatma Gandhi conduce protestas en la India. Al final hasta los europeos empezaron a estar de acuerdo. 1931 pacto Gandhi Irwin*⁹²

Artífice de la Independencia de la India, de Gran Bretaña, sus metas siempre fueron mucho más amplias, y abarcaron la abolición de las castas, la justicia social, la transformación de las estructuras económicas y la concordia entre religiones, designios que convergían en el ideal de una profunda renovación ética y espiritual del ser humano. Sobre todo, apóstol de la no violencia y de la dignidad humana.

Los líderes de derechos civiles mundiales desde Martin Luther King, Jr., hasta Nelson Mandela han reconocido a Gandhi como fuente de inspiración en su lucha para conseguir igualdad de derechos para su gente.

F. La Declaración Universal de los Derechos Humanos. 1948

En numerosas convenciones, declaraciones y resoluciones internacionales de derechos humanos se han reiterado los principios básicos de derechos humanos

⁹⁰ Famoso caso Marbury vs Madison en 1803. Que estableció el control judicial de las leyes federales. A un presidente federalista John Adams, lo sucedió Thomas Jefferson del partido opuesto antes de dejar el cargo, Adams nombro a Marbury, Juez federal, pero el Secretario de Jefferson Madison, no le enviaba el nombramiento, por lo que lo demandó.

⁹¹ Ibidem Rene David, p. 344.

⁹² Ver Mahatma Gandhi, *Genios y líderes de la historia*, Bilbao España, Edit. Promex, 1980, tomo VI, p. 405.

enunciados por primera vez en la Declaración Universal de Derechos Humanos, como su universalidad, interdependencia e indivisibilidad, la igualdad y la no discriminación, y el hecho de que los derechos humanos vienen acompañados de derechos y obligaciones por parte de los responsables y los titulares de éstos. En la actualidad, todos los Estados Miembros 193 ⁹³ de las Naciones Unidas han ratificado al menos uno de los nueve tratados internacionales básicos de derechos humanos, y el 80% de ellos ha ratificado al menos cuatro de ellos, lo que constituye una expresión concreta de la universalidad de la DUDH y del conjunto de los derechos humanos internacionales.

En 1946, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas estableció la *Comisión de Derechos Humanos*, la cual es el principal órgano de adopción de políticas en materia de derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas. Esta Comisión estuvo bajo la presidencia de la Sra. Eleanor Roosevelt

Es emblemático el discurso en la presentación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, a la Asamblea General de Naciones Unidas en la ONU, por Anna Eleanor Roosevelt⁹⁴ el 9 de Enero de 1948.

Anna Eleanor Roosevelt fue la mujer que presidió el Comité que proyectó la Declaración Universal de Derechos Humanos que luego aprobara la Asamblea de las Naciones Unidas. Abogada defensora de las minorías, consagró su vida a las reformas sociales. Siendo esposa del presidente de los Estados Unidos Franklin D. Roosevelt, luchó, contra el racismo, la pobreza, por las mujeres y los niños y en su discurso entre otras cosas dijo:

⁹³ Ver página oficial de la ONU, <https://www.un.org/es/about-un/>

⁹⁴ Este discurso está considerado como uno de los más importantes del siglo XX. Sus antecedentes remiten a las Naciones Unidas. En 1946 se creó la Comisión de Derechos Humanos (dentro del Consejo Económico y Social). El primer trabajo de la Comisión fue el encargo de un proyecto de Declaración sobre Derechos Humanos, a un equipo formado por 8 miembros. Como Presidente de la Comisión fue elegida Eleanor Roosevelt, cuya ductilidad contribuyó fuertemente al éxito de los trabajos; René Cassin (Francia), judío liberal francés, jurista y filósofo, como vicepresidente, el cual tuvo una influencia determinante en el redactado final de la Declaración.



95

Nos encontramos en el umbral de un gran acontecimiento, tanto en la vida de las Naciones Unidas como en la vida de la humanidad. Esta Declaración Universal de Derechos Humanos, bien puede llegar a ser la Carta Magna de la Humanidad Esperamos su proclamación por la Asamblea General, que será un evento comparable a la proclamación de la Declaración de los Derechos del Hombre por el pueblo francés en 1789; la adopción de la Declaración de Derechos por el pueblo de los Estados Unidos, y la adopción de declaraciones semejantes en diferentes épocas en otros países.

En una época cuando hay tantos temas sobre los que nos resulta difícil alcanzar una base común de acuerdo, es un hecho significativo que 58 estados hayan encontrado un amplio acuerdo en el complejo campo de los derechos humanos. Esto debe ser tomado primero como el testimonio de nuestra aspiración común expresado en la Carta de las Naciones Unidas, para elevar a los hombres a un mejor nivel de vida en todo lugar y a un goce mayor de libertad. Está detrás de esta Declaración el deseo del hombre por la paz. La comprensión de que la violación flagrante de los derechos humanos por países nazis y fascistas sembró las semillas de la última guerra mundial, ha proporcionado el impulso necesario para la obra que nos lleva hoy aquí al momento de su realización.

⁹⁵ <https://asamian.wordpress.com/historia-de-los-derechos-humanos-2/>

Las dos guerras mundiales,⁹⁶ donde se violaron más los derechos humanos, por lo que después de estas surge la ONU, para respetar los derechos fundamentales, que son la *libertad y la dignidad de las personas*. Después de la Segunda Guerra Mundial y la creación de la Organización de las Naciones Unidas, la comunidad internacional se comprometió a no permitir nunca más atrocidades como las sucedidas en ese conflicto. Los líderes del mundo decidieron complementar la Carta de las Naciones Unidas con una hoja de ruta para garantizar los derechos de todas las personas en cualquier lugar y en todo momento.⁹⁷

G. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales 1950

Como antecedente a nuestro tema, señalamos este documento emitido en Roma, 4 de Noviembre de 1950, de la lectura de este convenio, se aprecia que señala los derechos anteriores a los datos personales, pero aún estos no se conocían exprofeso, Artículo 8. *Derecho al respeto a la vida privada y familiar 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*

H. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

⁹⁶ La Primera Guerra Mundial, también conocida como Gran Guerra, fue una desarrollada principalmente en Europa, que dio comienzo el 28 de julio de 1914 y finalizó el 11 de noviembre de 1918. La Segunda Guerra Mundial ha sido el conflicto armado más sangriento en la historia, suscitado entre 1939 y 1945, en el que participaron diversos países de todo el mundo, los cuales se dividieron en dos bandos: los Aliados y las Potencias del Eje. Los Aliados: Gran Bretaña, EE. UU., Francia y la Unión Soviética Las Potencias del Eje: Alemania, Italia y Japón.

⁹⁷ ídem

Empezando el Siglo XXI el Parlamento Europeo, emitió La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea es un documento que contiene provisiones de derechos humanos y fue proclamado por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 en Niza su función es consolidar los Derechos Humanos en los países Europeos, cuyo fin es compartir un futuro pacífico y basado con valores universales.⁹⁸

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se integra en la Parte II del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Tras la firma de dicho Tratado, el 29 de octubre de 2004 en Roma, puede afirmarse que la Carta se convertirá en parte integrante del acervo comunitario, una vez concluya la ratificación del texto los años venideros. Hasta entonces, hasta la finalización del proceso de ratificación, la Carta no será un documento jurídicamente vinculante, lo que no implica desnudez de efectos jurídicos, tal y como demuestra el papel que ha venido desempeñando desde su solemne proclamación en diciembre de 2000 hasta hoy. Es el fundamento de la Constitución para Europa que no se ha consolidado. Comentemos brevemente algunos de sus artículos en relación con nuestro tema.

Artículo 1º. Dignidad humana La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida.

Artículo 8 Protección de datos de carácter personal 1. *Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.* 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedaran sujeto al control de una autoridad independiente.⁹⁹

⁹⁸ Ver García Ricardo y Sarmiento Daniel, La carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, explicaciones, concordancias, jurisprudencia, Madrid, Editorial Civitas, 2006, p. 472.

⁹⁹ Ver, http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

En el año 2000, como dice Piñar, se dio un giro Copernicano tanto en la Unión Europea como en España, se abre una nueva etapa en la que se considera a la protección de datos de carácter personal, como un verdadero derecho fundamental, autónomo, e independiente del derecho a la intimidad. Derivada de esta Carta.¹⁰⁰ Lo que confirma lo que hemos venido sosteniendo que la protección de datos es un derecho del Siglo XXI.



101

III. Las Generaciones de los Derechos Humanos

Los Derechos Humanos han sido clasificados atendiendo a diversos criterios, así podemos encontrar clasificaciones que atienden a su naturaleza, al origen, contenido y por la materia a la que se refieren. Con un propósito pedagógico han sido clasificados en tres generaciones, o más, esto en función al momento histórico en que surgieron o del reconocimiento que han tenido por parte de los Estados. Es conveniente indicar que el agrupamiento de los derechos humanos en generaciones no significa que algunos tengan mayor o menor categoría o calidad sobre otros pues todos ellos encuentran en la dignidad humana el principio y fin a alcanzar. Así entonces en la primera generación fueron agrupados los derechos civiles y políticos, en la segunda generación los derechos económicos, sociales y culturales y en la tercera generación se agruparon los que corresponden a grupos de personas o colectividades que comparten intereses comunes.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 18.

¹⁰¹ Imagen parlamento Europeo, <https://www.vectorlogo.es/logos/logo-vector-parlamento-europeo/>

Actualmente es mayormente aceptado clasificar los derechos humanos únicamente en civiles, económicos, sociales, culturales y ambientales. *Es importante decir que dentro del conjunto de derechos humanos no existen niveles ni jerarquías pues todos tienen igual relevancia, por lo que el Estado se encuentra obligado a tratarlos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso.*¹⁰²

El reconocimiento u otorgamiento de los Derechos Humanos, doctrinalmente se ha clasificado como dijimos en generaciones, que se refieren a determinada época, contexto histórico, pero ello no significa que se cambien sino al contrario se van sumando más derechos, surgen porque la sociedad cambia, evoluciona, y deben enmarcarse nuevos derechos. El reconocimiento legal de los mismos.

Esto es, la primera generación de derechos, el suceso que los marca es la Revolución francesa, se da en los Siglos XVII y XVIII, ha quedado marcada por las libertades individuales, lo que ha constituido los derechos de defensa de la persona, cuya exigencia consistía en la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada de la persona.

En nuestro sistema se considera que es la primera generación de derechos se estipularon en las Constituciones de 1824, la primera del México independiente y la de 1957, a los que estudiamos en el siglo pasado nos enseñaban como garantías y estaban en los primeros 29 artículos de la Constitución.

A. Primera Generación

Como se comenta la generación de los derechos es una clasificación doctrinal, conforme al reconocimiento legal de los mismos, es un metalenguaje.

Estos derechos de primera generación empiezan a ser reconocidos a fines del Siglo XVII y Siglo XVIII, el suceso que marca esta generación, básicamente se

¹⁰² CNDH, http://www.cndh.org.mx/Que_son_Derechos_Humanos

considera la Revolución Francesa de 1789, en que se emite la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano.

El tipo de derechos que se asocian a esta categoría son principalmente todas las libertades fundamentales, verbigracia, libertad de expresión; de conciencia y religión; de asociación, también es común identificar el derecho de propiedad, a la igualdad y a la vida.

A esta corresponde el derecho a la vida y a la integridad. Prohibición de esclavitud. Libertad de conciencia y religión y una amplia gama de la no discriminación y el derecho al voto.

Etapa en que se configuraron una serie de derechos relativos a, la privacidad, tal como lo fue el derecho al honor, a la vida, a la integridad personal, así como el propio reconocimiento a la intimidad de la persona. Derecho que hoy, como consecuencia del desarrollo tecnológico y las nuevas formas de comunicación e información, ha sido necesario reformular en su alcance y contenido.

En síntesis los derechos civiles y los derechos políticos. El ciudadano, la persona física es el centro de estos.

B. Segunda Generación

La segunda generación, en el Siglo XIX, como consecuencias de la Revolución industrial, es llamada de los *derechos económicos, sociales y culturales*, y con frecuencia se abrevian como "DESC". Este tipo de derechos, a diferencia de los civiles y políticos, implica que el Estado haga algo, es decir, que se garantice el acceso a ellos de forma progresiva de acuerdo a las posibilidades económicas del Estado. Como el nombre de la clasificación lo indica, los derechos tienen una carga social, con el fin de mejorar las condiciones de vida

A esta corresponden los derechos económicos y culturales. Derecho al trabajo, sindicatos Seguridad social. Protección a familia a niños, tener una vivienda digna, a la Salud, la Educación y Vida cultural

Esta segunda generación de derechos humanos, nacida por un marcado matiz ideológico de las propias libertades individuales, sufriría un amplio proceso de erosión e impugnación en las luchas sociales del siglo XIX. Estos movimientos reivindicatorios evidenciaron la necesidad de completar el catálogo de derechos y libertades de la primera generación, con una segunda generación como lo han sido los derechos económicos, sociales y culturales.¹⁰³

Y en la facultad de derecho al estudiar la licenciatura nos enseñaron que eran las llamadas garantías sociales, las que después de la Revolución, se estipulan en la Constitución de 1917, las garantías de grupos vulnerables, las de los trabajadores, las de los campesinos de las clases desprotegidas. Entre ellos encontramos el derecho a la educación, a la salud, al trabajo. La mayoría de estos derechos consisten en la prestación de un servicio. Conforme a esta clasificación, el primer texto constitucional en el mundo en contemplarlos fue nuestra Constitución mexicana de 1917.

Dicha fase se caracterizó por contemplar los derechos de participación, siendo necesaria una política activa de los poderes públicos encaminada a garantizar su ejercicio a través de técnicas jurídicas de prestaciones y de servicios públicos. Con la consagración jurídica de tales derechos y políticas se establecería un Estado social de derecho.¹⁰⁴

C. Tercera Generación

Los ubican en el Siglo XX como consecuencias de las Guerras Mundiales, Como una estrategia reivindicatoria de los derechos humanos, se presenta una nueva

¹⁰³ Pérez, Luño, Antonio E., *La tercera generación de derechos humanos*, España, Editorial Aranzadi, 2006, p. 27.

¹⁰⁴ García, González, Aristeo, La protección de datos personales, derecho fundamental del Siglo XXI, un estudio comparado, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, revista del IJ, número 120 año 2007, p. 28 <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derechocomparado/article/view/3933/4972>

etapa que ha venido a cumplimentar las fases anteriores. De este modo, los derechos y las libertades de la tercera generación se presentan como una respuesta al fenómeno de lo que se ha denominado "*contaminación de las libertades*" *pollution des libertés*, término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona hacen alusión a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías¹⁰⁵

La tercera generación de derechos ya no la aprendimos de estudiantes, si no de maestros, y básicamente es a partir del año 2000 que se incorporan a nuestra Carta Magna derechos de tercera generación como los derechos ecológicos, los de los indígenas, el derecho a la cultura, y los derechos de las tecnologías de la información, el derecho al deporte y a la cultura¹⁰⁶

A esta etapa corresponden los derechos de los pueblos o derechos de solidaridad, podemos señalar como característica sui generis que pertenecen a un grupo indeterminado de personas, que tienen un interés común. Y tienen como objetivo la justicia social internacional, problemas de alimentación, demográficos, ecológicos, medio ambiente y el avance de la tecnología y todo el desarrollo que permita una vida digna.

Algunos autores agregan los Derechos de Cuarta Generación-Ubicar los derechos a los Migrantes, a los refugiados, derecho al asilo político en el Siglo XXI.

La metodología en el estudio de los derechos humanos dividiéndolos en generaciones, parece que ha creado, mayor confusión, haciendo creer que siguen una forma de evolución natural, y que en la actualidad nos encontramos en una quinta generación de ellos¹⁰⁷

¹⁰⁵ ibidem pg. 22 y ss.

¹⁰⁶ Es una de las propuestas para la Constitución de la ciudad de México del Dr. Carlos Daza, candidato al Constituyente.

¹⁰⁷ De la Garza Reyes Alejandro y Téllez Carvajal Evelyn, género y Tic p. 52, Derecho y TIC, vertientes actuales, México, Edit. IJ-INFOTEC, 2016, p. 52.

Y para fraseando a estos autores: *Permítasenos alejarnos de los debates filosóficos respecto al tema por no ser objeto del presente análisis, y concentrarnos en la evolución de los derechos humanos contenidos en instrumentos internacionales de derechos humanos, hasta llegar a los derechos humanos de la sociedad de la información, haciendo especial énfasis en la incorporación y al reconocimiento de la protección de datos personales o de la autodeterminación.*¹⁰⁸

Y para terminar con este apartado de los derechos humanos, cabe destacar otra parte del discurso de Eleanor Roosevelt en la presentación de la declaración manifestó textualmente:

En un reciente discurso en Canadá, Gladstone Murray dijo:

*El hecho central es que el hombre es fundamentalmente un ser moral, que aquella luz que tenemos es imperfecta, no importa siempre que tratemos de mejorar... somos iguales en compartir la libertad moral que nos distingue como hombres. El estado del hombre hace a cada individuo a un fin en sí mismo. Ningún hombre es por naturaleza simplemente el siervo del estado o de otro hombre... el ideal y el hecho de la libertad —y no la tecnología—son las verdaderas marcas distintivas de nuestra civilización”.*¹⁰⁹

Queremos destacar de esto que el ideal del hombre es la libertad y no la tecnología, y debe levantar el nivel de dignidad humana.

IV. Concepto de Derechos Humanos

Este significado es muy debatido entre los juristas, los filósofos del derecho y los actores del proceso legislativo, en la doctrina, y en la jurisprudencia.

Los derechos humanos, se han puesto de novedad, se abusa del término en todos lados para los políticos es solo discurso, pero como aterrizarlos en lo jurisdiccional, en la vida real y entre los gobernados se desvirtúa la idea de los derechos humanos.

¹⁰⁸ Ídem p. 53.

¹⁰⁹ <http://constitucionweb.blogspot.mx/2011/01/discurso-en-la-presentacion-de-la.html>

La evolución tecnológica ha tenido como consecuencias el origen de nuevos derechos fundamentales.

A. *Derechos Humanos en la Doctrina*

Concepto de derecho fundamental de Luigi Ferrajoli dice: Propongo una definición teórica puramente formal de derechos fundamentales: *Son todos aquellos derechos subjetivos, que corresponden universalmente a todos los seres humanos, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo como derechos subjetivos, cualquier expectativa positiva de prestaciones, o negativa de no sufrir lesiones, adscrita a un sujeto por una norma jurídica.*¹¹⁰

Abelardo Villegas citado por Evelyn Téllez, dice que a los derechos humanos los considera: *que son principios filosóficos y no derecho positivo, por eso no pueden prever ningunas situaciones que se presenten en diversas modalidades históricas*¹¹¹

Tema de debate ha sido este si los derechos humanos son principios filosóficos o derecho positivo, no es el quid de este trabajo.

Otro autor Rafael Aguilera sostiene. *Los Derechos Humanos constituyen un conjunto de facultades e instituciones, que en cada momento histórico han ido concretando las exigencias de la dignidad humana, igualdad y libertad humanas, exigencias fundamentales que forman parte de las sociedades democráticas desarrolladas.*

Esta enunciación, nos parece que confunde el derecho sustantivo con el adjetivo, y concuerda más con un discurso político, pero el mismo autor más adelante hace otra aseveración con la cual coincidimos: *Los derechos humanos constituyen una*

¹¹⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, 3ª edición, Madrid, Trotta, 2002, p. 37.

¹¹¹ Téllez Carvajal ob. Cit., p. 52.

*de las grandes invenciones revolucionarias que ha producido la modernidad jurídica y política en nuestra cultura occidental.*¹¹²

Toda vez que al ponerse en boga y que sea una actualidad política, es un hecho que está cambiando el conocimiento y el respeto a los derechos humanos, como ejercerlos, y evitar su violación, estableciendo una cultura de la legalidad.

Los Derechos Humanos son el conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona. Este conjunto de prerrogativas se encuentra establecido dentro del orden jurídico nacional, en nuestra Constitución Política, Tratados Internacionales y las Leyes Secundarias.

El respeto hacia los derechos humanos de cada persona es un deber de todas las autoridades en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos consignados en favor del individuo.

Otra parte de la doctrina sostiene que los derechos fundamentales, son derechos humanos que se han llevado a la Constitución con el fin de ser positivizados es decir reconocidos, teoría a la cual me adhiero.¹¹³

B. Principios de los Derechos Humanos

De igual manera, la aplicación de los derechos humanos a la que se encuentran obligadas todas las autoridades se rige por los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

¹¹² Aguilera Portales, Rafael Enrique, *Nuevas perspectivas y desafíos en la protección de derechos humanos*, México UNAM, IJ. 2011, p XI.

¹¹³ Alexy Robert, citado por García Torres en *La Protección de datos personales en México*, México, Ed. Senado de la República, 2006, p. 50.

- a. Principio de Universalidad, señala que los derechos humanos corresponden a todas las personas por igual.
- b. Principio de Interdependencia, consiste en que cada uno de los derechos humanos se encuentran ligados unos a otros, de tal manera que el reconocimiento de uno de ellos, así como su ejercicio, implica necesariamente que se respeten y protejan múltiples derechos que se encuentran vinculados.
- c. Principio de Indivisibilidad, Se habla de indivisibilidad de los derechos humanos en función a que poseen un carácter indivisible pues todos ellos son inherentes al ser humano y derivan de su dignidad. Es decir que disfrute de los derechos humanos sólo es posible en conjunto y no de manera aislada ya que todos se encuentran estrechamente unidos.
- d. Principio de Progresividad, constituye una obligación del Estado para asegurar el progreso en el desarrollo constructivo de los derechos humanos, al mismo tiempo, implica una prohibición para el Estado respecto a cualquier retroceso de los derechos.

Los principios son las bases, los cimientos sobre los cuales se establecen la protección de datos personales como derecho humano.

El Estado debe proveer las condiciones óptimas de disfrute de los derechos y no disminuir ese nivel logrado.

El poder público debe hacer todo lo necesario para que sean superadas la desigualdad, la pobreza y la discriminación y proteger los datos personales.

La promoción, respeto, protección y garantía de los Derechos Humanos tiene la función de:

- Contribuir al desarrollo integral de la persona.
- Buscar que todas las personas gocen de una esfera de autonomía donde les sea posible trazar un plan de vida digna que pueda ser desarrollado, protegidas de los abusos de autoridades, servidores públicos y de los mismos particulares.
- Representa límites a las actuaciones de todos los servidores públicos, sin importar su nivel jerárquico o institución gubernamental, sea Federal, Estatal o Municipal, siempre con el fin de prevenir los abusos de poder, negligencia o simple desconocimiento de la función.
- Crear condiciones suficientes que permitan a todas las personas tomar parte activa en el manejo de los asuntos públicos y en la adopción de las decisiones comunitarias de la vida democrática.¹¹⁴

Dice el Magistrado Durán.-Las necesidades básicas del ser humano , están siendo trastocadas por las gran violación a los derechos humanos, hace falta la debida integración y consolidación de sus instituciones para que las personas que ocupan la función y la representación democrática que se vive en México, sea eficaz y evitar una gran cantidad de violaciones a los derechos humanos, precisamente porque si no se satisfacen las necesidades mínimas de carácter social, es prácticamente seguro que la violación a los derechos humanos en particular se esté cometiendo constantemente.

Las reformas en materia de derechos humanos a la Constitución, como dice el mismo Magistrado, son punta de lanza, para que México avance por el sendero de los países que protegen y respetan los derechos humanos de la sociedad y consecuentemente de cada uno de sus habitantes, una tarea muy difícil de lograr, pero no imposible. Es importante empezar y para ello el marco jurídico es

¹¹⁴ http://www.cndh.org.mx/Que_son_Derechos_Humanos

fundamental, pues es la mejor herramienta con la que cuenta la autoridad para llevar a cabo sus funciones, pero también es necesaria la cultura de la sociedad, por el respeto de los derechos humanos y en eso hay que trabajar todos los mexicanos, y más los operadores jurídicos.¹¹⁵

O como asevera Miguel Carbonell. - *Leer el texto Constitucional, no puede ser comprendido o dotado de significados precisos, si no generamos una atmósfera cívica que haga de los derechos humanos el parámetro compartido de la vida social. Las normas no pueden imponerse por sí solas, hacen falta hombres y mujeres que luchen por su eficacia y pongan de su lado para que sean aplicadas.*

*Hay que empezar cuanto antes y poner todo lo que esté a nuestro alcance para difundir los derechos humanos, explicar su importancia, desmenuzar sus significados, destacar sus posibilidades aplicativas, etcétera.*¹¹⁶. O como decía Jorge Carpizo en sus conferencias: Los derechos humanos son el conjunto de atribuciones reconocidas por instrumentos jurídicos para hacer efectiva la idea de dignidad de todas las personas, lo que permite una existencia humana desde diversos ámbitos relacionados entre sí, como son el individual, social, político, económico y cultural.

Sí los derechos humanos en general, apenas empiezan a ser conocidos en el imaginario colectivo, consideramos que la importancia de tus datos personales, como derecho humano, todavía faltan unos años, para que la gente los conozca, los valore, los haga suyos, los ejerza, pero en algo estamos contribuyendo con esta investigación.

C. Derechos Humanos en la Norma Jurídica

Ya comentamos que en el desarrollo de la historia han existido diversos instrumentos para la defensa de los derechos humanos de las personas

¹¹⁵ Durán Pérez, Ángel, *Formularios judiciales en materia de Amparo*, México, edit. Gallardo ediciones, 2015, pp. 8-9.

¹¹⁶ Carbonell Miguel, *Estudio introductorio, Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos*, 2ª edición, Mex, D.F, edit. Tirant Lo Blanch, 2015 p. 23.

físicas, tanto en el ámbito Internacional, como en nuestro Sistema Jurídico Mexicano, estos corresponden a todas personas por el solo hecho de serlo, por igual para todos en todo el mundo.

1. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948

En el preámbulo dice: La asamblea general Proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.¹¹⁷

De la lectura de los 30 artículos en correspondencia con nuestro tema, en mi opinión se relacionan los siguientes artículos:

Art 1.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales *en dignidad* y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros

Art 3.- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la *seguridad de su persona*.

Art 6.- Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su *personalidad jurídica*.

Art 12.- *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.*

¹¹⁷ <http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001790/179018m.pdf>

Art 28.- Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente *efectivos*.

Art 30.- Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados.

Con esta Carta en 1948, la comunidad Internacional se comprometió a defender la dignidad y la justicia para todos los seres humanos, reconociendo los derechos básicos y las libertades fundamentales.

De la lectura del preámbulo, del discurso y de los artículos no se encuentran un concepto como tal de derechos humanos, va implícito, se deduce, pero no se conceptualiza. la lista de derechos humanos universales se centra en aquellas libertades todavía más concretas y relacionadas con nuestro día a día como personas que conviven y trabajan en sociedad, pero recordemos que cuando se emitió esta Declaración, todavía no se vivía en la Sociedad de la Información, concepto que analizaremos más adelante.

2. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Ratificado por México hasta 1981¹¹⁸ Es un Tratado multilateral general que reconoce Derechos civiles y políticos y establece mecanismos para su protección y garantía. y básicamente en virtud del artículo 2, los Estados partes en el Pacto asumen la obligación, respecto de toda persona en su territorio o bajo su

¹¹⁸Este instrumento internacional fue adoptado por la Organización de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 16 de diciembre de 1966, mismo que fue aprobado por el Senado de la República el 18 de diciembre de 1980, lo cual consta en el Diario Oficial de la Federación del 9 de enero de 1981. Tratados Internacionales en materia de derechos humanos en la que México es parte ver la página de la SCJN, <http://www.internet2.scjn.gob.mx/red/constitucion/>

jurisdicción, de respetar y garantizar los derechos humanos reconocidos.¹¹⁹ De este ordenamiento cabe resaltar que estipula: Primero el derecho a la libre determinación de los pueblos; en la segunda parte, en los artículos 2 al 5 Garantías de los Estados de no exclusión del presente Pacto por condiciones sociales, personales y económicas, de los individuos que integran cada Estado Parte y otros derechos tendientes a su protección; casos que suspenden las obligaciones contraídas en virtud de este pacto; prohibición del ejercicio abusivo del derecho apelando a este Pacto. y en los artículos 6 al 27 Protección por motivos de sexo, religiosas, raciales u otras formas de discriminación.¹²⁰

Y en especial el artículo 17 derecho a la vida privada.

ARTÍCULO 17 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

De su análisis, podemos apreciar que igualmente no emite un concepto expreso de derechos humanos, pero si hay indicios de la protección de la privacidad.

De su lectura, alcanzamos a valorar que este instrumento Internacional, se va acercando un poco a la protección de nuestro bien jurídico, igualmente cuando se expidió todavía no estábamos en la Sociedad de la Información, pero algunos de los derechos civiles incluyen la garantía de la integridad física así como el derecho a la vida y a la moral, derecho al honor y de la seguridad de las personas, los

¹¹⁹ Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

¹¹⁹ Adopción en Nueva York; adhesión de México 24 de marzo de 1981; publicado en el D.O.F 20 de mayo de 1981. <http://ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D47.pdf>

¹²⁰ En la actualidad 168 Estados son parte de este Pacto.

domicilios y las comunicaciones; el derecho a la igualdad y la protección contra la discriminación originada en cualquier condición personal o social.

3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.¹²¹

En su primera parte del art. 1 se desprende que reconoce el derecho de libre determinación de los pueblos, incluyendo: la libertad de su condición política, procurar su desarrollo económico, social y cultural, y gestionar y disponer de sus propios recursos. Se reconoce un derecho negativo de un pueblo a no ser privado de sus medios de subsistencia, e impone la obligación de que las partes todavía responsable de la no autónomos y territorios en fideicomisos o colonias para estimular y respetar su libre determinación.

En los artículos del 2 al 5 Instituye el *principio de realización progresiva*. También pretende el reconocimiento de los *derechos sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*. Los derechos sólo pueden ser limitados por la ley, de manera compatible con la naturaleza de los derechos, y sólo con el fin de promover el bienestar general en una sociedad democrática.

Y en los artículos 6 al 15 encontramos que los derechos que se identifican ahora como datos personales ya se protegían desde entonces leamos la listas de estos incluyen los derechos a:

Trabajo, bajo "condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias",¹⁴ con el derecho a fundar y afiliarse a los sindicatos (Artículos 6, 7 y 8);

Seguridad social, incluso al seguro social (Artículo 6);

¹²¹ Publicado D.O.F.12 de mayo de 1981 ver página SCJN ídem

La vida familiar, incluida la licencia parental remunerada y la protección de los niños (Artículo 10);

Un nivel de vida adecuado, incluso alimentación, vestido y vivienda, y la "mejora continua de las condiciones de existencia" (Artículo 11);

La salud, específicamente el "más alto nivel posible de salud física y mental" (Artículo 12);

La educación, incluida la enseñanza primaria universal y gratuita, disponible en general, la enseñanza secundaria, e igualmente accesible la educación superior. Esto debe estar encaminada a "el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales",¹⁵ y ayudar a todas las personas para participar efectivamente en la sociedad (Artículos 13 y 14);

Participación en la vida cultural (Artículo 15).

Los dos Pactos fueron adoptados por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966 y entraron en vigor en 1976, después de obtener las ratificaciones de un número suficiente de países.¹²²

Junto con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los dos Pactos constituyen la Carta Internacional de Derechos Humanos, que establece los derechos que son patrimonio de todos los seres humanos.

Los dos Pactos son jurídicamente vinculantes para los Estados que son parte. México a partir de 1981.

¹²² Ver El manual Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Exigibles y Justiciables. Preguntas y respuestas sobre los DESC y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Coordinación e investigación: Areli Sandoval Terán (Coordinadora del Programa Diplomacia Ciudadana, DESCA y Social Watch México de DECA Equipo Pueblo, A.C./ Espacio DESC) y Carlos de la Torre (ONU-DH México) México 2010., p 64

4. Convención Americana sobre Derechos Humanos

Conocida como Pacto de San José porque se emitió en San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969. Vinculante¹²³

Primero debemos comentar el surgimiento de la OEA, fue creada en 1948 cuando se subscribió, en Bogotá, Colombia, la Carta de la OEA que entró en vigencia en diciembre de 1951. La Organización fue fundada con el objetivo de lograr en sus Estados Miembros, como lo estipula el Artículo 1 de la Carta, *"un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia"*.

Hoy en día, la OEA reúne a los 35 Estados independientes de las Américas, México fue de los países fundadores.¹²⁴ Y en la Asamblea en pleno, emitieron esta Convención, que comentaremos brevemente.

Enumeración de Deberes Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos 1. Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Y los preceptos vinculados con nuestro tema son:

ARTÍCULO 11. Protección de la Honra y de la Dignidad 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en

¹²³ El presente instrumento internacional fue adoptado en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969; el mismo fue aprobado por el Senado de la República el 18 de diciembre de 1980, lo cual consta en el Diario Oficial de la Federación del 9 de enero de 1981. Dicho instrumento entró en vigor en el ámbito internacional el 18 de julio de 1978, pero para el Estado mexicano no fue sino hasta el 24 de marzo de 1981, <http://legpub.cndh.org.mx/20121116060953-23.pdf>

¹²⁴ http://www.oas.org/es/acerca/nuestra_estructura.asp

la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

CAPITULO V. deberes de las personas artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos 1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

Este ordenamiento es importante en nuestro sistema jurídico porque es el fundamento de la creación de la a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada la Comisión, y b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada la Corte. Como medios de control de estos derechos

Sabemos que últimamente las Decisiones de la Corte Interamericana, han tenido efectos de trascendencia en nuestro sistema jurídico mexicano.¹²⁵

5. Consejo de Europa

Por otro lado, En la Comunidad Europea, de la Comisión Consultiva, surgió la Resolución 509 de la Asamblea del Consejo de Europa sobre los Derechos

¹²⁵ Ver Convención Americana de derechos humanos comentada, publicada por la SCJN,

http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_Comentada.shtml, Señala que el movimiento de reformas constitucionales en algunos Estados, las cuales tienden los caminos necesarios para la sólida recepción nacional de los instrumentos internacionales, así como el bloque de constitucionalidad consagrado ya en las Constituciones de otros países. Tercero, al interior de los países, los operadores jurídicos nacionales no suelen contar con una formación en derechos humanos y, no obstante, deben asumir los desafíos jurídicos que representan, por ejemplo, un litigio en el que se invoquen instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, la aprobación en su país de una reforma constitucional en derechos humanos o el bloque de constitucionalidad ya incorporado en su máximo ordenamiento legal que le obliga a interpretar las leyes a la luz y en conformidad con los derechos humanos como normas básicas rectoras de la relación Estado-ciudadano y, en algunos casos, incluso de la relación entre privados (conocido como eficacia horizontal).

Humanos y los nuevos logros Científicos y Tecnológicos, que responden a una inquietud existente en toda Europa. Suele decirse no sin razón que en tal resolución se encuentra el verdadero origen del movimiento legislativo que desde entonces recorre toda Europa en materia de protección de datos¹²⁶ sabemos que las disposiciones de la Comunidad Europea no son vinculantes para nuestro país, pero si ilustrativas, ejemplificativas., demostrativas, persuasivas.

Se suele considerar como primer antecedente el trabajo desarrollado por el Consejo de Europa en la Resolución 509/1968 de la Asamblea del Consejo de Europa relativa a *Los derechos humanos y los nuevos logros científicos y técnicos*. La citada Resolución, si bien no menciona la protección de datos directamente, concreta la necesidad de adoptar mecanismos de protección que comprenda la vida privada y otros derechos fundamentales que pueden verse afectados por las TIC. A partir de ella, se inician muchos estudios que muestran preocupación por la relación existente entre la informática y la intimidad de las personas y las implicaciones que aquellas tienen para los ciudadanos, en especial en el tratamiento de datos de carácter personal.¹²⁷

Dice Piñar¹²⁸ como lo anotamos en páginas anteriores pero reiteramos; en el año 2000, la situación experimenta un giro copernicano, tanto en la Unión Europea, como en España, se abre una nueva etapa que se basa en la consideración de la protección de datos de carácter personal como un verdadero Derecho Fundamental Autónomo e independiente del derecho a la intimidad, ello deriva fundamentalmente(sic) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en la cumbre de Niza el 7 de diciembre de 2000, que de forma lacónica pero tajante, dispone en su artículo 8, dentro del capítulo relativo a las

¹²⁶ Piñar, Mañas, José Luis, *El derecho fundamental a la protección de datos personales*, En García Torres ibidem., p. 15.

¹²⁷ De la Serna, Bilbao, Nieves, *Derecho de las Tecnologías de la Información Lección 2: El Derecho a la Protección de Datos de Carácter Personal en Europa, España*, Universidad Carlos III de Madrid, 2010, p. 4.

¹²⁸ Ver apartado II. H, antecedentes históricos de este capítulo. Durante su Dirección en la Agencia de Protección de datos de España, dio gran impulso a este derecho en toda Iberoamérica.

Libertades, que: "Toda persona tiene derecho a la protección de datos de carácter personal que le conciernan".¹²⁹

La carta no forma parte del Tratado de Lisboa estaba previsto que formara parte de la Constitución Europea, pero al no aprobarse esta, se modificó la previsión, pero por la remisión en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea tras la reforma de Lisboa se hace vinculante para todos los estados, con excepciones de Polonia y Reino Unido.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se estructura en dos partes: un Preámbulo introductorio, y siete Títulos que recogen los cincuenta y cuatro artículos que integran la Carta. El último de esos títulos define el ámbito de aplicación de la Carta y los principios que rigen su interpretación, mientras que cada uno de los otros títulos trata sobre un derecho. Cada título se divide, a su vez, en artículos que desarrollan cada uno de esos derechos. Así, por ejemplo, el Título I trata de la dignidad de la persona y los diversos artículos que la desarrollan, pronunciándose sobre la dignidad humana, el derecho a la vida, el derecho a la integridad de la persona. Recordemos que los datos personales se vinculan con la dignidad de las personas. Esta Carta es aplicable para los ciudadanos de Europa.

Con este documento se dan las bases para que en Europa y posteriormente en Iberoamérica se considere un Derecho Fundamental Autónomo, como abundaremos en el capítulo de derecho comparado.

Sigue diciendo el maestro Piñar: "este derecho supone, por tanto, el reconocimiento a las personas de un verdadero y efectivo poder de disposición sobre sus datos personales, está sin embargo sometido a diferentes retos o tensiones que conviene tener muy en cuenta. *Creo tales reconducciones pueden reconducirse (sic) a las siguientes: a) libertad de expresión; b) transparencia y acceso a la información; c) intereses y evolución del mercado y d) lucha contra el terrorismo y garantía de la seguridad pública.*"¹³⁰

¹²⁹ Piñar José Luis, *ibidem.*, p. 17 y ss.

¹³⁰ Ídem p. 25.

Totalmente de acuerdo debe encontrarse el equilibrio entre estos derechos y mi derecho a proteger mis datos.

6. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En ámbito Nacional, no hay duda de que el fundamento Constitucional de los Derechos Humanos como tal, evolucionó con las reformas a la Constitución publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, entre los cambios significativos, y que están vinculados con el tema central de esta tesis son los siguientes *grosso modo*:

La modificación al título del primer Capítulo se llamaba de las Garantías Individuales y cambia a *De los Derechos Humanos y sus garantías*. Pareciera un simple cambio, pero es una revolución jurídica.

Entre los cambios trascendentes del art 1º podemos destacar:

Se modifica el término de individuo por el de *persona*, incorpora el reconocimiento del goce de los derechos humanos recogidos en tratados internacionales reconocidos por México, así como las garantías para su protección.

En el segundo párrafo, incorpora la interpretación de las normas relativas a derechos humanos bajo *el principio pro personae*.

El tercero, establece las obligaciones a cargo de todas las autoridades de respeto, protección y reparación de violaciones a los derechos humanos bajo los principios de: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y *progresividad*.

En el art 3 La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, *el respeto a los derechos humanos* y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.

Se debe educar en la protección de datos personales como abundaremos en el capítulo V de este trabajo.

En el artículo 11 cambia la palabra en lugar de todo hombre dice *toda persona*.

El artículo 15 Modifica la parte relativa a la prohibición de celebración de convenios o tratados que alteren los derechos humanos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales.

Existen tratados internacionales en materia de protección de datos personales como se comentarán en el desarrollo del presente.

Y en el artículo 29 que se conocía como suspensión de garantías, estipula ya no sólo el supuesto de suspensión sino también de restricción de derechos. Y en el nuevo segundo párrafo plasma los derechos que no podrán restringirse ni suspenderse en una declaratoria de excepción.

...En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; ...

Y el artículo 89 que señala las facultades y obligaciones del Presidente de la República, Reforma la fracción X, sobre la conducción de la política exterior en la cooperación internacional incluir, dentro de los principios normativos a observar, el de respeto, protección y promoción de los derechos humanos.

El artículo 97 que señala las atribuciones de la Suprema Corte, Deroga la facultad de investigación por violaciones graves de derechos humanos de la SCJN establecida en el segundo párrafo, y se transfiere a la CNDH en el artículo 102 apartado B.

Y el artículo 102 que es un híbrido, con relación al tema que nos importa en este estudio, en cuanto a la CNDH se reformo en el sentido de ya tener la obligación los servidores públicos de responder a las recomendaciones de la CNHD, y en caso de no cumplirlas o aceptarlas deberán fundar y motivar su negativa, pudiendo ser

llamados por el Senado o la autoridad legislativa que corresponda a comparecer para dar explicar el motivo de su negativa.¹³¹

En el discurso político se dijo. *La Reforma Constitucional de Derechos humanos de 2011 ha tenido como mandato el crear una nueva cultura de derechos humanos, poniendo al centro la dignidad de las personas.*

En síntesis Los principales cambios de la reforma son: La incorporación de todos los derechos humanos de los tratados internacionales como derechos constitucionales. La obligación de las autoridades de guiarse por el principio *pro-persona* cuando apliquen normas de derechos humanos, lo que significa que deben preferir la norma o la interpretación más favorable a la persona.

La obligación para todas las autoridades, sin distinción alguna, de cumplir con cuatro obligaciones específicas: Promover; Respetar; Proteger, y Garantizar los derechos humanos.

Después de la reforma de 2011 al primero Constitucional, el entusiasmo que mostraba el estado mexicano de ratificar todos los instrumentos Internacionales en materia de derechos humanos, lo hacían solo para evitar la crítica en el plano internacional, ahora deben estudiar más a fondo los actores Ejecutivo y Senado de la República, para saber que se están comprometiendo a respetar y hacerlo.

7. Derechos Humanos en la Jurisprudencia.

Los criterios sustentados por la SCJN a partir de las reformas Constitucionales han variado en general, vinculándolos a nuestra materia, podemos resaltar los siguientes criterios:

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y DEBIDO

¹³¹ Ver Cuadro comparativo de los artículos como estaban y como se reformaron. http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Cuadro_comparativo_reforma_DDHH_1.pdf

PROCESO ESTABLECIDA A RAÍZ DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011. EN OBSERVANCIA DEL PRINCIPIO PRO-PERSONA Y A FIN DE GARANTIZAR LA PROTECCIÓN MÁS AMPLIA A LOS DERECHOS DEL GOBERNADO COMO BASE DE LA TUTELA A LA DIGNIDAD HUMANA, EL JUZGADOR DEBE ACATARLA, AUN CUANDO LOS HECHOS DELICTIVOS, LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA PENAL Y SU RESOLUCIÓN, HAYAN OCURRIDO CON ANTERIORIDAD A SU EMISIÓN.¹³²

Destacando la interpretación *del principio pro homini*, todas las normas deben de interpretarse favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia de la dignidad humana, es la nueva tendencia proteccionista incorporada al régimen Constitucional.

Si bien es cierto es una tesis aislada y cuya cuestión principal era dilucidar, sí la jurisprudencia se puede aplicar retroactivamente y sostienen que sí, lo importante a destacar de este criterio con relación a nuestra materia, es que después de las reformas Constitucionales de 2011, es la aplicación *del principio pro-persona, para proteger a los datos personales está íntimamente ligada con la dignidad humana*.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DIFERENCIAS ENTRE SU EJERCICIO EN SEDE NACIONAL E INTERNACIONAL¹³³

De la lectura de esta tesis, podemos acentuar que el control de convencionalidad en materia de derechos humanos lo puede hacer tanto el Poder Judicial en nuestro país, nuestro ordenamiento jurídico como la Corte Interamericana de derechos humanos en su

¹³² Tesis: I.1o.P.22 K (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Décima Época, Libro 49, Tomo IV, Diciembre de 2017, p. 2146, Registro: 2015805

¹³³Tesis CLXV/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, Décima Época, libro5, t. I, abril de 2014, p793, 2006165

jurisdicción. Si se aplicó la Convención Americana sobre derechos humanos.

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS.
SU NATURALEZA Y FUNCIÓN EN EL ESTADO MEXICANO.¹³⁴

De esta jurisprudencia por reiteración podemos enfatizar el criterio que los derechos humanos son progresivos, gradualmente, poco a poco van evolucionando, *el Estado mexicano tiene el mandato constitucional de realizar todos los cambios y transformaciones necesarias en la estructura económica, social, política y cultural del país, de manera que se garantice que todas las personas puedan disfrutar de sus derechos humanos* en todos los ámbitos todas las autoridades deben cumplir con esto.

Criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el derecho a la protección de datos personales. La SCJN en México a la fecha ha emitido distintas tesis.

ACTO DE MOLESTIA. LO CONSTITUYE LA TOMA DE FOTOGRAFÍAS A QUIENES NO TIENEN LA CALIDAD DE DETENIDOS O PRESUNTOS RESPONSABLES.¹³⁵

En un criterio de 2009, la Corte señala que el hacer uso de la fotografía de una persona que no ha sido puesta a disposición del Ministerio Público en calidad de detenida o presunto responsable, constituye un acto de molestia al hacer uso de su imagen. Ante esto, el Estado podría

134

Tesis: 2a./J. 35/2019 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima, Segunda Sala, Libro 63, Tomo I, Febrero de 2019, p. 980, Registro: 2019325

¹³⁵ Tesis: 1a. CLXXXVIII/2009. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Noviembre de 2009, p. 401.

estar violando derechos humanos si incumple con las obligaciones relativas a la protección de datos personales, que consisten en: a) solicitar o registrar información que contenga datos personales sólo en los casos previstos por la ley; y, b) tratar confidencialmente tales datos, lo que implica utilizarlos o revelarlos sólo con el consentimiento de la persona a quien correspondan.

Criterio con el que no estoy de acuerdo no obstante que mi tesis es proteger los datos personales, pero en tratándose de un proceso penal, no se va contra el principio de presunción de inocencia porque debe quedar claro que es presunto culpable, que se va a investigar, que los medios de comunicación hagan leña verde o crucifiquen antes es diferente, pero me parece absurdo que les pongan una cinta en los ojos y sea Juan C. En ningún país de Europa, ni en USA, hacen eso y no por ello se viola en debido proceso, como se decía en la jerga penal, darles cine, sí queda muy claro que son presuntos, se va a llevar un proceso penal que va a determinar la culpabilidad o no, no creo que se viole su privacidad, o su personalidad

En otro orden de ideas, en relación a la protección de datos es un derecho solo de personas físicas o también jurídicas. Inicialmente y antes de las multitudes reformas constitucionales en derechos humanos, el criterio del pleno de la SCJN era claro que el derecho a la protección de datos personales corresponde solo a las personas físicas y no a las morales. Esto es así, por estar encausado al respeto de un derecho personalísimo como es el de la intimidad, señalando que de esta última ha derivado el derecho a la protección de datos. Asimismo, establece que el derecho a la privacidad corresponde únicamente a las personas físicas¹³⁶

TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL. LOS ARTÍCULOS 3o., FRACCIÓN II, Y 18, FRACCIÓN II, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, NO VIOLAN LA GARANTÍA DE IGUALDAD, AL TUTELAR EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES SÓLO DE LAS PERSONAS FÍSICAS.

¹³⁶ 2a. XCIX/2008. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 9a. Época; Tomo XXVIII, Julio de 2008; p. 549. Número de Registro: 169167

La Sentencia precisa a la letra lo siguiente:

“Esto es, en el apuntado supuesto no se actualiza una igualdad jurídica entre las personas físicas y las morales porque ambas están en situaciones de derecho dispares, ya que la protección de datos personales, entre ellos el del patrimonio y su confidencialidad, es una derivación del derecho a la intimidad, del cual únicamente goza el individuo, entendido como la persona humana”.

Pero en 2014 se cambió de criterio al emitir una nueva tesis:

PERSONAS MORALES. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES QUE LES CORRESPONDE DEPENDE DE LA NATURALEZA DEL DERECHO EN CUESTIÓN, ASÍ COMO DEL ALCANCE Y/O LÍMITES QUE EL JUZGADOR LES FIJE.¹³⁷

En términos generales aduce que de la interpretación del artículo primero constitucional al señalar personas, no distingue entre personas morales o físicas, entonces las primeras también tienen derechos humanos, pero sigue diciendo que hay algunos derechos de personalidad que por su propia naturaleza no se le pueden atribuir a una persona moral como es el estado civil, o la salud, hay otros que evidentemente sí se les atribuye como el patrimonio, pero existen otros derechos *los cuales no es tan claro definir si son atribuibles o no a las personas jurídicas colectivas, ya que, más allá de la naturaleza del derecho, su titularidad dependerá del alcance y/o límites que el juzgador les fije, como ocurre con el derecho a la protección de datos personales o a la libertad ideológica.*

Así mismo cabe señalar que los abogados litigantes, académicos, todos, sabemos que desde el año 2006, La SCJN en el marco de la Ley Federal de Transparencia, Con relación a la transparencia judicial, se estableció que, *con el fin de respetar el derecho a la protección de datos personales, al hacerse públicas las sentencias, se*

¹³⁷ Tesis: P. I/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Décima Época, Libro 3, Tomo I, Febrero de 2014, p. 273, Registro: 2005521

omitirán los datos de los individuos cuando manifiesten su oposición de manera expresa. Idénticamente impuso a los órganos jurisdiccionales federales la obligación de que en el primer acuerdo que dicten en los asuntos de su competencia, señalen a las partes el derecho que les asiste para oponerse, en relación con terceros, a esa publicación, entendiéndose que la falta de oposición conlleva su consentimiento para que la sentencia respectiva se publique sin supresión de datos. Esta tesis además señala que la protección de los datos personales es un derecho para las personas físicas, pues así lo señala la fracción II del artículo 3 LAI, al indicar que por aquellos debe entenderse la información concerniente a una persona física identificada o identificable, excluyendo así a las personas morales, entre las que se encuentran las autoridades responsables¹³⁸

Este razonamiento, se instauró antes de la reforma Constitucional en materia de protección de datos, recordemos que solo estaba el marco legal de transparencia y protección de datos.

El comentario de estos juicios de nuestro máximo tribunal Constitucional viene a refrendar lo que desde 2005 las autoridades Europeas en materia de Protección de datos declararon y con lo que coincidimos por eso lo transcribimos: *Convencidos de que el derecho a la protección de datos y a la intimidad es una condición esencial en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos de las personas, un flujo libre de información y una economía de mercado abierta, Convencidos de que el derecho a la protección de datos y de la intimidad es un derecho humano fundamental.*¹³⁹

Para concluir el tema recordemos que los derechos humanos son prioritarios y deben respetarse por todos los Gobernantes de los países que están a disposición

¹³⁸Localización: XIII.3o.12 A. [TA]; S.J.F. y su Gaceta; 9a. Época; T.C.C.; Tomo XXIII, Enero de 2006; p. 2518.

¹³⁹ Ver Los Comisarios de Protección de Datos y de la Intimidad reunidos en Montreux en la 27^o Conferencia Internacional (14-16 de septiembre de 2005) han acordado promover el reconocimiento del carácter universal de los principios de protección de datos, https://icdppc.org/wp-content/uploads/2015/06/montreux_declaration-Spanish.pdf

al servicio de las personas y no al revés, son una lucha constante para su respeto y defensa, pero el sí hacerlo tiene como consecuencia la paz y el bien común.

V. Datos Personales

Concepto de Dato Personal

En palabras simples un dato personal es la información única de un individuo que lo hace diferente a los demás.

Desde que naces o antes tienes datos personales y te acompañan desde y para siempre tu información personal te pertenece a ti.

Piensa este día desde que te levantaste, hasta ahorita, ¿cuántos datos has proporcionado? en el banco, al hacer la reserva de vacaciones, al entrar a un edificio de Juzgados de Distrito, para dar de alta cablevisión, inscribirte en el siguiente semestre de la facultad, al ir al cine con tarjeta puntos, en la tintorería, con el médico, en fin, en fin.

A. Concepto Gramatical:

Dato.es. Antecedente que permite llegar más fácilmente al conocimiento de una cosa: carecer de datos. Documento: los datos históricos, deben ser rigurosamente comprobados. Información, *noción susceptible de ser estudiada por un ordenador.*"¹⁴⁰

Para la real academia de la lengua española *dato* Del lat. *datum* 'lo que se da'.

1. m. Información sobre algo concreto que permite su conocimiento exacto o sirve para deducir las consecuencias derivadas de un hecho. A este problema le faltan datos numéricos.

2. m. Documento, testimonio, fundamento.

¹⁴⁰ Diccionario Porrúa de la Lengua española, preparado por Antonio Raluy, vigésima novena edición, México, Editorial Porrúa, 1988, p. 227.

3. m. Inform. Información dispuesta de manera adecuada para su tratamiento por una computadora.¹⁴¹

Banco de datos 1. m. Archivo de datos referidos a una determinada materia, que puede ser utilizado por diversos usuarios.

Base de datos 1. f. Inform. Conjunto de datos organizado de tal modo que permita obtener con rapidez diversos tipos de información.¹⁴²

Cabe señalar que en el diccionario jurídico mexicano editado por el IIIJ en 1983, ni sus luces del concepto de datos personales, ni su protección.

En otras enciclopedias jurídicas virtuales¹⁴³ tampoco encontramos el concepto de dato personal, ni en los textos de la biblioteca jurídica de la facultad de derecho de la UNAM., ni en el Diccionario jurídico de la Facultad de Derecho de la UNAM editado en 2019, tampoco encontramos un contenido sobre nuestro tema.

¹⁴⁴

Los datos personales los tenemos nosotros en nuestra vida cotidiana y vivimos y convivimos con ellos y vamos dejando una estela de información personal y con la tecnología de la información más, se dice que dejas huella digital.

Todos lo utilizan y todos declaran saber que son, pero casi nadie se atreve darle contenidos concretos.

B. Concepto Doctrinal

No todos los datos están en bases de datos el objeto titulado está en los datos.

¹⁴¹ Diccionario de la Real Academia Española, <https://dle.rae.es/?id=Bskzsq5|BsnXzV1>

¹⁴² Ibídem, <https://dle.rae.es/?id=5ASmP2Z>

¹⁴³ Ejemplo de enciclopedia virtual que no contempla el concepto de dato personal <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/i/index-d.htm>

¹⁴⁴ Ídem. <https://www.derecho.unam.mx/direccioneditorial/pr%C3%B3xima-aparici%C3%B3n.html>

Los datos de datos afectan a derechos privados y públicos, cotidianamente.

Dato personal es cualquier información que te muestra como una persona identificable y distinta a cualquier otra. Gracias a esta información tenemos una identidad y podemos utilizarla para identificarnos en nuestra vida diaria.¹⁴⁵

Para Lina Ornelas, El concepto de datos personales de manera genérica se refiere al conjunto de informaciones sobre una persona física.¹⁴⁶

*Mariano Rosales, dato personal es toda aquella información que te muestra como una persona identificable y distinta a cualquier otra. Gracias a esta información tenemos una identidad y podemos utilizarla para identificarnos en nuestra vida diaria*¹⁴⁷

El dato personal y el banco de datos según Ernesto Lleras, “...el dato es un elemento material susceptible de ser convertido en información cuando se inserta en un modelo que lo relaciona con otros datos y hace posible que el dicho dato adquiera sentido”. Los bancos de datos son definidos, como el conjunto de información donde se articulan varias bases de datos, que son distribuidos a los usuarios de la entidad administradora que se ocupan de su ampliación y actualización constante. Las características del dato personal son las siguientes: a) son propios y exclusivos de la persona natural; b) permiten identificar a la persona, por el conjunto de datos que se logre; c) la propiedad reside en el titular de la persona natural, situación tal que no se ve alterada por la obtención de éstos por un tercero de forma lícita o ilícita; d) el tratamiento del dato personal estará sometido a reglas especiales.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Rosales Ortiz, Mariano Carlos, *Protección de datos personales, una guía práctica para evitar el robo de identidad y utilizar normas vigentes*, 2ª edición, México D.F., Edit. Aqua ediciones, 2015, p. 12.

¹⁴⁶ Gómez Robledo, Alonso y Ornelas Núñez Lina, *Protección de datos personales en México, el caso del Poder ejecutivo Federal*, UNAM-IIJ, México, 2006, p. 16.

¹⁴⁷ Rosales Ortiz Mariano Carlos, ob, cit., p. 12.

¹⁴⁸ Gordillo Triana, José Fernando, Restrepo Yepes, Olga Cecilia, *Introducción al análisis del derecho fundamental del hábeas data* Recibido: enero de 2004 Aprobado: julio de 2004, <http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v6n2/v6n2a12.pdf>, 3 marzo 2019, 19.11, p. 371.

Ya tenemos que el dato es la información de una persona, y por lo tanto debe resguardarse, cuidarse, y transmitirse con seguridad.

Otro concepto de Protección de Datos Personales es: El Sistema legal que garantiza la confidencialidad de los datos personales en poder de las Administraciones Públicas u otras organizaciones.¹⁴⁹

De manera que el derecho a la protección de datos personales se traduce en el reconocimiento y establecimiento de prerrogativas, principios y procedimientos para el tratamiento por parte del Estado o de terceros, de la información concerniente a personas físicas.¹⁵⁰

Para Miguel Ángel Davara Rodríguez *La Protección de Datos Personales es: El amparo debido a los ciudadanos, contra la posible utilización de terceros, en forma no autorizada, de sus datos personales susceptibles de tratamiento automatizado, para de esta forma confeccionar una información que, identificable con él, afecte a su entorno personal, social o profesional, en los límites de su intimidad*¹⁵¹.

Luego entonces es necesario proteger la esfera del individuo, su intimidad de la posible utilización por parte de terceros de su información personal. La cual puede incluir aspectos relativos a sus datos generales, nos dice Ovilla Rocío, como son, nombre, dirección teléfono, edad y un segundo aspecto relativo a sus datos más personales que en algunas ocasiones pueden ser considerados como sensibles, religión, su raza, etnia.

Lo que el Estado Mexicano tiene que hacer, es garantizar, la protección de estos datos y proteger a las personas del manejo indebido de los mismos.¹⁵²

¹⁴⁹ Agencia de protección de datos de España, <https://www.aepd.es/>.

¹⁵⁰ Ídem.

¹⁵¹ Dávora R, Miguel Ángel, *Manual de derechos informáticos*, Madrid, España, Aranzandi Editores, 1997, p. 47.

¹⁵² Ovilla, Bueno, Rocío, *La protección de los Datos personales en México*, México, Editorial Porrúa, 2005, p. 33.

a. Clasificación de los datos personales

Teóricamente los datos personales se clasifican en las siguientes categorías: **Datos Identificativos** o generales: Nombre, domicilio, teléfono particular, teléfono celular, firma, RFC, CURP, edad, fotografía, estado civil, actividad laboral, hobbies. etc.

Datos Electrónicos: Direcciones electrónicas, correo electrónico no oficial, dirección IP, nombre del usuario, contraseñas, redes sociales etc.

Datos sobre Procedimientos Administrativos y/o Jurisdiccionales: Información relativa a una persona sujeta a un procedimiento seguido en forma de juicio en materia administrativa civil, penal, fiscal, multas de tránsito, buro de crédito, etc.

Datos Laborales: Documentos de reclutamiento y selección, nombramiento, incidencia, capacitación, referencias laborales, actitudes, aptitudes, cargos.

Datos Académicos: Trayectoria educativa, Escuelas a las que asistió. Incidencias escolares, reconocimientos, calificaciones, títulos, número de cédula profesional, certificados etc.

Datos de Tránsito y Movimientos Migratorios: Información relativa al tránsito de las personas dentro y fuera del país. Como nacional, cuantas veces entras y sales del país a donde, cuanto tiempo Extranjero tú situación migratoria, Derechos de residencia.

Datos Especialmente Protegidos Datos sensibles: origen étnico ideología, opiniones políticas, creencias religiosas, preferencia sexual, se consideran así afectan la esfera íntima del ser humano¹⁵³

Datos Patrimoniales: Información fiscal, historial crediticio, Inversiones Cuentas bancarias, Tarjetas de crédito Tarjetas de débito Hipotecas ingresos y egresos, cuentas bancarias, seguros, fianzas, Afores, Compras electrónicas

¹⁵³ Rosales, Ortiz Mariano, ibidem, p. 23.

Datos de Salud: Historia clínica, Salud actual y antecedentes, Enfermedades crónicas, Enfermedades venéreas, Enfermedades genéticas, Salud Mental psiquiátrica, Terapias psicológicas, Las mujeres si han tenido abortos.

Datos Ideológicos: Creencias religiosas si eres musulmán, budista, adventista, cristiano ortodoxo, católico, mormón etc.

Asociaciones Sindicales o Cámaras

Afiliación política

Organizaciones activistas, no gubernamentales o de la sociedad civil

Datos de características físicas o de origen étnico:

Estatura. - los altos y los chaparritos, Peso. - gordos, flacos

Color de piel los güeros y los morenitos, Tipo de cabello, Color de ojos Tipo de nariz, forma de cara, Tipo de sangre, Huella digital, ADN, Señas particulares Cicatrices, Tatuajes

Datos de vida sexual

Inicio, Si es activa o no, frecuencia, Prácticas sexuales, Orientación Sexual.

Datos Biométricos¹⁵⁴

Reconocimiento facial, Imagen del iris, Huella dactilar, Voz, Temperatura corporal, geometría de la mano, y demás análogos.

Imágenes en Cámaras de video vigilancia.

¹⁵⁴ Es una tecnología de seguridad basada en el reconocimiento de una característica física e intransferible de una persona, http://www.homini.com/new_page_5.htm

Sistema de Datos Personales. Es un conjunto organizado de archivos, registros, bases o banco de datos personales, a cargo de un Ente Público, o Privado cualquiera que sea la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso.

Debemos valorar y cuidar nuestros datos personales, porque quien tiene acceso a ellos conoce lo más íntimo de nosotros, conoce nuestra personalidad, y puede utilizarlos para fines lícitos o ilícitos.

Todo esto tiene que ver con las libertades que se dan en un Estado Democrático, “una forma evidente de la anulación del individuo puede lograrse, a través de un control absoluto de sus datos personales, por medio de herramientas de catalogación que permitan formar perfiles de personalidad, que hagan traslucidos su forma de ser, su elección de valores, sus decisiones políticas, religiosas, sexuales y en una palabra todos los aspectos más sensibles de su interioridad, a lo íntimo, a lo más recóndito.”¹⁵⁵

Este riesgo recién se produce con el desarrollo alucinante de la tecnología de la información, la cual ha hecho posible que, en el procesamiento de millones de datos de toda especie, estos puedan ser comparados entre sí, analizados y valorados en fracciones de segundos, ... todo dato por ínfimo, trivial o aislado que parezca, tiene una importancia esencial para la construcción de estos perfiles de los ciudadanos.¹⁵⁶

Coincidimos con lo aseverado por estos autores, por ello en las siguientes páginas, abundaremos sobre la intimidad, la privacidad y la seguridad en las tecnologías de la información. Que es la tecnología de la información las redes sociales y como navegar seguro.

¹⁵⁵ Gómez Robledo, Alonso y Ornelas Núñez, Lina, *Protección de datos personales en México: el caso del Poder Ejecutivo Federal*, IJ UNAM, México 2006, p. 11.

¹⁵⁶ Hasemer, Winfried y Chirino, Alfredo, *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales*, Argentina, editores de puerto, 1997, pp. 93-94.

C. Concepto Legal de Dato Personal

a. Ley de Protección de Datos Personales del D.F.

En 2008 ya dijimos el entonces DF, emitió una ley de protección de datos¹⁵⁷, antes que la Federal, y en su artículo 2, en una sola fracción señalaba:

Datos personales: La información numérica, alfabética, gráfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a una persona física, identificada o identificable. Tal y como son, de manera enunciativa y no limitativa: el origen étnico o racial, características físicas, morales o emocionales, la vida afectiva y familiar, el domicilio y teléfono particular, correo electrónico no oficial, patrimonio, ideología y opiniones políticas, creencias, convicciones religiosas y filosóficas, estado de salud, preferencia sexual, la huella digital, el ADN y el número de seguridad social, y análogos;(ya se abrogo en 2018)

b. Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares-¹⁵⁸

En su artículo 3 fracción V y VI estipula: Para efectos de esta ley se debe entender, como:

Datos personales: *Cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable*

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 con lleve 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,*

¹⁵⁷ Publicado en la gaceta oficial el 03 de octubre de 2008

Ley de protección de datos personales para el distrito federal.

¹⁵⁸Ley federal de protección de datos personales En Posesión de particulares, Publicada en el D.O.F el 5 de julio de 2010 y entro en vigor al día siguiente.

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

c. Ley General de Protección de Datos Personales en posesión de
Sujetos Obligados

En 2017 se expide La ley General de PDPSO ¹⁵⁹, casi una década de experiencia legislativa y ejecutiva.

En su artículo 9 fracciones IX y X definen

Datos personales: *Cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable. Se considera que una persona es identificable cuando su identidad pueda determinarse directa o indirectamente a través de cualquier información;*

Datos personales sensibles: *Aquellos que se refieran a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste. De manera enunciativa más no limitativa, se consideran sensibles los datos personales que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, estado de salud presente o futuro, información genética, creencias religiosas, filosóficas y morales, opiniones políticas y preferencia sexual;*

De la lectura de estos preceptos consideramos que los legisladores, copian significaciones de otras leyes sin discernir, ni utilizar la racionalidad, ni hacer concepciones sencillas o nítidas.

Lo que los legisladores quisieron decir es que persona identificada es toda persona cuya identidad está determinada y persona identificable la persona cuya identidad pueda determinarse, ya sea directa o indirectamente, mediante cualquier

¹⁵⁹Ley general de protección de datos personales en posesión de sujetos obligados, nueva ley publicada en el diario oficial de la federación el 26 de enero de 2017.

información referida a su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social.

Vamos a ejemplificar para que queden claros estos conceptos.

Si recabamos imágenes a través de una cámara de vigilancia, las imágenes recogidas, pertenecen a personas, que podemos, o no, identificar. Si las imágenes se captan con una resolución tal que permitan identificar a una persona, ésta sería una persona identificable, y estaría dentro del ámbito de la ley, en caso contrario, no.

En otras palabras, datos personales, es la información relacionada contigo, que permite que te puedan identificar y a su vez que te hace único e irrepetible.

En las leyes que se emitieron en toda la República a través de la emisión de la Ley general y también por la influencia del Reglamento Europea del mismo año, ya se complementa la definición señalando que datos te hacen identificable.

D. Datos personales en la Jurisprudencia

A la fecha verano de 2019, no hay jurisprudencia que conceptualice los datos personales solo encontramos esta tesis aislada que emite el fundamento Constitucional de los datos personales, pero no los conceptualiza.

SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. PRECEPTOS CONSTITUCIONALES QUE LOS REGULAN.

Si bien es cierto que el artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece los principios, directrices y reglas básicas sobre las cuales se construyen los sistemas de protección de datos personales y de transparencia y acceso a la información pública, también lo es que en el propio Texto Constitucional se contienen otras reglas específicas al respecto, como:

Tratándose de la identidad y de los datos personales de las víctimas y ofendidos partes en el procedimiento penal (artículo 20, apartado C, fracción V),

Del régimen de telecomunicaciones (artículos tercero y octavo transitorios del decreto publicado en el D.O.F el 11 de junio de 2013),

La fiscalización de recursos públicos ejercidos por personas privadas (artículo 79), La creación del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica (artículo 26, apartado B),

El registro público sobre deuda pública (artículo 73, fracción VIII, inciso 3o.),

La investigación y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, tratándose de información fiscal o relacionada con el manejo de recursos monetarios (artículo 109, fracción IV),

La fiscalización de la deuda pública (artículo séptimo transitorio del decreto que modifica diversas disposiciones constitucionales, publicado el 26 de mayo de 2015).¹⁶⁰

Es una tesis aislada del segundo tribunal colegiado en materia administrativa especializado en competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones, con residencia en la Ciudad de México y jurisdicción en toda la república. No hay jurisprudencia que defina los datos personales.

De la lectura de los artículos que refiere esta tesis aislada, apreciamos que describe la base de datos en el Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica INEGI o la protección de datos personales de víctimas, o de miembros de seguridad pública o de la educación, pero ningún precepto constitucional conceptualiza los

¹⁶⁰ Tesis: I.2o.A.E.1 CS, Gaceta Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tomo III, febrero 2017, p. 2364, Registro: 2013674

datos personales y otros preceptos que refieren de manera transversal en relación con la transparencia.

Hemos querido analizar que se considera por dato personal en la doctrina, la ley y la jurisprudencia como principales fuentes reales del derecho.

De lo desarrollado, y viendo el devenir histórico legislativo, actualmente el derecho a la protección de datos personales es su derecho fundamental y cuáles son esos datos que se protegen están determinados en las leyes secundarias, Federales, Generales y Locales

Hasta aquí nos queda claro que son los datos personales y la importancia de su protección, relacionado con estos bienes jurídicos, también debemos comentar otros conceptos intrínsecamente relacionados, derecho informático e informática jurídica.

VI. Derecho Informático

A. Concepto. De la unión de información y automática, nació el término, hoy generalizado: *la informática*. La informática, también llamada computación, es una ciencia que administra métodos, técnicas y procesos con el fin de almacenar, procesar y transmitir información y datos en formato digital.

En otras palabras, |la informática se refiere al procesamiento automático de información mediante dispositivos electrónicos y sistemas computacionales. Los sistemas informáticos deben contar con la capacidad de cumplir tres tareas básicas: entrada (captación de la información), procesamiento y salida (transmisión de los resultados). El conjunto de estas tres tareas se conoce como algoritmo.¹⁶¹

¹⁶¹ Ver Villazán, Olivares, Francisco José, Manual de Informática, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo Facultad de Contaduría y Ciencias, Septiembre 2009, pp. 8-22 p. 261

B. Informática Jurídica. *Técnica interdisciplinaria que estudia e investiga la informática general, aplicable a la recuperación de análisis y tratamientos jurídicos.*¹⁶²

*Ha tenido diversas denominaciones la primera, jurimetrics, en español, jurimetría, la segunda juscibernética, en países anglosajones computers and law, en Alemania se denomina rechtsinformatique o jurismática en México, sin embargo el más conveniente es informática jurídica.*¹⁶³

La conceptualización de la disciplina para Enrique Cáceres estriba en reconocer las propiedades necesarias y suficientes y así determinar los tipos de coordinación en conocimiento que se dan entre la informática y el derecho. Por tales motivos, relaciona estas materias entre sí como con la documentalística, la lingüística, la lógica jurídica, la sociología, la estadística y la pedagogía.

Antonio Rivero señala que no es sino la informática considerada como sujeto del derecho; es decir, como instrumento puesto al servicio de la ciencia jurídica.

Para Emilio Suñé, profesor Español, entiende por informática jurídica la aplicación de los ordenadores electrónicos orientada a la resolución de problemas jurídicos. Para Emma Riestra, es la interrelación entre las materias informática y derecho que tiene como fin el análisis, la estructuración lógica y ordenada, la deducción e interpretación de la información jurídica a través de la utilización de la máquina computadora para su efectivo y eficaz tratamiento, administración, recuperación, acceso y control, y cuyos alcances están predeterminados al auxilio en la toma de decisiones jurídicas. Otra definición para Alain Chouraqui, la informática jurídica es la ciencia y las técnicas del tratamiento lógico y automático de la información jurídica.¹⁶⁴ Con esto nos queda claro.

¹⁶² Telles, Valdés, Julio, *Derecho Informático*, Mc Graw Hill, 3ª edición, México, 2004, p. 19.

¹⁶³ Ídem.

¹⁶⁴ Ver. Téllez, Julio, *Derecho informático*, 2a. ed., México, Mc Graw-Hill, 1996, p. 26. Cáceres Nieto, Enrique, *Lógica jurídica e informática jurídica*, p. 16. Rivero, Antonio, *Informática y derecho: la informática jurídica en España*, Revista de la

En palabras simples y llanas es la aplicación de la informática al ámbito del derecho.

En consecuencia, la informática jurídica surgida en los años sesenta hoy forma una nueva disciplina que, con fundamento teórico, método y procedimientos propios se denomina *derecho informático* ¹⁶⁵

C. Derecho de la informática. Conjunto de leyes, normas y principios, aplicables a hechos y actos derivados de la informática. ¹⁶⁶

El derecho a la informática es una disciplina jurídica reciente que regula los fenómenos que se están dando en la nueva Sociedad de la información y la comunicación con los avances cibernéticos y que no están legislados y dentro de los fenómenos que se suscitan por el uso masivo del internet es precisamente la protección de datos personales.

Es decir la informática jurídica es la herramienta que utilizan los operadores del derecho y Derecho Informático es la nueva regulación para dar respuesta a los problemas que han surgido por el uso generalizado de sistemas informáticos y en especial con las redes, de uso masivo, anónimo, y sin ley, diariamente aumentan conductas ilícitas no tipificadas y daños no resarcidos es necesario una reforma integral, para que el derecho asimile el nuevo paradigma social.

Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Informática y Derecho, Monográfico 12, Madrid, septiembre de 1986, p. 204. Suñé, Emilio, *Introducción a la informática jurídica y al derecho de la informática*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, *Informática y Derecho*, Monográfico 12, Madrid, septiembre de 1986, p. 65. 95 Riestra, Emma, *Informática jurídica aplicada a la enseñanza del derecho, tesis de licenciatura*, México, U N A M, Facultad de Derecho, 1995, p. 118. 96 Chouraqui, Alain, *L informatique au service du droit*, París, Collection Sup. Presses Universitaires de France, 1974, p. 24.

¹⁶⁵ Davara, *ibidem*.17

¹⁶⁶ *Ibidem* p. 21

VII. PRIVACIDAD E INTIMIDAD

A. Gramaticalmente

A Privacidad e Intimidad Gramaticalmente

La vox populí identifica su privacidad o su intimidad con sus datos personales o con el robo de identidad, aclaremos.

El diccionario de la lengua española define la intimidad como la “zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”.¹⁶⁷ y Mundo Interior de la persona humana.¹⁶⁸

La privacidad como el “*ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión*”.¹⁶⁹.

B. Doctrinalmente

Tenemos que explicarlos conjuntamente, aunque no es lo mismo están vinculados.

Para el especialista en protección de datos personales Privacidad es: El amparo debido a los ciudadanos, contra la posible utilización por terceros, en forma no autorizada, de sus datos personales susceptibles de tratamiento, automatizado, para de esta forma, confeccionar una información que, identificable con él, afecte a su entorno personal, social o profesional en los límites de su intimidad.”¹⁷⁰

Muy relacionado con el concepto de dato personal está el DERECHO A LA PRIVACIDAD. Es el derecho que tiene todo ser humano, para no ser interferido molestado, por persona o entidad alguna, en el núcleo esencial de las actividades

¹⁶⁷REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., [versión 23.2 en línea]. <https://dle.rae.es> 27 de julio 2019.

¹⁶⁸ Diccionario Porrúa, ibidem p 411

¹⁶⁹ Real academia ibidem

¹⁷⁰ Dávora R., Miguel Ángel, *Manual de Derecho informático*, España, Aranzandi editores, 1997, p. 47.

que legítimamente desean que se mantenga fuera del conocimiento ajeno. Es un derecho natural del individuo, intransferible e irrenunciable.¹⁷¹

Como comentaremos a lo largo de este trabajo el derecho a la protección de datos donde primeramente y con más ahincó, amplitud, convicción se ha legislado es en los países Europeos especialmente Alemania y España, e inicialmente consideraban la intimidad y la privacidad lo que incumbía protegerse.

En este último país donde tuvimos oportunidad de ir a tomar un curso sobre el tema en 2005, nos enseñaron claramente que su primera ley en 1978 hablaba casi como sinónimos de la intimidad y de la privacidad, ya en la ley de 1995, se hizo la aclaración de estos conceptos y con la tesis del Tribunal Constitucional se aclararon y se definieron sus límites y características. que se comentara a lo largo de este trabajo

El derecho a la intimidad se entiende. *Como el poder o potestad de tener un domicilio particular, papeles privados, ejercer actividades, tener contactos personales, y pensamientos que no trascienden a terceros, en virtud del interés personal de mantenerlos en reserva y la discreción de quien se entera de no hacerlos públicos, cuando se trata de datos sensibles de las personas, cada vez se encuentra más Hackeado, por un interés desmedido en incesante de obtener información*¹⁷²

Igual que todo lo relativo a la conceptualización, no es fácil. Pero leyendo a Manuel Toscano ¹⁷³nos explica muy bien la diferencia, de la intrincada relación entre privacidad e intimidad. a continuación, un breve resumen de su texto.

¹⁷¹ Davara, ídem.

¹⁷² Pierini, Alicia, Lorences, Valentine, et al., *Habeas Data, derecho a la intimidad*, 2ª edición Editorial Universidad Buenos Aires Argentina, 1999, p. 219.

¹⁷³ Toscano, Manuel, "Sobre el concepto de privacidad: la relación entre privacidad e intimidad", *ISEGORÍA, Revista de Filosofía Moral y Política*, N.º 57, julio-diciembre, 2017, 533-552, ISSN: 1130-2097 doi: 10.3989/isegoria, 2017, 057.06 p. 20.

Nos dice que: *el derecho a la privacidad fue formulado por primera vez en el célebre artículo de Warren y Brandeis referencia obligada al hablar de este tema.*¹⁷⁴

Eran abogados del siglo XIX y el primero de ellos hizo una fiesta privada, precisamente y le preocupó que un periodista sacara fotos del evento y las publicara en su periódico llamándole chismorreó. Porque ello provoca un sufrimiento mental y ansiedad cuando divulgan los detalles de la vida personal. Sigue diciendo Toscano: *el derecho a la privacidad queda comprendido bajo el derecho más general a “no ser molestado”, pero no se confunde con él: “Estas consideraciones nos llevan a la conclusión de que la protección otorgada a los pensamientos, sentimientos y emociones manifestados por escrito o en forma artística, en tanto o en cuanto consista en impedir su publicación, no es más que un caso de la aplicación del derecho más general del individuo a no ser molestado.*

Para remediar ese mal el artículo de los abogados argumenta que el *common law* debe dar nuevos pasos con objeto de ofrecer protección legal a las personas y garantizarles lo que llaman, citando al juez Cooley, *the right to be let alone* “el derecho a estar solo, a la privacidad.

Hasta aquí la idea de dichos juristas del Siglo XIX, en inglés se dice “right to privacy”, en francés *vie privée* y en Italiano *riservatezza*¹⁷⁵. Pero al momento de hacer la traducción al español del emblemático documento de Warren y Brandeis lo traducen como *Intimidad*.

Posteriormente nos sigue explicando el autor español que un psiquiatra de nombre Carlos Castilla de Pino, en 1989, hizo un estudio sobre la diferencia entre privacidad e intimidad concluyendo lo siguiente:

¹⁷⁴ Toscano Manuel, El derecho a la privacidad fue formulado por dos prestigiosos abogados de Boston, Samuel Warren y Louis Brandeis en un artículo publicado en diciembre de 1890 en la *Harvard Law Review*, que se ha convertido en un “clásico de la literatura jurídica, ob. cit. p. 5.

¹⁷⁵ Toscano, Manuel cit., p. 540.

Se pueden distinguir tres tipos de actuaciones en toda persona: públicas, privadas e íntimas. Lo que las diferencia es el ámbito o escenario en que transcurren. Y explica, si das una conferencia en un auditorio está en un ámbito público, cualquiera puede entrar es a la vista de todos.

Pero lo privado se delimita, cuando pueden ser o no observadas dependiendo de si el agente guarda la debida reserva o cuidado y siguiendo con el mismo ejemplo de la conferencia dice si ensayo el discurso con la ventana abierta, permito que los que pasen me vean y me oigan, y lo que convierte algo en privado son las disposiciones que adopta el agente para excluir la observación de los demás, al cerrar las puertas y ventanas de su casa o despacho.

La diferencia crucial con las actuaciones íntimas, como fantasear, pensar o sentir, que son inobservables por principio y sólo cabe inferirlas a partir de lo que el individuo dice o calla, hace o deja de hacer. Finiquita que las actuaciones íntimas carecen de proyección o manifestación externa, condición para que sean intrínsecamente inaccesibles.

A su teoría hubo objeciones al rebatirle, que qué pasaba cuando lo exteriorizaban y Castillo argumento que la gente podía mentir al exteriorizarlas.

Por supuesto, la privacidad puede ser transgredida; así ocurre cuando alguien observa o da publicidad a aquello que el agente quería mantener inaccesible a otros, habiendo adoptado las disposiciones adecuadas para ello. Por contraste, la propia inaccesibilidad inherente a los acontecimientos de la vida íntima descartaría de entrada la posibilidad misma de una transgresión.

Si nos atenemos a los términos de Castilla del Pino, sería un puro malentendido acerca de la intimidad y sólo cabría hablar estrictamente del derecho a la privacidad

176

Nos explica otra teoría de Julie C. Innes, expuesta en 1992, la autora que más ha insistido en la imposibilidad de dissociar privacidad e intimidad, al tiempo que

¹⁷⁶ Ibidem p 543

entiende esta última *intimacy* en función de las relaciones personales de afecto, amor y cuidado.

Sostiene que la privacidad es el núcleo de la intimidad, siendo inseparables, puesto que la privacidad, consiste en tener control sobre aquellos aspectos de nuestras vidas en los que están en juego el afecto, el amor o el cuidado, argumenta que no hay ninguna contradicción en que la intimidad se exprese en lugares públicos, por ejemplo, cuando dos enamorados van cogidos de la mano por la calle.

Y Toscano le rebate: *como vemos, su definición de privacidad parece bastante amplia pues las decisiones íntimas no sólo cubren el control sobre el acceso o la información que se difunde, sino también la libertad del agente para decidir sobre cuestiones personales como el aborto o las prácticas sexuales.*

Esta autora contradice al del Pino al señalar que lo íntimo como amar a alguien y expresarlo en público yo diría que en ese momento ya pasa al ámbito privado no íntimo, dice que la intimidad es el núcleo de la privacidad y Toscano objeta al poner de ejemplo; Que el doctor que da la consulta cierra la puerta a la sala de espera, aquí es privada la consulta, pero no íntima Debemos entonces rechazar la tesis de Innes: la intimidad no puede ser el núcleo de la privacidad porque hay más asuntos de privacidad de los que afectan a las relaciones íntimas. Eso no quita para que reconozcamos que cuestiones importantes sobre la privacidad de las personas se refieren a sus relaciones íntimas con otros, y que éstas sean asuntos especialmente sensibles para la mayoría de nosotros.

Es decir que hay cuestiones de privacidad sin relación con la intimidad.

Y termina diciendo el autor en comentario *la gente desea privacidad por razones muy diferentes según las circunstancias y algunos parecen preocuparse poco por ella en algunas de sus actividades. Lo que sí parece seguro afirmar es que se trata de un aspecto moralmente crucial de eso que podemos llamar con Kant la “insociable sociabilidad” de los seres humanos.*¹⁷⁷

Basándose en gran medida en la experiencia española cabe señalar que, en dicho país, donde ya se habían aclarado estos conceptos de la siguiente manera:

¹⁷⁷ Ibidem. p. 551.

Intimidad y privacidad son conceptos diferentes con un régimen de protección también diferente.

Su ley diferenciaba claramente entre privacidad e intimidad. “... se habla de la privacidad y no de la intimidad: Aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona —el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo—, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado.”¹⁷⁸

El objeto del derecho fundamental a la protección de datos es más amplio que el del derecho a la intimidad, ya que el derecho fundamental a la protección de datos extiende su garantía no sólo a la intimidad en términos más amplios como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal¹⁷⁹

De este modo, se protege, cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que, por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. *También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos*

¹⁷⁸ Ley Orgánica 5/1992 de octubre de ese año.

¹⁷⁹ Ver las Sentencias del Tribunal Constitucional Español (STC 170/1987, de 30 de octubre, FJ 4), y artículo 18.4.1 de la Constitución de España

que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo.

Pero también el derecho fundamental a la protección de datos posee una segunda peculiaridad que lo distingue de otros, atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio, garantizar a la persona un poder de control y disposición sobre sus datos personales,¹⁸⁰

De lo anterior se deduce que la intimidad se refiere a lo más interno, lo más discreto, en el seno familiar, las costumbres, lo religioso, las preferencias sexuales, los gustos alimenticios y la privacidad esta en este ámbito, pero es más amplio se refiere a aspectos de la persona que de forma aislada pueden no tener excesiva relevancia (hobbies, gustos musicales, libros preferidos, películas más vistas, pasatiempos) pero que tomados en su conjunto arrojan un perfil completo del individuo en cuanto a gustos, aficiones, preocupaciones, inclinaciones, o necesidades, que, sin lugar a duda, también merecen protección.

Que, en esta época de la revolución informática, se hace necesario protegerlos.

En los países Europeos se concluyó que en lugar de intimidad deberían hablar como los anglosajones de privacy, que traducido se refiere a privacidad.

Después de investigar y tratar de dilucidar la diferencia entre estas nociones, estoy llegando a la conclusión que la privacidad existe en la era digital, dependiendo de uno, decides que herramientas tecnológicas utilizar a que redes pertenecer, en el siguiente apartado explicaremos estos conceptos.

Lo íntimo lo que no quiero que se sepa no debo externarlos el siglo pasado lo escribías en tu diario y si alguien lo encontraba se acababa tu privacidad, o si decides que algo sea íntimo, no le saques foto y no lo subas a la red, ni lo twittees.

¹⁸⁰ Ibidem, STC 254/1993

Lo que sí está claro es que quien trata datos personales no propios, debe utilizarlos con estricto respeto a los derechos del titular, respeto a su dignidad que es la base fundamental de la protección de datos.

Dignidad- → Datos personales → -Privacidad → -Intimidad

C. Jurisprudencialmente

En nuestro País, como hemos apreciado es a partir de este siglo que se empieza a legislar en materia de protección de datos personales y hasta fines de la primera década del siglo se eleva a rango constitucional este derecho, por lo que aún es escueta la jurisprudencia en la materia pero cada vez se opina más, e igual que en otros países primeramente se identificaba esa protección de datos con la privacidad e inclusive con la intimidad.

DERECHO A LA INTIMIDAD O A LA VIDA PRIVADA. NO SE VIOLA POR EL HECHO DE QUE EL IMPUTADO O ALGÚN MIEMBRO DE SU FAMILIA SEA FOTOGRAFIADO EN LA VÍA PÚBLICA COMO PARTE DE LAS LABORES DE VIGILANCIA E INVESTIGACIÓN PARA LA PERSECUCIÓN DEL DELITO CORRESPONDIENTE.¹⁸¹

Esta tesis sostiene que la vida privada es parte de la dignidad humana, protegida en el artículo 16 Constitucional y en Tratados Internacionales, pero el perseguir un delito, es un fin constitucionalmente legítimo y el tomar foto por ello no incide en la Vida privada personal ni familiar, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás y que es necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de vida humana, no se afecta.

La más reciente tesis cuyo rubro es__SERVIDORES PÚBLICOS. TIENEN UN DERECHO A LA PRIVACIDAD MENOS EXTENSO QUE EL DEL RESTO DE LA

¹⁸¹Tesis: II.1o.29 P (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tomo II, 20, Julio de 2015, p 1719, Registro: 2009626

SOCIEDAD EN RELACIÓN CON LAS ACTIVIDADES VINCULADAS CON SU FUNCIÓN.¹⁸²

Las autoridades están obligadas a garantizar el derecho a la privacidad de todas las personas de conformidad con los artículos 6o., apartado A, fracción II y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; sin embargo, ese derecho no es absoluto, por lo que en algunos casos puede ser limitado siempre que la restricción cumpla con ciertos requisitos, tales como que: a) esté prevista en la ley; b) persiga un fin legítimo; y c) sea idónea, necesaria y proporcional. En el caso específico de los servidores públicos, sus labores, manifestaciones o expresiones, funciones e incluso aspectos de su vida privada que pudieran estar vinculados con el desempeño de su encargo están sujetas a un mayor escrutinio social, pues esa información es de interés para la sociedad.

Esta tesis nos demuestra que es muy tenue la línea divisoria entre privacidad y la intimidad, más siendo una figura pública.

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. SU DIMENSIÓN EXTERNA E INTERNA. ¹⁸³

Esta jurisprudencia por reiteración de las más reciente señala en relación al libre desarrollo de la personalidad que complementa las otras libertades más específicas que pueden ser externas e internas, desde una perspectiva interna, el derecho protege una "esfera de privacidad" del individuo en contra de las incursiones externas que limitan la capacidad para tomar ciertas decisiones a través de las cuales se ejerce la autonomía personal.

¹⁸²Tesis: 2a. XXXVII/2019 (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Época: Décima, Segunda Sala Libro 67, Tomo III, Junio de 2019 Página: 2331, Registro: 2020036

¹⁸³ Tesis: 1a./J. 4/2019 (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 63, Febrero de 2019, Tomo I, Página: 491 Registro: 2019357

De la investigación que hicimos de tesis y jurisprudencia con estos conceptos, observamos que se utiliza el concepto intimidad como sinónimo de privacidad, y no hay ninguna que esclarezca las diferencias de estos términos.

Coincidimos con lo anotado en su artículo por Aristeo García, en el sentido que la intimidad más que un estado de auto confinamiento supone una determinada calidad de la relación con los otros. Por lo que se trata de una condición o calidad social de la persona, objeto de tutela constitucional en la medida en que ésta puede tener legítimo derecho a no revelar a los demás determinados aspectos de sus relaciones con otras personas, y que el titular del derecho juzga deben permanecer en un plano reservado o privado. *Dicha facultad de elección de la persona sobre la revelación o no de informaciones que le conciernen constituyen el núcleo de la autodeterminación informativa.*¹⁸⁴

Esto es, a partir de la era tecnológica, a cada individuo le corresponde conocer cuál será el uso de los datos personales inscritos en bases de datos, que puedan ser objeto de un tratamiento automatizado, y podrá exigir que su almacenamiento y control sea adecuado para que no se vea vulnerado en su libertad y su dignidad.

En tal virtud, a consecuencia de que el fenómeno de la informática ha constituido una revolución en el ámbito de los métodos tradicionales para la organización, registro y utilización de informaciones, la dimensión cuantitativa de las informaciones que pueden ser almacenadas y transmitidas es de tal magnitud que ha dado lugar a un auténtico cambio cualitativo, que obliga a considerar el problema de las relaciones entre intimidad e información bajo un nuevo prisma.¹⁸⁵

Después de anotar el concepto gramatical, algunos conceptos doctrinales, tesis jurisprudenciales teorías podemos manifestar la diferencia entre privacidad e intimidad, en mi opinión la privacidad es lo que haces en un contorno delimitado y tú decides sí quieres compartirlo con otras personas o no por ejemplo cantar

¹⁸⁴ Gonzales, Aristeo, ob cit, s/n cita 56

¹⁸⁵ Ibidem nota 57

mientras te bañas y videograbarlo y publicarlo. Lo íntimo como dicen se refiere a tus pensamientos y sentimientos, mientras en ese ámbito están son tuyos, pero con el solo hecho de mostrar tus sentimientos como: ¡estoy enojada! ¡ tengo hambre! ¡estoy enamorada ¡ya pasa a lo privado.

En el ámbito de la tecnología donde nos desarrollamos en esta época de la humanidad, nosotros mismos, exponemos nuestra privacidad e intimidad al anotar que platillo vas a comer, a donde vas, con quien, y al cambiar tú estado en whats app, exteriorizas, muestras, expones, tú intimidad, en ese momento se hace protectora de tus datos. Siguiendo la teoría del iter criminis que en el siguiente capítulo vamos a analizar, lo íntimo no es punible los pensamientos, las ideas.

En síntesis, el derecho a la intimidad no nace como consecuencia de estas nuevas tecnologías, ni son las creadoras de un nuevo derecho a la intimidad sino que ya existían y responden a idénticos parámetros generales, la posesión de la tecnología su aplicación y la intimidad de las personas representan la base del conflicto de intereses a tutelar, debe impedirse la intromisión y la inadecuada difusión de datos procesados mediante moderna tecnología cuando se afecta la esfera íntima, familiar, personal, haciendo ilusorias las garantías constitucionales.

Por otro lado, lo mismo se aplica cuando, tomando el valor de la privacidad más en serio, se nos insta a ponderar la privacidad con respecto a otras cosas valiosas como la seguridad o la libertad de expresión.

No podemos calibrar si están justificados ciertos sacrificios sin una cierta idea del valor de la privacidad y, por tanto, sin comprender qué intereses o circunstancias están en juego cuando tratamos de hacer balance de las consideraciones en conflicto.

Sus libertades tienen por objeto garantizar la seguridad en los disfrutes privados¹⁸⁶ Hoy acabo de escuchar una noticia en¹⁸⁷, que una mujer víctima de violencia familiar en ciudad de México, fue salvada gracias al internet de las cosas el dispositivo

¹⁸⁶ Manuel Toscano ob. Cit., pg. 536,

¹⁸⁷ Núñez Jaime, formula noticias a las 9.33 am 13 de julio de 2019.comentado por Laura Pérez Cisneros en el bloque de tecnología.

digital, o asistente virtual llamado *Alexa* estaba prendido y al momento de la discusión el sujeto grito enojado “que no le vas a llamar a la policía “y *Alexa*, marco, extrañamente llego la patrulla de inmediato y lo detuvieron en flagrancia. Y recordemos la introducción a este capítulo los wereables, analizan nuestra intimidad.

El internet de las cosas entra a nuestra intimidad.

VIII. Honor

Otro concepto similar y que inicialmente se confundía es el honor.

Concepto de Honor

A. Gramaticalmente. Cualidad moral que lleva al cumplimiento de los propios deberes respecto del prójimo y de uno mismo.

2. m. Gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas de quien se las granjea.¹⁸⁸

Según la Enciclopedia Jurídica.

Derecho al honor es un Derecho fundamental relacionado con la intimidad personal y familiar y la propia imagen. Pertenece a la esfera privada de la persona y constituye un bien integrante de los derechos de la personalidad del individuo. Tiene una doble vertiente, interna y externa: 1) la estimación que cada persona tiene de sí misma, y 2) la concepción que terceros tienen sobre la dignidad de nuestra persona.¹⁸⁹

Cabe recordar que antes estaban tipificados los delitos contra el honor, y se encuadraban la calumnia la difamación, las injurias se consideraba que afectaba el honor. Se derogaron en el código penal federal, para hacer una ley especial, en el ámbito civil, para la reparación del daño moral.

¹⁸⁸ Diccionario de la Real academia de la lengua <https://dle.rae.es/?id=KdBUWwv>

¹⁸⁹ <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/derecho-al-honor/derecho-al-honor.htm>

B. Doctrinalmente

El honor va relacionado con la buena reputación de alguien.

“El honor se diferencia de la intimidad en que esta supone el derecho a la no interferencia de otros en la propia esfera personal y familiar. Esto último la privacidad como derecho excluyente, es el contenido esencial del derecho a la intimidad. La imagen como derecho fundamental, significa el derecho al cuerpo en su aspecto más externo en la figura humana.

Frente a ello, el honor es un concepto prejurídico...es un derecho de la personalidad fundamentado en la dignidad humana, entendida como el derecho que tiene toda persona a ser respetada ante sí misma y ante todos los demás¹⁹⁰

C. Jurisprudencial

De las más recientes jurisprudencias en relación con este concepto encontramos:

DAÑO MORAL. SU EXISTENCIA POR LA AFECTACIÓN DEL DERECHO AL HONOR EN SU VERTIENTE DE BUENA REPUTACIÓN, NO GOZA DE PRESUNCIÓN, SINO QUE DEBE ACREDITARSE. ¹⁹¹

De la misma podemos subrayar que sostiene que

El derecho humano al honor, como parte del bloque de los denominados derechos de la personalidad, comprende en su dimensión objetiva, externa o social, a la buena reputación, y ésta tiene como componentes, por una parte, las buenas cualidades morales o profesionales de la persona, que pueden considerarse valores respecto de ella y, por otra, la buena opinión, consideración o estima, que los demás tengan de ella o para con ella por esos valores, y que constituye un bien jurídico de su personalidad, del cual

¹⁹⁰ García Torres, ibidem p. 51

¹⁹¹ Tesis: 1a. XXXIV/2019 (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Época: Décima Libro 65, Abril de 2019, Tomo I p. 787., Registro: 2019714

goza como resultado de su comportamiento moral y/o profesional; por ende, la buena reputación sí entraña un derecho que asiste a todas las personas por igual, y se traduce en la facultad que cada individuo tiene de exigir que otro no condicione negativamente la opinión, consideración o estima que los demás se han de formar sobre él.

Además que adujo que se debe probar el daño moral, no la buena reputación que se tenga. Criterio vigente de la primera sala de la Corte.

Lo relacionado con la afectación con el honor actualmente, se encuentra en el ámbito del derecho civil y su afectación se resarce con la reparación del daño moral.

Recordemos que desde abril de 2007, se derogo el Código Penal Federal, Título Vigésimo Delitos contra el Honor, Injurias y Difamación y Calumnias. Y del Código Civil Federal, se reformaron los artículos 1916 y 1916 bis, Capítulo V De las Obligaciones que Nacen de los Actos Ilícitos.¹⁹²

El honor considero que es un elemento subjetivo, no es algo normativo, porque es buena opinión que se tiene de las cualidades morales y de la dignidad de una persona.

O se dice ensucio su honor, renombre, reputación, fama, y el siglo pasado y antepasado se debatían en duelo por limpiar su honor.

IX. Dignidad

A. Gramaticalmente

Considerar a los datos personales como derechos fundamentales, se vincula con la dignidad de la persona. Empecemos con el concepto gramatical para comprenderla, como todos los conceptos que hemos analizado.

1. f. Cualidad de digno.
2. f. Excelencia, realce.

¹⁹² Consultar,
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lx/022_DOF_13abr07.pdf

3. f. Cargo o empleo honorífico y de autoridad.

4. f. Persona que posee una dignidad (ll prebenda). U. t. c. m.¹⁹³

Muchos son los Tratados Internacionales, las Constituciones y los ordenamientos penales que hacen referencia a la dignidad humana. Es un concepto unificador y ese es uno de sus grandes méritos. Prácticamente todo el mundo está de acuerdo en que debe ser protegida y garantizada por los ordenamientos jurídicos. *Inclusive puede considerarse la finalidad toda del Derecho.*¹⁹⁴

La dignidad, o cualidad de digno, del latín: dignitas, y que se traduce por «excelencia, libre; al regular su comportamiento según normas propias, Es la cualidad de digno, correspondiente al mérito de alguien o algo. La dignidad personal se basa en el respeto y la estima que una persona tiene de sí misma y es merecedora de ese respeto por otros porque todos merecemos respeto sin importar cómo somos.¹⁹⁵digno, valioso.

Frases de dignidad

“La dignidad no consiste en tener honores, sino en merecerlos. Aristóteles

“Lo quise hasta que mi dignidad dijo: no es para tanto”. Frida Kahlo

“Hay derrotas que tienen más dignidad que la victoria”. Jorge Luis Borges

B. Doctrinalmente

No hay más remedio que acudir a la metafísica para poder fundamentar radicalmente el valor absoluto de la persona. Dignidad es bondad por sí misma; utilidad, bondad para otra cosa. Es la superioridad o elevación en la bondad y, a su vez, la interioridad o profundidad de semejante realeza. Es la suprema valía interior del sujeto que la ostenta. Es una independencia interior. Es aquella excelencia o

¹⁹³ Real academia española: *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., [versión 23.2 en línea]. <https://dle.rae.es>, [Fecha de la consulta: 28 de julio 2019]

¹⁹⁴Montano, Pedro J, La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el derecho penal, Profesor Agregado de Derecho Penal Universidad de la República Uruguay, https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_36.pdf 13 de junio 2016 13 horas.

¹⁹⁵ <https://www.significados.com/dignidad/>

encumbramiento correlativo a un tal grado de interioridad que permite al sujeto manifestarse como autónomo: que se apoya o sustenta en sí mismo. Es sinónimo de "majestad" y de "realeza"¹⁹⁶

De las primeras Constituciones que la refiere expresamente, está la Constitución de Alemania:

1 Art. 1o.: "(1) La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. (2) El pueblo alemán se identifica, por lo tanto, con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana de la paz y de la justicia en el mundo. (3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable.

La Constitución alemana comienza precisamente con ese concepto.

O se ha entendido en ocasiones como protección del honor, aunque los atentados contra el mismo suelen reservarse, aplicando el principio de mínima intervención al campo civil. En el caso de la violación, en jurisdicciones como la española, se ha abandonado el término del honor, para hablar en estos supuestos de delitos contra la libertad sexual, el Honor, aparece como concreciones o síntomas de la dignidad humana, pero no se identifican con ella.

La dignidad, igual que los derechos, si les preguntas a las personas, todas te contestan que sí, que sí tienen dignidad, pero a la hora de explicarla que es, donde esta o como coexistes con ella, no es tan fácil, de una manera sencilla, *podemos decir que la dignidad es la responsabilidad por la otra persona, pensar el otro, se puede explicar desde lo que te indigna, de lo que tú dirías, No, o Nunca más, o Ya basta.*¹⁹⁷ . El Estado está para servir al ser humano y la dignidad humana es auto

¹⁹⁶ Ídem, p. 2.

¹⁹⁷ Lefranc Weegan, Cesar Federico, La dignidad humana como derecho fundamental en el proceso penal acusatorio, IIJ, 8 de junio 2016, en el ciclo IV Jornadas sobre Juicio Orales. UNAM sobre la dignidad humana los tribunales la filosofía y la experiencia atroz, Editorial: UBIJUS Mex 2011,

asumida, no te la da nadie, los hombres somos fines no somos cosas, no permitir que nos traten como cosas, la misma Dignidad, la tenemos tú, yo, todos iguales, la dignidad se explica más desde lo filosófico, que desde el derecho. Dignó de algo, merecedora de algo.

Y en relación con nuestro tema también cabe conceptualizar ¿Y quién es una persona, en términos del discurso de los derechos humanos? Una persona en las sociedades del siglo XXI, además de muchos más atributos, es un portador de derechos. Que cada uno pueda ser considerado como portador de derechos es el resultado de una larga historia para poner límites al ejercicio arbitrario del poder.¹⁹⁸

Es importante destacar dos características que vuelven única la DUDH; la primera se refiere al reconocimiento de la dignidad humana como sustento de todo orden y de todo derecho. Desde ese momento se atribuye a todos los seres humanos igual dignidad. La segunda, igual de importante, se refiere precisamente a su pretensión de universalidad. Se proclaman los mismos derechos para todas las personas, en todas partes del mundo, sin importar su raza, sexo, condición social, capacidades, etcétera. Ni, por supuesto, el Estado al que pertenezca¹⁹⁹

El término "persona", al que se halla indisolublemente aparejada la idea de dignidad, se ha escogido para subrayar que el hombre no se deja encerrar en la noción de 'individuo de la especie', que hay en él algo más, una plenitud y una perfección de ser particulares, que no se pueden expresar más que empleando la palabra "persona". Se encuentra "desligada" por elevación, de la propia especie a la que pertenece. Por eso se dice que es "un ab-soluto": trasciende sus componentes materiales y los eleva hasta el rango de lo personal en lugar de quedar condicionado

<https://www.juridicas.unam.mx/actividades-academicas/1168-iv-jornadas-sobre-juicios-orales-del-instituto-de-investigaciones-juridicas>

¹⁹⁸ Peter Haberele, El Estado Constitucional, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Colombia, 2002, especialmente el parágrafo 2, "La vinculación entre dignidad humana y democracia" Citado por Lefranc cesar, *el derecho internacional de los derechos humanos y la función ministerial* p. 3, <http://www.inacipe.gob.mx/stories/investigacion/descargas/CAPÍTULO%205%20El%20Derecho%20Internacional%20de%20los%20Derchos%20Humanos.pdf>

¹⁹⁹ Lefranc Cesar, ídem, p. 14.

por ellos y se destaca ontológicamente de los demás integrantes de su propia especie.²⁰⁰

A partir de ese reconocimiento, la dignidad humana es el fundamento de los derechos humanos y de la democracia. Por lo mismo, el respeto a la dignidad humana es también el fundamento del Estado de Derecho.

Son los Tribunales Constitucionales los que se encargan de hacer la interpretación jurídica de la dignidad humana. Hay interpretaciones de los Tribunales Constitucionales español, alemán, italiano y colombiano, entre otros. En el sistema jurídico mexicano la interpretación de la dignidad humana está a cargo de los Tribunales de la Federación, incluyendo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de las resoluciones de Amparo

C. En la Jurisprudencia

Y si buscamos, en el Semanario Judicial de la Federación, en el aparecen 289 tesis, pero pocas son las que en el rubro se refieren directamente al concepto de dignidad y si las leemos, como lo hicimos, y baste de ejemplo 3, de su lectura se aprecia que no dan en concreto un concepto de dignidad humana, la ejemplifican:

MENOR DE EDAD VÍCTIMA DEL DELITO. EL PERDÓN DEL OFENDIDO NO ES PROCEDENTE CUANDO LA EXTINCIÓN DE LA CAUSA PENAL AFECTE LA DIGNIDAD DE LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD.

Proteger la dignidad del menor en el proceso penal implica evitar que sea humillado, degradado o envilecido. *Que las medidas de seguridad impuestas al agresor no provoquen algún tipo de sufrimiento, intimidación, situación de riesgo o amenaza para la dignidad personal del menor.*²⁰¹

²⁰⁰ Montano Pedro, ídem.

²⁰¹ Tesis: 1a. XCIX/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 29, Abril de 2016, Tomo II, p. 1125, Registro: 2011389

De la lectura de esta tesis dice que la dignidad del menor consiste en que nos sea humillado, degradado, envilecido, no le cause sufrimiento, riesgo o amenaza, que se deben resguardar los valores de la dignidad.

MENOR DE EDAD VÍCTIMA DEL DELITO. RECONOCIMIENTO DE SU DIGNIDAD HUMANA DENTRO DEL PROCESO PENAL.

Por reconocer, entre otras cuestiones, su dignidad humana, el cual con lleva el deber de respetar y considerar a la menor víctima como una persona con necesidades, deseos e intereses propios, de no ser humillado o degradado y con pleno respeto a su intimidad e integridad física, mental y moral.²⁰²

Esta tesis ya de la décima época de su lectura se resalta que la dignidad del menor debe entenderse respetarlo como persona igual con intereses propio, no humillarlo ni degradarlo, pero en el párrafo in fine lo relaciona con los conceptos analizados en este capítulo dice *debe tratársele* con pleno respeto a su intimidad e integridad física, mental y moral.²⁰³

Observamos que, a partir de la 10ª época, es cuando más se refieren a la Dignidad humana, sobre todo en relación con los menores, relacionados con el proceso penal, en materia familiar y en cuestión del acoso escolar.

Otra tesis importante que encontramos es:

DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA.

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 protección jurídica,

²⁰² Tesis: 1a. CCCLXXXI/, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Época: Décima Época, Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I, p. 264, Registro: 2010612

²⁰³ Tesis: 1a. CCCLXXXI/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Época: Décima Época, Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I, p 264, Registro: 2010612

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.²⁰⁴

De la lectura de esta tesis, consideramos que se cierra el círculo, asevera que la dignidad humana, que no es un valor moral, sino un principio jurídico, que es la base para todos los demás derechos, sí es un derecho fundamental y está en el art 1 de la CPEUM.

Y veamos la Jurisprudencia de este TCC en materia civil del primer circuito. Llegaron a este brillante y claro criterio: dignidad humana. definición. La dignidad humana es el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos.²⁰⁵

De esos dos renglones se integra su jurisprudencia, sin más argumentación, la verdad nunca había leído una tesis tan corta, para récord Guinness, pero podría ser corta y certera esta no la aprecio así.

En el mismo tenor el mismo TCC emitió otra jurisprudencia:

²⁰⁴ Tesis: 1a. CCCLIV/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 11, Octubre de 2014, Tomo I, p. 602, Registro: 2007731.

²⁰⁵ Tesis: I.5o.C. J/30 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro I, Tomo 3 Octubre de 2011, p. 1528, Amparo directo 309/2010. 10 de junio de 2010, Registro: 160870

DIGNIDAD HUMANA. SU NATURALEZA Y CONCEPTO.

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.²⁰⁶

Recapitulando la dignidad humana es el derecho que tiene cada ser humano, de ser respetado y valorado como ser individual y social, con sus características y condiciones particulares, por el solo hecho de ser persona.

Tocamos el tema de la dignidad, porque está íntimamente relacionado con el tema de nuestra tesis, toda vez que los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal consideramos, siempre se vinculan con la dignidad humana y los datos personales, son parte de tu esencia de ser.

IX. Los Datos Personales como Derechos Humanos en México

Derechos humanos en las reformas constitucionales de 2011 a 10 artículos de nuestra Constitución Federal es un nuevo paradigma, sin duda.²⁰⁷

Cambia sustantivos que glosaremos brevemente. La denominación del Título Primero antes de las garantías individuales, ahora DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS GARANTÍAS.

Desde aquí la modificación y así es una cosa son los derechos y otras las garantías, estas son los instrumentos de protección de los derechos, pero miren cuantos años vivimos con ese error, el instrumento de tutela.

La reforma incorpora un derecho moderno el de derechos humanos es siglo XXI es el siglo de estos.

Cambios sustantivos desde el 1 artículo:

²⁰⁶ R 160869

²⁰⁷ D.O.F 10 de junio de 2011

El sujeto de los derechos antes decía que el titular de las llamadas garantías individuales era el individuo, ahora lo es la persona, el gran cambio es que la persona puede ser física o moral. De la simple lectura no distingue, donde la ley no distingue.

Ya comentamos líneas arriba una jurisprudencia que sostiene que las personas morales si pueden ser titulares de algunos datos personales, por lo tanto, la persona moral puede ser titular de derechos humanos que no sea de derechos individuales, por ejemplo el de votar y ser votado, o tener religión, o a la reinserción social, si tiene responsabilidad penal, consecuencias, de que derechos si pueden tener la persona moral, como por ejemplo, propiedad, posesión, si se pueden asociar, la Sociedad de empresarios, la FETSE, Los Órganos Públicos, las personas de derecho públicos tienen competencias, atribuciones, pero no tienen derechos humanos, la SEP o la FGR que tengan derechos humanos.

Art 1, Toda persona tiene los derechos que *reconoce* la constitución antes decía que *OTORGA*, la polémica entre iusnaturalismo e iuspositivismo, ahora hay quien dice que gana el iusnaturalismo, ya existían los derechos, pero no es tema de esta tesis., pero el cambio radica en que si la norma reconoce derechos, significa que hay derechos que no son reconocidos, pero se pueden desprender *los derechos implícitos*, es decir no es exhaustivo si no otro género de la dignidad humana artículo 29 del Pacto de San José, y Jurisprudencia de la SCJN reconoce derechos implícitos, ejemplo el derecho humano *al libre desarrollo de la personalidad*, el caso de un cambio de sexo, o a decidir consumir droga., o el interés superior del niño.

Por eso el cambio fue sustantivo al reconocer, DH que reconoce la constitución los tratados internacionales en materia de derechos humanos por lo que son Constitución y crean el Bloque Constitucional.

México los firma y ratifica, aunque no los cumpla, y de los Tratados surgen derechos derivados, las recomendaciones de los Comités, y la Jurisprudencia de los Tribunales Internacionales y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de DH

esta jurisprudencia es obligatoria para todo el Estado Mexicano Jueces de todos los niveles, obligatoria en sus términos tal cual.

La jurisprudencia de los asuntos de donde no participo es recomendatoria. Eso dijo la SCJN, pero el Edo Mexicano incurre en responsabilidad.

Art 1 párrafo segundo INTERPRETARSE DE CONFORMIDAD con la Constitución y los TI, todo el derecho debe interpretarse de la C y los TI los civilistas, penalistas tienen que saber de Der Internacional y los TI en materia de derechos humanos. Esto cambia todo el derecho es derecho público no es derecho privado párrafo segundo el que mejor proteja a la persona, ahora el poder judicial tiene que hacer una interpretación distinta la más favorable.

Y principio PRO-PERSONA, pero ya no pro homini, porque es para hombres y mujeres, este principio significa Prevalencia de Normas y Subprincipio de prevalencia de normas cuando resulta aplicable dos o más normas jurídicas el intérprete tiene que elegir siempre la norma que mejor proteja el derecho en cuestión.

Y el principio de prevalencia de interpretaciones cuando en un caso concreto se aplica una norma que permita dos o más interpretaciones, debe elegirse la que mejor proteja que amplíe el número o el ámbito. Párrafo tercero lo anterior lo tienen que hacer todas las autoridades del país con condiciones de universalidad y transversalidad

ABOGADOS DEL SIGLO XXI tomar en serio los derechos humanos para hacer un país mejor, generar el cambio de paradigma jurídico utilizando el derecho informático, y vivir en una sociedad de la información con respeto, con dignidad y con leyes que lo regulen.

Hoy todos estamos aprendiendo que significan los derechos humanos.

Entender el nuevo sistema de constitucionalidad con las reformas de 10 y 6 de junio de 2011, sistema concentrado de Constitucionalidad.

En el nuevo Juicio de Amparo transforma la realidad, se da por lo que está pidiendo la Sociedad, Creemos igual que el ex Ministro Cossío que los derechos fundamentales son en todo caso derechos humanos que se han llevado a la Constitución con el fin de ser derecho positivo.

De todo lo anterior y enmarcándolo en nuestro tema podemos aseverar que: A partir del siglo XVIII los derechos humanos comenzaron a estar presentes, y con su reconocimiento en la normativa constitucional fueron alcanzando su consolidación como prerrogativas inherentes a todo ser humano.

Esto es, los derechos individuales o bien derechos de primera generación y en particular, el reconocimiento de la libertad personal. En este contexto se incorporó el derecho a la intimidad de la persona como una prerrogativa objeto de tutela, ya no sólo en los instrumentos internacionales, sino, además, a nivel constitucional.

Sin embargo, en la situación actual este derecho ha ido variando considerablemente. En virtud de que el desarrollo tecnológico ha redimensionado las relaciones de las personas con sus semejantes, así como su marco de convivencia. Hoy, no podemos negarlo, la informática se ha convertido en el símbolo emblemático de la cultura contemporánea.

Por ello, el reconocimiento del derecho a la intimidad en sus diversas manifestaciones luego de lograr su consolidación como un derecho fundamental, ha ido alcanzando nuevos matices.

Ahora, con el tratamiento, la recolección, el almacenamiento de informaciones que antes sólo podía formar parte de la vida íntima de cada ser, ha ido variando paulatinamente su entorno y estructura. Esto es, los datos personales de toda persona se han convertido en una práctica habitual de control y almacenamiento por parte de los sectores tanto públicos como privados.

Es por ello por lo que el derecho a la intimidad ha tenido que irse reconsiderando su espacio de protección, donde además de la facultad del individuo de rechazar

invasiones a su ámbito privado, ahora supone el reconocimiento de un derecho de control y acceso de sus informaciones, es decir, de toda aquella información relativa a su persona.

Por tal motivo, el uso y control sobre los datos referentes a cada persona, debe serle reconocido ya no sólo como una mera prerrogativa, sino además como un derecho fundamentalmente protegido y garantizado por mecanismos de protección idóneos.

En tal virtud, con el presente capítulo hicimos un análisis respecto al reconocimiento que se ha venido realizando a este derecho de la protección de datos personales con carácter fundamental y derivado del derecho a la intimidad.

Mientras en el ámbito europeo fueron los primeros por reconocer y garantizar una protección de datos personales a sus ciudadanos en donde toda aquella información relativa a su persona queda libre de intromisiones salvo el consentimiento del interesado.

En otras latitudes, por ejemplo, en algunos países latinoamericanos, ha sido objeto de estudio como un derecho fundamental. Y en el caso particular de México, el reconocimiento de un derecho fundamental a la protección de datos personales apenas ha comenzado.

Para lograr su consolidación como derecho fundamental partimos de ciertos antecedentes generaciones de derechos para llegar así a su reconocimiento como un derecho autónomo con fundamento constitucional.

De todo lo anteriormente anotado, podemos deducir que la protección de datos personales es un derecho fundamental, porque está en nuestro texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo que ha traído como consecuencias, legislaciones secundarias y nuevos criterios jurisprudenciales. lo que analizaremos en siguientes capítulos. La tecnología de la información ha hecho que se modifiquen conceptos, e inclusive ha propiciado el origen de nuevos derechos fundamentales.

Es necesario concientizar a los ciudadanos, gobernados, mexicanos, y a los responsables de los tratamientos acerca de la importancia que ha de darse a un derecho fundamental que siendo objetivos ya no es tan nuevo a nivel global en el 2000 y en México con la Ley de Transparencia de 2002 y luego las Reformas Constitucionales de 2009 y de 2010. Acerca de la importancia que ha de procurarse a un derecho fundamental, y que ha de dársele su lugar en la moderna sociedad de la información.

XI. Tecnologías de la Información

A. La Evolución Tecnológica

Todo cambia, todo está en movimiento, así como comentamos líneas anteriores la evolución de los derechos humanos, también disertaremos la evolución de la tecnología, para entender más nuestro tema.

Es importante señalar que consideramos que la tecnología por sí sola no genera el cambio, son las personas y sus usos las que generan la evolución social, entremos al ciberespacio.

La sociedad del Siglo XXI se explica por el entendimiento de una sociedad intercomunicada cuyá dinámica empresarial, social, política está orientada al intercambio de productos y servicios tangibles e intangibles.

A principios de los años 90 del siglo pasado fue un best seller un libro llamado la tercera ola de Alvin Toffer. Y explica que precisamente como las olas que van y vienen y se entrelazan sin diferenciar exactamente dónde empieza una y termina la otra así ha evolucionado la humanidad y señala como la primera ola la de la etapa de la agricultura, o civilización agrícola cuya sociedad se desenvolvía en base a la propiedad de la tierra, la segunda ola civilización industrial para él es la de Industrialización, aquí la sociedad se desenvuelve en base a la producción y consumo, las urbes y las fábricas y la tercera ola revolución tecnológica o le llama *sociedad súper industrial, tecnológica* es donde la generación y distribución de la información se vuelve fundamental y toda la sociedad es productora y consumidora.

CIBER, un significado, una expresión que ha llegado para quedarse, es un prefijo que se antepone a todas las palabras que queremos relacionar con internet y su entorno, se agrega ciber y se construye una ciberpalabra, ejemplo ciberespacio, cibercafé, ciber amor.

Cibernética del francés que lo tomo del inglés cybernetics, y se usaba 30 Siglos antes en los griegos, que se traducía el arte de gobernar una nave.²⁰⁸

Cibernética gramaticalmente según la RAE, Estudio de las analogías entre los sistemas de control y comunicación entre los seres vivos y las maquinas, y en particular el de las aplicaciones de los mecanismos de regulación biológica a la tecnología.²⁰⁹

Como lo hacemos con todos los temas, primero un concepto gramatical, para ingresar al fondo.

TECNOLOGÍA: Es el conjunto de conocimientos técnicos, ordenados científicamente, que permiten diseñar y crear bienes y servicios que facilitan la adaptación al medio ambiente y satisfacer tanto las necesidades esenciales como los deseos de las personas.

INTERNET este nombre procede de las palabras en inglés “Interconnected Networks”, que significa “redes interconectadas”. es un conjunto descentralizado de redes de comunicación interconectadas que utilizan la familia de protocolos TCP/IP, garantizando que las redes físicas heterogéneas que la componen funcionen como una red lógica única, de alcance mundial. Sus orígenes se remontan a 1969, cuando se estableció la primera conexión de computadoras, conocida como ARPANET, entre tres universidades en California y una en Utah, Estados Unidos.²¹⁰

En otras palabras, Internet es la unión de todas las redes y computadoras distribuidas por todo el mundo.

A continuación, enunciaremos fechas importantes que ha tenido internet en la sociedad, de su lectura apreciaremos que empieza a mitad del siglo pasado y en

²⁰⁸ García Laura, ídem p. 83.

²⁰⁹ Ibidem.

²¹⁰ <https://conceptodefinicion.de/internet/>

esta última década del Siglo XXI son más y más seguidos los cambios, las innovaciones, es vertiginoso el desarrollo.

B. Historia de Internet

1958. Se crea en Estados Unidos la Agencia de Investigación A.R.P.A para los desafíos tecnológicos en contra de Rusia

1961. Se envía uno de los primeros correos electrónicos del mundo en una computadora IBM 7094

1963. Nace la computación por paquetes para tener una red con alcance mundial creada por Leink Kleinork

1969. ARPANET el departamento de defensa de USA primera red científica y académica del mundo

1972. Se populariza el correo electrónico y se hace la primera demostración pública de arpa net

1974. Vint Cerf y Robert Khan crean MILT se separa lo militar de lo civil

1981. Surge el primer pc de IBM

1986. La Nacional Science Foundation crea NSF net sustituto de arpa net

1987. Paul Mokatrepis crea DNS un sistema de nombres para los dominios de internet, porque ya superaban los 100000 de hots

1988. Internet es invadida por un virus tipo gusano se crea la CERT

1989. 50 mil redes 4 millones de sistemas internet crece de manera descomunal, 70 millones de usuarios, empieza a tener un uso comercial

1990. ARPANET deja de existir

1991. Tim Berners-Lee crea la WEB Word Wide Web un buscador en la red de contenidos de nuestro interés

1993. Marc Adressen crea la primera versión de Mosaic un programa que permite navegar por internet con mayor facilidad ya más apto para cualquier tipo de público, es decir cualquiera podría ya dar enter a paginas www, sin tener conocimientos informáticos, más tarde sería el Nescape, el inicio de los navegadores INTERNIC primer centro administrativo para internet.

1994. Jezz Bezos crea Amazon la mayor tienda en internet de libros (inicialmente)
El mismo año crean **YAHOO** (plataforma de servicios global) Jerry Yang y David Filo.

1995. Jastin Hall crea el primer Blog

Se funda en california e bay lugar de subastas por internet

1996. Hotmail el primer servicio de e mail en línea, basado en la web.

1998. Se funda **Google**, motor de búsqueda, evoluciona la forma en la que la gente busca información.

1999. Shawn Fanning crea Napster (archivos de música).

Blogger primera empresa en crear blogs

2001. Bram Cohen crea Bit torrent (trasferencia de archivos muy grandes)

2001. Jimmy Wales y Larry Sanger crean **WIKIPEDIA** la mayor enciclopedia de internet.

2002. Jonathan Abrams crea Friendsdter, la primera red social del mundo

2004. En febrero Mark Suckerberg funda **Facebook**

2004. En febrero Chad Hurley y Steve Chen y Jawed crean YOU TUBE

2004 marzo email de Google denominado g- mail

2004 junio Google crea una red social llamada Orkut creada por Orkut Buyukkokten

2005 Megaupload compañía de transferencia de archivos con sede en Hon Kong

2005 en **YOU TUBE** se ven más de 100 millones de videos al día, las telefónicas y la televisora lo ven como una gran amenaza, ya que permite ver videos personales

2006 1,100 millones de usuarios alcanza internet

2006 julio se lanza **Twitter** la primera red de microblogging creada por Jack Dorsey

2006 noviembre Google adquiere YouTube por 1,650 millones de dólares

2007 Amazon crea el lector de libros Kindle

2007 junio Apple su cofundador Steve Jobs aparece el **I phone**, primer dispositivo telefónico multimedia con conexión a internet

2008 se estima que hay 63mil millones de páginas web

Jack Sheng primero en ganar un millón de dólares en e bay

2009.- WhatsApp Inc. fue fundada por Jan Koum

2009 Primer sitio web con interacción táctil

2010 se estima 1,966 000 000 DE USUARIOS DE INTERNET

2010 marzo Pinterest para los que están interesados en un mismo tema el sitio es manejado por Cold Brew Labs

2010 en octubre, Instagram Creada por *Kevin Systrom y Mike Krieger*,

2011 6.930 millones, en el mundo, de los cuales 2.095 millones de personas están conectadas a Internet, el 30.2% de la población.

2014 Expansión del código QR

2015 a la fecha han evolucionado las **APP** aplicaciones para Android y Apple y sobre todo para el comercio. Google play y app store

Snapchat, LinkedIn, Spotify, Uber, Tinder, Amazon-alibaba, Bitcoin. Expedia²¹¹

2018 Internet de las cosas es la convergencia entre internet Software electrónica y mecatrónica ejemplo es automatizar las cosas (IoT, por sus siglas en inglés) es un sistema de dispositivos de computación interrelacionados, máquinas mecánicas y digitales, objetos, animales o personas que tienen identificadores únicos y *la capacidad de transferir datos a través de una red*, sin requerir de interacciones humano a humano o humano a computadora.²¹²

2019 En el mundo el total de usuarios de internet activos vía móvil es de 4.388 millones, esto quiere decir que el 52% de la población accede a sus contenidos favoritos y navega por medio de su *smartphone*,²¹³ evolucionando la web 4.0.

²¹¹ Ver video La Historia de Internet. Video de YouTube. (Consultado el 12-09-2017), <https://www.youtube.com/watch?v=D9i1ZknIkZk>, recomendado curso CUAED Recursos digitales de información y comunicación para la educación a distancia. Asesor Horacio Duarte, marzo 2019, https://cursos.cuaed.unam.mx/diplomado-docencia/moodle/pluginfile.php/76/mod_resource/content/124/Recursos_Dig/unidad1/inicio.html#contenidos

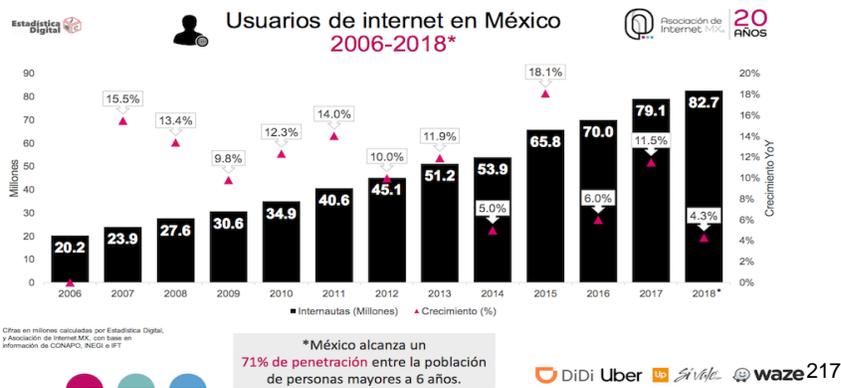
²¹² El primero en usar este término fue *Kevin Ashton hablando en el LG CNS – Fuente: <http://www.lgcnsblog.com/features/entree-world-2015-kevin-ashtons-keynote-speech/>*

²¹³ Galeno, Susana, 31 enero, 2019, <https://marketing4ecommerce.net/usuarios-internet-mundo/> consultado 16 julio 2019

Alrededor de 7500 millones de personas son las que habitamos el planeta hoy en día.²¹⁴Y se están impulsando los humanoides. Dato curioso ²¹⁵



Esta grafica nos muestra cómo va en aumento el número de usuarios en el mundo de teléfonos inteligentes, donde deben estar conectado a internet para usar redes sociales, aplicaciones e internet de las cosas en esta Sociedad de la Información y la Comunicación.



²¹⁴ ONU, población, <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/population/index.html>

²¹⁵ La Sociedad de la Información pidió a la ONU declarar un “Día Mundial de Internet” para poder así celebrarlo mundialmente. En 2006 la ONU declaró que el día de Internet sería el 17 de mayo, fecha en el que se celebraba también el Día de las Telecomunicaciones. octubre de 2005 cuando se decidió dedicarle un espacio del calendario a la Red de redes. Un mes después, la Cumbre Mundial

²¹⁶ Imágenes estadísticas, <https://marketing4ecommerce.net/usuarios-internet-mundo/>

²¹⁷ Estudio de hábitos de usuarios de internet, realizado por la Asociación de Internet.mx <https://www.asociaciondeinternet.mx/es/estudios>

Estas imágenes nos muestran claramente como va en aumento el uso de internet en el mundo y en México, redondeando cifras para que quede más claro, de 2017 79 millones a 2018 83 millones de Mexicanos se conectan a internet cotidianamente.

Como afirman Casillas Miguel et, al. , La incorporación de México en la Sociedad de la información y la apropiación de las TIC por parte de sus habitantes no son hechos naturales, que se hayan dado por sí solos, ni se debe a las fuerzas libres del mercado, el Estado debe de intervenir para favorecer y promover la expansión de las TIC, de manera integral, que implica que regiones y sectores desprotegidos se incorporen plenamente a las sociedades de información, , resolviendo el acceso a la infraestructura tecnológica y a los servicios digitales adecuados...en el año 2000 solo 5 de cada 100 mexicanos tenían acceso a la red, en 2012 ya se había incrementado 40 por cada 100²¹⁸ y en 2019 85 de cada 100.

C. Revolución Tecnológica

Como lo señala Carlota Pérez en su texto: Son 5 la Revoluciones tecnológicas que ha tenido la humanidad y considera que esas 5 etapas son:

La industrial en el siglo XVII con los hilados de algodón y S XVIII

La segunda en 1829, la época de hierro con el ferrocarril y el vapor.

La tercera revolución a electricidad, en uso doméstico en industrial, el acero y la ingeniería pesada, en el S XIX

La cuarta época la del petróleo, automóvil y producción en masa. Principios del Siglo XX.

²¹⁸ Casilla Miguel, et al., *La integración de México a la Sociedad de Información, Derecho y TIC vertientes actuales*, IJ INFOTEC, México 2016, pp. 6-7

Y la quinta época la de la Informática y las telecomunicaciones. Al salir la computadora de los laboratorios y hacerse de uso cotidiano en los hogares en la década de los 1970²¹⁹ finales de S XX y principio de S XXI

Como lo dice Hernández Lomelí citando a Castell, *“La unión de la tecnología, de la microelectrónica, la informática (máquinas y software y las tecnologías de las comunicaciones, (radio, televisión internet y telefonía) es la característica de la Revolución Tecnológica que actualmente estamos viviendo...la que te remite a las tecnologías del procesamiento de la información y de la comunicación, comúnmente conocidas como TIC.*

Las TIC se desarrollan en las SIC con la Informática.

En esta revolución tecnológica hay nuevos paradigmas y nueva terminología que a continuación explicaremos brevemente cada uno de estos conceptos que la mayoría tenemos una idea de que tratan, pero para enmarcar aún más nuestro tema, explicaremos que entendemos por Tecnología de la Información, TIC, por SIC, Sociedades de la información, que es la web, y muchos otros términos.²²⁰

Y no solo términos lingüísticos, también jurídicos, inclusive hay quienes consideran que existe un nuevo derecho, *para comprobar la existencia de éste nuevo derecho, el autor vierte su contenido en los diferentes aspectos en los que se aplica la informática al derecho. A título enunciativo expone: la regulación de la “protección*

²¹⁹ Pérez Carlota, *Revoluciones tecnológicas y capital financiero. La dinámica de las grandes burbujas financieras y las épocas de bonanza.* México, Edit. Siglo XXI, 2008, p. 77.

²²⁰ Barnes Vásquez, Javier, *La internet y el derecho. Una nota acerca de la libertad de expresión e información en el espacio cibernético.* En: Cuaderno de Derecho Judicial. C.G.P.J., Ordenación de las telecomunicaciones *N Para pasar al siguiente tema quiero comentar lo aseverado por Marcia Muñoz de Alba citando a Pérez Nuño La libertad informática es un nuevo derecho fundamental, propio de la tercera generación de derechos humanos, el cual tiene por objeto garantizar la facultad de las personas de conocer y tener acceso a las informaciones que les conciernen archivadas en bancos de datos, controlar su calidad, lo que implica la posibilidad de corregir o cancelar los datos inexactos indebidamente procesados y disponer sobre su transmisión,* Madrid, 1997, p. 241 y ss.

de datos”, la “protección del software”, “la contratación por medios electrónicos”, “el delito informático”, y los datos de carácter personal en la visión iusinformática de la intimidad.²²¹

D. Sociedades de la Información y la Comunicación. SIC

Que es SIC con mayúscula²²² la UNESCO, tiene una oficina para la información y la comunicación, en general estos dos términos se vinculan, se complementan. SIC se traducía como información y conocimiento, ahora en la segunda mitad del siglo XXI, han ajustado su significado a las siglas SIC relacionando comunicación e información. Sociedad de la Información y del Conocimiento.²²³

El término SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN se utilizó por primera vez en la reunión del CONSEJO EUROPEO DE BRUSELAS EN 1993 destacando la promoción de la utilización de tecnologías

Es decir que se hizo referencia a la Sociedad de la Información como el conjunto de individuos que utilizan la tecnología, sociedad que tiene capacidad de acceder a volúmenes considerables de información en poco tiempo.²²⁴

La CEPAL explica a la Sociedad de la información así:

El concepto de "sociedad de la información" hace referencia a un paradigma que está produciendo profundos cambios en nuestro mundo al comienzo de este nuevo milenio. Esta transformación está impulsada principalmente por los nuevos medios disponibles para crear y divulgar información mediante

²²¹ Riasco Gómez Libardo Orlando, *El Derecho a la Intimidad, la visión iusinformática y el delito de los datos personales*, Universidad de Lleda, España, 1999, pp 314, cita p. 14, <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/8137/Tlorg2de2.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

²²² Sic con minúscula se usa para referir que algo está escrito así tal cual, del latín *sic erat scriptum*, «así fue escrito».

²²³ Lefranc Weegan, Federico César, *Los sujetos de la SIC, Derecho y TIC, vertientes actuales*, México, IJ, INFOTEC, 2016 p. 33.

²²⁴ De la Garza R, Alejandro y Téllez Carvajal, Evelin Género y Tic. *Por una Sociedad de la Información con perspectiva de género*, en *Derecho y TIC*, Téllez Evelin (coord.), México, IJ-INFOTEC, 2016, p. 59

*tecnologías digitales. Los flujos de información, las comunicaciones y los mecanismos de coordinación se están digitalizando en muchos sectores de la sociedad, proceso que se traduce en la aparición progresiva de nuevas formas de organización social y productiva*²²⁵ Esta definición desde el prefacio los países miembros declaran desde 2000, quererse convertir en países con sociedades de la información. reconociendo que la sociedad de la información es un sistema económico y social donde el conocimiento y la información constituyen fuentes fundamentales de bienestar y progreso, adoptan una serie de principios rectores del proceso de transición e identifican los temas prioritarios, a los que se deberá otorgar particular importancia en los próximos años.²²⁶

Características de la Sociedad de Información:

a) Exuberancia, Un gran volumen de información. b) Omnipresencia las herramientas y sus contenidos están por doquier, c) Irradiación, No hay barreras geográficas, d) Velocidad, es instantánea, e) Centralidad, sigue siendo Estados Unidos, de donde surgen las tendencias en internet , f) Interactividad los consumidores, también generan información, g) Desigualdad sigue dándose la brecha los pobres no tienen fácil acceso a la tecnología, h) Heterogeneidad se duplican y multiplican opiniones, pensamientos, críticas en la sociedad; i) Desorientación, la creciente información, no necesariamente es fuente de cultura, se necesita elegir lo cierto lo importante, y por último j) Ciudadanía Pasiva, Sí el consumo prevalece sobre la creatividad.²²⁷

Como concluye Fredy Alexander: Centremos en resaltar algunos elementos de todas las definiciones: *Primero existe un nuevo paradigma en las relaciones económicas, sociales y culturales basado en la tecnología de la información y las*

²²⁵ CEPAL, Los caminos hacia una sociedad de la información en América Latina y el Caribe, JULIO, p. 129, libros de la CEPAL Comisión económica para América latina y el caribe, Comisión de la ONU.

²²⁶ Ibidem.

²²⁷ Del Arco, Javier, *Ética para la Sociedad Red*, Madrid, Editorial Dykinson S. L., 2004, pp. 19-22, L- 196.

comunicaciones. Segundo este cambio genera procesos de digitalización donde el intercambio de la información es más ágil, y adquiere una relevancia económica, social y política. Tercero Las relaciones entre los ciudadanos entre sí y las instituciones se desarrollan en el marco de este nuevo paradigma²²⁸. Concordamos con los elementos que destacan estos autores colombianos.

Lo importante es que el pacto de la Sociedad de la Información siga siendo inspirado en la dignidad humana.

Los integrantes de dicha sociedad navegan en ausencia de leyes, no conforman una nación, ni un Estado, tienen muy pocos derechos garantizados, no tienen una Constitución, Hasta ahora no se ha generado el equivalente a un modelo de Estado, para la Sociedad de la Información.²²⁹

En síntesis, debemos entender que los derechos humanos y la dignidad son fundamentales en la democratización de la información el conocimiento y la comunicación, en las SIC.

E. Tecnologías de la Información y la Comunicación. TIC²³⁰

En la década de los 80's, eran bien definidas las tecnologías de comunicaciones, televisores, radios, teléfonos, etc., y, por otro lado, las tecnologías de información

²²⁸ Alexander, Prada, Fredy Velandia, H, Carolina, *La protección de datos digitales, una lectura de la tensión del habeas data en el contexto del cambio de las relaciones sociales que supone internet*, Derecho y TIC vertientes actuales, México, IJ INFOTEC, 2016, p. 186.

²²⁹ Ídem p. 39

²³⁰ Dato curioso. El plural de la sigla *TIC* tecnologías de la información y de la comunicación se indica con el artículo u otro determinante que la acompañe *las TIC*, *algunas TIC...*, y no añadiendo una ese S mayúscula *TICS* ni minúscula *TICs*. Aunque sí es adecuado pronunciar el plural de las siglas, según las recomendaciones de la ortografía académica no resulta oportuno escribirlo, puesto que, si se añade una esa mayúscula *TICS*, podría darse a entender que se trata de otra sigla, y añadir una ese minúscula *TICs* o *TIC's* se considera un anglicismo. El plural se indica entonces a través de los determinantes que acompañan a las siglas: *las TIC*. <https://www.fundeu.es/recomendacion/las-tic-mejor-que-las-tics-o-las-tics/>, 16 julio, 2019

consistentes en equipos de cómputo. Con la llegada de la “digitalización”, la frontera entre ambas tecnologías fue desapareciendo.

Hoy en día, a través de un teléfono es posible emitir textos y por medio de una computadora realizar una llamada telefónica, situaciones que con la tecnología de hace unos años era impensable. Ello nos lleva al concepto de las TIC, o Tecnologías de Información. En la década de los 90’s, el gran desarrollo y empleo de las TIC, permite identificar a todos aquellos nacidos en esa década como “Nativos Digitales”, los cuales actualmente al no haber interactuado con un mundo ausente a estas, las emplean en todas sus actividades: estudiar, investigar, comprar, divertirse, socializarse e incluso enamorarse. Y los “Inmigrantes Digitales”, donde son agrupados todos aquellos nacidos antes de los 90’s.

El mundo virtual actual, nos permite estar conectados, comunicados y con acceso a un sinfín de información; herramientas que deben ser operadas con responsabilidad y honestidad, canalizadas a través de un entorno seguro y respetuoso, lo que nos orilla a pensar en apegarnos a reglas de “Civismo Digital”. prevenir la comisión de delitos que usan como medio el internet, en apego al Marco Jurídico y respetando los Derechos Humanos, a través de la generación de productos de inteligencia que permitan elevar la información al grado de certeza.²³¹

Las TIC ya forman parte integral de nuestra vida cotidiana, nos proporcionan instrumentos y servicios útiles en nuestro hogar, en el trabajo en todas partes, la SIC es una realidad de la vida diaria. Añade una nueva dimensión a la sociedad como la conocemos ahora, una dimensión de importancia creciente, lo que ha traído inquietudes en la sociedad, preguntándose qué va a pasar con sus empleos, y con la democracia y la desigualdad entre los nativos digitales y los que no lo somos²³². Yo creo que se va a cerrar esa brecha, Steve Jobs y Marck Zuckerman no son nativos digitales y lo que han realizado con la tecnología.

²³¹ <http://www.ssp.df.gob.mx/ciberdelincuencia.html>

²³² Del Arco ibidem p. 28

Cotidianamente leemos y escuchamos que se hace referencia a las *TIC*, en los medios de comunicación, es la tecnología que usamos desde que amanece hasta el fin del día en todas nuestras actividades laborales, deportivas, culturales, educativas, diversión y más.

F. La era digital.

¿Proviene de dedos o de números digitales, o de huella digital?

En tecnología llaman digitales a los sistemas que cambian información mediante dígitos, así surgió la era digital, periodo tecnológico basado en cálculos numéricos, no tiene que ver con pantallas que se manejan con los dedos, por muy ágiles que sean. ²³³

Y ¿qué necesitamos? para vivir en una *Sociedad de la Información* con Tecnología en una era digital, se requiere de *Estructuración Técnica y Jurídica*.

En la estructuración Técnica SOFTWARE Y HARDWARE. Para que se cumpla el intercambio electrónico de datos entre los usuarios de un sistema se debe disponer; entre otros requisitos, con un equipo y dispositivos de *hardware* idóneos, tales como:

- a) Una computadora, con sus correspondientes unidades centrales y periféricas de procesamiento, almacenamiento, edición, consulta, cesión, trasmisión y recuperación de información o datos;
- b) Un *Modem* es un Modulador de señales de comunicación, bien sea incorporado al equipo computacional a manera de tarjeta MO.

Y ahora cada año, no cada semestre cada mes, salen innovaciones en los smartphones en el internet de las cosas, por eso el derecho debe evolucionar y regular todo esto.

Internet como anotamos al principio, es una red global formada de redes interconectadas, es un sistema que conecta cientos de miles de nodos que pueden ser computadoras o dispositivos, cuyo propósito es el intercambio de datos e

²³³ García Laura ibidem 52

información, para ello ha desarrollado diferentes servicios, entre los más conocidos está el World Wide Web y el correo electrónico.²³⁴

En la estructuración jurídica la dilucidaremos en los siguientes capítulos.

La nueva era digital nos ofrece un mundo nuevo de oportunidades que podemos y debemos aprovechar, sin olvidar que todo ello habrá valido la pena si trabajamos para construir un mundo mejor, capaz de ayudar a mejorar la vida de muchas personas para que puedan llegar a ser más felices y sin duda esa mejora del mundo pasa por una mejor educación para futuras generaciones.

El mundo digital tiene también algunos inconvenientes cuando nos olvidamos de que por encima de la tecnología están las personas y por tanto deberían ser un medio y no un fin en sí misma.

XII. Las Redes Digitales

Web es un vocablo inglés que significa *red*, telaraña o malla. El concepto se utiliza en el ámbito tecnológico para nombrar a una red²³⁵

World Wide Web red informática mundial, permite que cualquier persona a través de una conexión a internet junto a un navegador y una computadora pueda acceder a cualquier web que dese en cualquier parte del mundo. Las paginas www, es un servicio que ofrece Internet el cual enlaza información de forma lógica, mediante hipervínculos que conectan las redes de páginas web.

A través del concepto denominado como la “web evolución” concepto utilizado por primera vez por Kapp y O’Driscoll, en 2010, para explicar, la evolución de la web, el enfoque ha ido transformándose de “acceso y hallazgos” de la denominada Web 1.0, a “compartir, participar y colaborar” con la Web 2.0, hasta llegar a la “colaboración inmersiva y co-creación (Web 3.0)”²³⁶Es así como, a medida que se

²³⁴ En el siguiente video puedes ver la evolución de esta tecnología.

Simonfilm. (2011). Historia de Internet [video]. Consultado el 24 de mayo de 2016, <https://www.youtube.com/watch?v=i4RE6dBAjH4>

²³⁵ Dato Web en informática suele escribirse como web, con la W mayúscula).

²³⁶ Cabrero Almenara, Julio et al., “RED”. Revista de Educación a Distancia, 51, Artíc. X. 30-Nov-2016, p. 2 <http://www.um.es/ead/red/51>

avanza hacia entornos comunicacionales de información y socialización el interés en el uso de las llamadas herramientas que las incorporan ha ido creciendo de manera exponencial.²³⁷

1. Evolución de la Web

Desde su desarrollo en 1989, la tecnología Web ha tenido una evolución constante que lo ha llevado a ser considerado el medio de mayor difusión y comunicación global de la historia de la humanidad.

La Web de hoy es un universo de aplicaciones y páginas web interconectadas lleno de vídeos, fotos y contenido interactivo. Lo que no ve el usuario es cómo interactúan los navegadores y las tecnologías web para hacer que esto sea posible.

A lo largo del tiempo, han avanzado hasta permitir que los desarrolladores puedan crear nuevas e increíbles experiencias en el Ciberespacio. La Web actual es el resultado de los continuos esfuerzos de una comunidad abierta que ayuda a definir estas tecnologías, y garantiza que todos los navegadores internet las admitan.

Que quede claro Web no son sinónimo de Internet; Internet es la red de redes donde reside toda la información, siendo un entorno de aprendizaje abierto, más allá de las instituciones educativas formales. La web es un subconjunto de Internet que contiene información a la que se puede acceder usando un navegador. Tanto el correo electrónico, como facebook, twitter, wikis, blogs, juegos, etc. son parte de Internet, pero no la Web.

A. Web 1.0

De los 90's al 2003 aproximadamente este término se utiliza para referirse al estado de la web antes de usar el *.com*; la principal característica de este nivel es que las páginas eran estáticas, el usuario no podía interactuar y era solo sobre un tema, En la web 1.0 a los desarrolladores se les denominó "webmasters", había poco número

²³⁷ Ibidem, https://cursos.cuaed.unam.mx/diplomado-docencia/moodle/pluginfile.php/76/mod_resource/content/124/Recursos_Dig/index.html

de internautas, conocida como web pasiva, en ella solo se podía consumir contenido. Se trataba de información a la que se podía acceder, pero sin posibilidad de interactuar; era unidireccional.

En sus comienzos ingresar a internet confería un alto costo, por ello era utilizado básicamente por grandes empresas, universidades y el gobierno.

Cabe mencionar que lo que diferencia a la web 1.0 y la 2.0 no es el nivel tecnológico en los servidores, aunque naturalmente se ha dado un considerable avance en el hardware, es, sobre todo, la finalidad de la red, los objetivos y la forma en la que los usuarios perciben y utilizan la información en línea; este cambio tuvo lugar silenciosa pero velozmente, a comienzos del nuevo milenio.

Las marcas comenzaron a crear sus páginas web, enfocadas netamente en comunicar información básica sobre productos y servicios, así como lo relacionado a su misión y visión. En resumen, se publicaba información con la que las marcas buscaban comunicarle al mundo que la empresa existía y qué era lo que ofrecía. Eran las empresas las que más lo usaban.

B. Web 2.0

2001. Empieza el abaratamiento de las tecnologías de la información, por llamarle así a que se popularizaron, usan sistemas operativos más completos, redes que abarcan cada vez más y más territorio y el desarrollo de computadoras más accesibles, dio el paso a la siguiente evolución de internet; en 2004 el término Web 2.0 fue acuñado por Tim O'Reilly para referirse a una segunda generación en la historia de la Web, basada en comunidades de usuarios y una gama especial de servicios, tales como las redes sociales, los blogs o las wikis que fomentaban la colaboración y el intercambio ágil de información entre los usuarios, dándole el control de sus propios datos a través de la interactividad. conocida como web participativa actualmente se utiliza intensamente.

De acuerdo con O'Reilly, existen siete principios constitutivos de las aplicaciones web:

1. La Word Wide Web como plataforma de trabajo.
2. El aprovechamiento de la inteligencia colectiva.
3. La gestión de las bases de datos como competencia básica.
4. El fin del ciclo de las actualizaciones de versiones del software.
5. Los modelos de programación ligera junto con la búsqueda de la simplicidad.
6. El software no limitado a un solo dispositivo.
7. Las experiencias enriquecedoras de los usuarios.²³⁸

Algunas herramientas significativas de la web 2.0 son; Wikipedia, Flickr, Blogger, WordPress, Facebook, Twitter, YouTube; y un sin fin de páginas más que en la actualidad conforman el grupo más popular de consulta y entretenimiento para los usuarios, gracias a estas páginas la sociedad comenzó a utilizar de manera frecuente el espacio virtual, donde su dinámica permite dar a conocer la realidad de lo que sucede día a día en el mundo., que fomentan la participación activa de los usuarios y la construcción de redes colectivas.

En el ámbito de las gestiones ante la administración local o federal, la sociedad se vio beneficiada al incluir plataformas para realizar trámites gubernamentales desde el hogar y las empresas han aumentado la productividad al migrar algunas de sus operaciones y sistemas de negocios e incluso publicidad al entorno de la web para realizar tareas directamente desde una computadora en cualquier lugar.

Actualmente las personas y las organizaciones suben a la red datos y archivos con diferentes formatos: texto, imagen, audio, video, etc. Ante la presencia de flujos de información tan veloces es necesario conocer y utilizar pertinentemente recursos que nos permitan alojarla y compartirla con otros.

En la boga cualquier persona puede producir información digital, por tal motivo necesita herramientas que le permitan alojar y gestionar la información, pero con la capacidad no sólo de almacenarla en la red sino de compartirla con otros, ya sea dispositivos o personas.

²³⁸ Diplomado CUAED, ídem. <https://cursos.cuaed.unam.mx/diplomado-docencia/>

Las herramientas Web 2.0 de acuerdo con las características del paradigma se diseñan y se desarrollan para acceso abierto, aunque cuentan con opciones para que el usuario controle el acceso a su información en diferentes niveles. Cabe mencionar que, si se almacena información en la red, esta adquiere un carácter público a pesar de estos niveles, y advierten que lo que subes a la red ahí se queda, no se borra.

La nube iCloud storage, es un servicio que provee al usuario de un espacio en la red en el que puede almacenar archivos con la finalidad de compartirlos con otros dispositivos u otros usuarios.

En la web es posible obtener varias herramientas para alojar y compartir información; algunas de las más populares son: Google Drive y Dropbox.

WI FI

Otro concepto que no podemos dejar de mencionar en informática se conoce como Wifi a una tecnología de telecomunicaciones que permite la interconexión inalámbrica entre sistemas informáticos y electrónicos, tales como computadores, consolas de videojuego, televisores, teléfonos celulares, reproductores, punteros, etc.²³⁹ Que en palabras simples es conexión sin cables a corta distancia.

Cookie

Una cookie es un pequeño archivo que almacena las preferencias de internet. Casi todas las páginas web utilizan la tecnología de cookies. Se descargan cuando visitas por primera vez una página web con tu navegador de internet, al acceder de nuevo a dicha página web desde el mismo dispositivo, la cookie y la información que contiene se reenvía a la página web que la generó (First Party Cookie) o a la página web a la que pertenece (Third Party Cookie). De este modo, la página web reconoce que ya la has visitado anteriormente desde ese navegador y, en algunos casos, modifica el contenido mostrado.

Algunas cookies son especialmente útiles, ya que pueden mejorar la información que consultas. al acceder de nuevo a una página web. Si utilizas el mismo

²³⁹ Fuente: <https://concepto.de/wifi/#ixzz5trtykXY2>

dispositivo y navegador que la última vez, las cookies recuerdan tus preferencias, informan de cómo utilizas una página web y ajustan lo que te muestran adaptándolas a tus intereses y necesidades personales.

Por último, en cuanto a conceptos nuevos en la SIC, no son todos pero sí los más frecuentes, los más conocidos de mayor uso.

AVATAR en nuestro idioma lo usamos como sinónimo de cambio, vicisitud, imprevistos de la vida, en la India ese término se refiere transformación, evolución, reencarnación.

Pero en el idioma informático se refiere a la imagen que te representa en el mundo virtual puede ser una fotografía, una caricatura, la imagen que pones en tú whats, o en tu face, en cualquier perfil, a eso se le llama avatar.

Como acotación al margen y porque la tesis la desarrollamos en el ámbito académico a pie de página hacemos algunos comentarios al respecto.²⁴⁰

C. Web 3.0

2006. En este año apareció por primera vez en un artículo de Jeffrey Zeldman, criticando a la web 2.0, pero más bien complementa a esta, se refiere a metadatos para poder procesarlos con inteligencia artificial y ofrecer a los usuarios lo que

²⁴⁰ Usos educativos de las herramientas Web 2.

Las herramientas Web 2.0 pueden incorporarse a la práctica docente ayudando a resolver necesidades didácticas como: Compartir material didáctico a los alumnos. Generar espacios compartidos en donde se almacenen recursos de una asignatura para que sean comentados y enriquecidos por los alumnos.

Como entorno de trabajo para la elaboración de proyectos colaborativos, en donde se puedan construir documentos entre los integrantes de un equipo.

Como repositorio de recursos correspondientes a un proyecto, con la finalidad de que se encuentre al alcance de todos los involucrados; además de facilitar el seguimiento con la consulta del histórico de las versiones.

Estas son algunas ideas de cómo puedes incorporar las herramientas digitales a tus actividades didácticas, https://cursos.cuaed.unam.mx/diplomado-docencia/moodle/pluginfile.php/76/mod_resource/content/124/Recursos_Dig/unidad2/inicio.html#contenidos asesor Horacio Duarte

específicamente están buscando, en el presente se usa en combinación con las anteriores, también conocida como web global semántica porque se desarrollan las aplicaciones, la 3D, y empieza la inteligencia artificial.

Es muy utilizada por los motores de búsqueda como Google y por empresas que desean conocer el posible comportamiento de los usuarios para proporcionar productos específicos, un ejemplo de la web 3.0 puede ser; cuando una persona busca el nombre de un establecimiento o institución, cualquier lugar, entonces en el buscador sin ingresar a ninguna página, proporcionará datos como correo, teléfono, dirección y cualquier otro dato importante recogido de una base de datos. El waze, Google maps, cualquier cosa que desees preguntar a Siri, o a cualquier buscador, es lo que estamos viviendo actualmente ²⁴¹

Sobresalen las llamadas Aplicaciones móviles (app)

El término app es una abreviatura de la palabra en inglés application. Una app es un programa diseñado para ser ejecutado en teléfonos inteligentes, tabletas y otros dispositivos móviles; y que permite al usuario efectuar tareas concretas de cualquier tipo, ya sea profesional, de ocio, educativas, de acceso a servicios, etc.

Las apps pueden realizar diferentes funciones de acuerdo al propósito para el que fueron diseñadas, como juegos, calculadoras de todo tipo, directorios, glosarios, programas formativos, presentaciones, etc.

Las apps permiten a las instituciones a las personas físicas y morales ofrecer nuevos servicios con una gran cantidad de información y contenidos en formatos muy atractivos, a través de teléfonos móviles o tabletas. Pueden descargarse e instalarse en cualquier dispositivo móvil de última generación, smartphones y usarse con o sin conexión a internet.²⁴²

Vemos que La web 3.0 está muy asociada al concepto de personalización. Ofrece un flujo de información y de contenidos adaptados a nuestros gustos y preferencias. De dónde sacarán los motores de gestión de datos, la información sobre nuestros

²⁴¹ Ver <https://innovainternetmx.com/2014/12/evolucion-de-la-web/>

²⁴² Curso CUAED ídem

gustos de nuestra actividad en la red que, como sabemos, deja un importante rastro a modo de fotos, opiniones, tendencia de búsqueda, viajes, etc.

D. Web 4.0

Se está desarrollando para mejorar la web 3, el internet de las cosas y la robótica²⁴³ La inteligencia artificial *Artificial Intelligence*, o *AI* es la simulación de procesos de inteligencia humana por parte de máquinas, especialmente sistemas informáticos. Estos procesos incluyen el aprendizaje, la adquisición de información y reglas para el uso de la información, el razonamiento usando las reglas para llegar a conclusiones aproximadas o definitivas y la autocorrección, se desarrollará la conjunción máquina -humano, para generar toma de decisiones.

*Emerge BIG DATA se denomina así a enormes volúmenes de datos ya no caben en un procesador, herramientas software o programa, están por encima interconectados entre si*²⁴⁴

Antes de terminar este tema consideramos importante comentar también el Código QR, otra nueva herramienta digital que cada día se está popularizando más y más.

Un código QR es un código de barras bidimensional cuadrada que puede almacenar los datos codificados, la mayoría del tiempo los datos es un enlace a un sitio web (URL). En 2010 Códigos QR comenzaron a expandirse en los EE. UU. y luego en Europa, donde pueden verse notablemente en los anuncios, son unos cuadrados con figuras geométricas generalmente en blanco y negro, pero también pueden ser a color.

Pero donde se usan muchísimo es en Japón según estadísticas cada japonés escanea un promedio de 10 códigos al día, más que mensajes SMS.

²⁴³ Información proporcionada en el taller la visibilización de la investigación de las politólogas en internet junio 2019 IJJ.

²⁴⁴ Ander, Jhon Conferencia "Internet de las Cosas y Big Data ¿Hacia dónde va la Industria?" <https://www.youtube.com/watch?v=4TIqatHPbVE>

Hoy en día, los códigos QR se pueden ver en folletos, carteles, revistas, o compra de entradas por internet, etcétera, dentro los códigos QR permiten interactuar con el mundo a través del smartphone.

Al escanear un código QR utilizando el teléfono inteligente, se obtiene un acceso inmediato a su contenido, el lector de código QR a continuación, puede realizar una acción, como abrir el navegador web para una URL específica. Otras acciones pueden ser provocadas, como el almacenamiento de una tarjeta de visita en la lista de contactos de su teléfono inteligente o conectarse a una red inalámbrica.²⁴⁵

En resumen, podemos entender a la Web, como el eje central en la participación colectiva y como un poderoso motor de producción de contenidos basado en las herramientas que permiten dicho intercambio, aplicaciones web increíbles que utilizamos a diario.

La comunicación ha experimentado importantes cambios a escala global sobre todo en lo que va de este siglo; dichos cambios han sido impulsados principalmente por la vertiginosa evolución de la tecnología digital, cuyas posibilidades promueven nuevas formas de informar, comunicar, interactuar, lo que obliga a enfrentar las necesidades y desafíos del presente milenio.

En el contexto actual, es necesario que cualquier persona trascienda su vida a espacios digitales. Los recursos digitales de información y comunicación integrados a la vida diaria son indispensables ya que a través de las primeras tomas de decisiones personales y los recursos de comunicación permiten que socialices, los procesos de comunicación interpersonal se han visto modificados por medio del uso eficaz de una gran diversidad de recursos, tanto sincrónicos como asincrónicos.

A la actividad que te dediques sea arte, oficio o profesión te comunicas y obtienes información con tecnología, la informática la demanda la sociedad actual.

Ya nos quedó claro que actualmente vivimos en una Sociedad de Información y Comunicación porque el modus vivendi de la mayoría es conectados a internet o

²⁴⁵ <https://www.unitag.io/es/qrcode/what-is-a-qrcode> 21-03-2019 18.20pm

utilizando todas las tecnologías de la información y como han evolucionado las herramientas llamadas web .1 hasta la actual web 4.

En el siguiente apartado comentaremos las denominadas redes sociales que son herramientas tecnológicas que empezaron a desarrollarse en la etapa de web 2.0 y que actualmente siguen vigentes y evolucionando, las que mayor porcentaje se usan son Facebook, twitter, whats app y You Tube, nos interesan porque ahí es donde más datos personales damos, facilitamos, regalamos.

Recursos de Información y Comunicación, son aquellos instrumentos que permiten a sus usuarios comunicarse intercambiar información, palabras, frases, oraciones, ideas e ideologías, entre otros aspectos, actualmente, el Internet integra una gran variedad de recursos de comunicación que son utilizados por millones de personas en todo el mundo que interactúan de diversas formas a través de sus aplicaciones. En Internet se pueden clasificar los recursos de comunicación en sincrónicos, las personas se comunican al mismo tiempo en que ocurre el intercambio de información y asincrónicos, la gente se comunica en diferentes momentos. El chat y la videoconferencia pertenecen a los primeros, mientras que el correo electrónico y el foro de discusión corresponden a los segundos. Estas características de comunicación en red representan una herramienta imprescindible para el diálogo. En este tema comentaremos las principales características y el uso de los recursos de comunicación más empleados, tales como el correo electrónico, los foros de discusión, el chat y la videoconferencia.

Recursos Asincrónicos cuando se habla de la comunicación asincrónica se hace referencia al hecho de mandar un mensaje de manera diferida; es decir, sin importar que el destinatario se encuentre en línea, el mensaje es enviado y recibido, y se aloja en un servidor web del cual se es cliente o usuario; por ejemplo, un correo o un foro de discusión en el que se participa. Este suceso se lleva a cabo gracias al intercambio de mensajes generados de una computadora fuente a otra remota que esté conectada a la red, lo que permite la consulta del mensaje en otro momento y lugar. Por esta característica, los recursos asíncronos gozan de gran popularidad en la comunicación mediada por computadora.

Recursos Sincrónicos la comunicación sincrónica en Internet se refiere a la interacción de dos o más personas que están conectadas al mismo tiempo, pero en diferente ubicación; los interactuantes pueden comunicarse con fluidez, constancia y establecer un diálogo en línea, en tiempo real. Los recursos sincrónicos más recurrentes en Internet son el chat y la videoconferencia. A pesar de que no es fácil utilizar estos medios porque exige la coincidencia en tiempo real de los involucrados en el diálogo, el apoyo que prestan es indudable, sobre todo por el hecho de posibilitar una comunicación verbal y visual más espontánea y fluida entre los participantes.²⁴⁶

2. Recursos de comunicación

a. El correo electrónico

Por su popularidad y empleo masivo, puede considerarse al correo electrónico como el sistema básico de comunicación en Internet. El también llamado e-mail es un servicio de red que permite el envío y recepción de mensajes y archivos a través de sistemas de comunicación electrónicos. El éxito de este recurso posiblemente consista en la facilidad de su uso. Para enviar mensajes a través del e-mail basta con disponer de una cuenta de correo personal y saber la dirección del destinatario para enviarle el mensaje vía Internet.

Cabe comentar como dato cultural como lo ilustra Laura García En 1971, el programador estadounidense Ray Tomlinson, trabajaba en la empresa BBN, iba a presentar un insólito invento: el correo electrónico, le faltaba algo que separara el nombre del usuario del servidor: su dirección era tomlinson en la maquina bbn-tenexa, quería algo más universal, encontró en el teclado de la maquina la @, supo que en algún momento se llamó arroba y se refería a una unidad que ya nadie usaba, le pareció perfecta, así nació la primera dirección tomlinson@bbn-tenexa,

²⁴⁶ Diplomado en docencia para la educación a distancia CUAED. -UNAM,2019, https://cursos.cuaed.unam.mx/diplomado-docencia/moodle/pluginfile.php/76/mod_resource/content/124/Recursos_Dig/unidad1/inicio.html

este acto lo hizo acreedor al premio Príncipe de Asturias en 2009, con Martin Cooper, inventor del teléfono celular.²⁴⁷

Nos sigue comentando Laura que la @ la usaron primeramente los monjes medievales en sus manuscritos cuando querían abreviar ad traducido como, hacia, hasta, sobre, posteriormente los mercaderes en su correspondencia antes del nombre ponían @ traducida como a fulano.

En el siglo XV se utilizó como unidad de medida ar. Aruba que significaba la cuarta parte de una medida, posteriormente significo unidades, ejemplo 20 unidades de algo, y este símbolo se puso en las máquinas de escribir,²⁴⁸ y así aparece en las maquinas del siglo XX y luego en las computadoras.

En la web existen empresas que ofrecen este servicio de correo de manera gratuita las más usadas son Yahoo, Hotmail y Gmail.

b. El foro de discusión

El foro de discusión es un espacio de comunicación que nos permite propiciar el debate, la concertación y el consenso de ideas. Un participante publica su mensaje en cualquier momento, el cual queda visible para que otros usuarios en el mismo u otro momento puedan leerlo y comentar el contenido. Esta modalidad de comunicación asincrónica ofrece más tiempo para organizar y escribir las ideas propias, además de reflexionar sobre las opiniones de los demás participantes.

c. El Chat

En 2014, la Real Academia de la Lengua, acepto la palabra chatear significa mantener una conversación mediante chats, y no solo tomar chatos en España.²⁴⁹

La palabra *chat* traducida al español significa “*charla*”, en este caso, transmitida a través del Internet. A diferencia del correo electrónico, que es asincrónico, el chat

²⁴⁷ García Laura ibidem p 23

²⁴⁸ En 1873 E. Remington and Sons, de Ilion, Nueva York, fabricaron el primer modelo industrial. La primera máquina de escribir Remington, producida para los inventores estadounidenses Sholes y Glidden, <http://conocelahistoria.com/c-tecnologia/>

²⁴⁹ García, Laura, Enredados, México, editorial SM, 2015, p. 44.

es un sistema de charla para múltiples usuarios en tiempo real sincrónico. Al igual que otros recursos de comunicación en red, el chat permite que los usuarios de cualquier parte del mundo, si están conectados, platicuen o chateen, es decir, se escriban entre ellos de manera instantánea. Así, mediante el chat se puede tener un diálogo entre muchos usuarios en tiempo real o comunicarse en privado, de persona a persona. Además, también se puede enviar y recibir archivos de diversos formatos a través de esta herramienta, tales como texto, sonido, imágenes, etc.

Conversar de manera casual, *Intercambio de mensajes electrónicos a través de internet que permite establecer una conversación entre dos o más personas*

Para acceder a un servicio de chat se pueden utilizar programas como Skype, Gmail o aplicaciones de redes sociales como Facebook, entre otros más.

La aplicación de este servicio se centra en la posibilidad de establecer un diálogo en tiempo real; de este modo, puede servir de plataforma efectiva para debates, discusiones y análisis de algún tema desde diferentes puntos de vista.

d. Videoconferencia Web.

La videoconferencia Web es un medio de comunicación que permite conectar dos o más sitios con enlaces de audio y video de forma que los participantes pueden verse y dialogar en tiempo real, a la vez que interactúan y comparten datos, información gráfica y documental, vídeo, diapositivas, entre otras.

El uso de la videoconferencia Web ha enriquecido la comunicación con audio y video en tiempo real, por lo que puede utilizarse en cualquier ámbito de comunicación y en cualquier lugar del mundo las videollamadas o el Skype.

A través de videoconferencias podemos estar en contacto inmediato con nuestros estudiantes, o con familiares y amigos no importando el país y lugar en el que se encuentren lo único que necesitan para participar en las mismas, es un dispositivo con acceso a internet. Hay herramientas gratuitas para hacer videoconferencias.

e. El Blog

El blog o bitácora web es una herramienta Web 2.0

Un blog, en español también una bitácora, es un sitio web periódicamente actualizado que recopila cronológicamente textos o artículos de uno o varios autores, apareciendo primero el más reciente, donde el autor conserva siempre la libertad de dejar publicado lo que crea pertinente. El nombre bitácora está basado en los cuadernos de bitácora, cuadernos de viaje que se utilizaban en los barcos para relatar el desarrollo del viaje y que se guardaban en la bitácora. Aunque el nombre se ha popularizado en los últimos años a raíz de su utilización en diferentes ámbitos, el cuaderno de trabajo o bitácora ha sido utilizado desde siempre.

Este término inglés blog o weblog proviene de las palabras web y log ('log' en inglés = diario). El término bitácora, en referencia a los antiguos cuadernos de bitácora de los barcos, se utiliza preferentemente cuando el autor escribe sobre su vida propia como si fuese un diario, pero publicado en la web en línea. con las siguientes características:

Es un recurso que permite a los usuarios publicar entradas (participaciones) en una página web sin tener muchos conocimientos sobre esta. En sus entradas puede publicarse todo tipo de información y contenido de manera fácil.

Las páginas de un blog permiten la integración de varios componentes multimedia como imagen, video, audio y otros. Y es posible generar hipervínculos con otras páginas. es una manera sencilla de difundir o propagar, a los suscriptores del blog, el contenido que es constantemente actualizado.

Posibilita la conformación de comunidades, integradas por sus usuarios; que interactúan en la sección de comentarios.

Blogosfera. Un blog puede vincularse, en diferentes niveles, con otros blogs y crecer hasta conformar una red de blogs y usuarios.²⁵⁰

Cualquiera puede tener un blog gente famosa, cualquier persona común o grandes corporativos. Hay muchos tutoriales para hacer el tuyo.

²⁵⁰ Ver la actividad de la blogósfera en tiempo real. Video Twingly Screensaver es un salvapantallas que te permitirá visualizar la actividad mundial del blog en tiempo real. URL, <https://world.twingly.com/>

f. La WIKI

Es una herramienta web 2.0 con las siguientes características:

Creación colaborativa, la información se crea de forma colectiva a partir de las participaciones de múltiples usuarios. Las participaciones en las páginas pueden ser creadas y actualizadas de manera sencilla e intuitiva. Cada participante puede escribir, modificar, anexar y eliminar, contenido. No hace falta la revisión de un tercero para que los cambios sean publicados.

La mayoría de las wikis son de acceso abierto para cualquier persona, sin la necesidad de registrar una cuenta de usuario.

El ejemplo por excelencia de wiki en la web es Wikipedia, que ha logrado instituirse como una opción importante entre las fuentes de información digitales.²⁵¹

XIII. Redes sociales

En un sentido simple, las redes sociales son estructuras compuestas por grupos de personas, quienes están conectadas por uno o varios tipos de relaciones, por ejemplo, de amistad, parentesco o afinidad de intereses. O para compartir conocimientos.

Las herramientas de redes sociales proporcionan una diversidad de servicios, algunas facilitan la gestión de contactos de forma sencilla, otras potencian la sociabilidad, permitiendo compartir fotografías, publicar mensajes en un panel en el muro, conversar a través de mensajes o chats, son recursos digitales que permiten eliminar las barreras de tiempo y espacio.

Las redes sociales han revolucionado la forma de interactuar, comunicarse y compartir información con los demás. Millones de personas usan cada día distintas

²⁵¹ Se sugiere lo Usos educativos de la wiki_está vinculada con su capacidad para generar ambientes colaborativos, donde además el docente puede llevar un seguimiento puntual de los procesos de integración y construcción de contenidos, así como de la toma de decisiones y trabajo en equipo de todos los estudiantes, https://cursos.cuaed.unam.mx/diplomado-docencia/moodle/pluginfile.php/76/mod_resource/content/124/Recursos_Dig/unidad2/inicio.html#contenidos

herramientas de redes sociales, de tal manera que éstas ya forman parte inherente de la vida diaria, *como dijera alguien estamos En Redados*,²⁵²

Usamos las redes sociales para informarnos, para aprender, para comunicarnos, para trabajar a distancia, para hacer transacciones bancarias, comerciales, para para conocer gente, para divertirnos, para *echar novio*, entre otras cosas. Las redes se usan sobre todo para compartir vivencias, sentimientos y momentos muy íntimos, pero eso sí con un nuevo vocabulario, las redes han cambiado nuestra forma de comunicarnos.

La investigación multidisciplinar ha mostrado que las redes sociales operan en muchos niveles, desde las relaciones de parentesco hasta las relaciones de organizaciones a nivel estatal se habla en este caso de Redes Políticas, desempeñando un papel crítico en la determinación de la agenda política y el grado en el cual los individuos o las organizaciones alcanzan sus objetivos o reciben influencias²⁵³

El ejemplo paradigmático de un servicio de red social, por la cantidad de usuarios registrados, es Facebook; sin embargo, se han popularizado otras herramientas como Whats app, Twitter, e Instagram Estos servicios están especialmente pensados para fomentar las relaciones entre personas. En la siguiente lista, se pueden ver algunas de las redes sociales más populares de la Web y analizaremos las más usadas.

Las redes sociales más utilizadas en México son:

- Facebook – El 95% de los usuarios utilizan Facebook.
- WhatsApp – 93% de los usuarios utilizan WhatsApp
- YouTube – el 72% de los usuarios utilizan YouTube.
- Twitter – 66% utilizan Twitter.
- Instagram – 59% de los usuarios utilizan Instagram.

²⁵² García Arroyo, Laura, *Enredados, Las redes sociales más allá de los memes*, México, Ediciones SM, 2015, p.127.

²⁵³ <http://tecnointrs.blogspot.com/2013/06/tecnologia-internet-y-redes-sociales-no.html>

- Google + – el 58% de los usuarios utilizan Google+
- LinkedIn – 56% de los usuarios utilizan LinkedIn.

Las demás redes sociales como Pinterest, Snapchat, alcanzaron menos del 50% de los usuarios.²⁵⁴



Imagen 4. REDES SOCIALES con mayor acceso.

A. FACEBOOK

Según las estadísticas, es la red predilecta de la población mexicana.

Facebook, Inc. es una compañía estadounidense que ofrece servicios de redes y medios sociales en línea con sede en California Estados Unidos, se fundó en febrero de 2004, fue inicialmente una red social para estudiantes de la Universidad de Harvard, donde, sin embargo, rápidamente se expandió también para otras universidades estadounidenses.

²⁵⁴ Según el estudio de la Asociación Mexicana de Internet (AMIPICI)
<https://rockcontent.com/es/blog/redes-sociales-en-mexico-2/> 16 julio 2019

²⁵⁵ Ver
https://www.google.com/search?q=imagenes+de+redes+sociales+animadas&rlz=1C2EJFA_enMX664MX664&tbm=isch&source=iu&ictx=1&fir=C2hCcDHHo1zagM%253A%252CcAOxsJBhUYsBWM%252C_

Su fundador y Director general es el famoso Mark Zuckerberg

A mediados de 2007, Facebook tuvo versiones en español fue la primera en una lengua diferente del inglés, francés y alemán, habiendo sido traducido por usuarios voluntarios, y se expandió hacia diferentes países. Con un vertiginoso crecimiento, en 2012 Facebook alcanzó los 1.000 millones de usuarios en todo el mundo.²⁵⁶

Facebook es una red social gratuita que permite a los usuarios conectarse para interactuar y compartir contenidos a través de internet, es gratuito para los usuarios y genera ingresos por la publicidad.

Facebook puede ser usado tanto por usuarios particulares, que lo utilizan para estar en contacto con sus amistades, publicar textos, fotos, videos, como por empresas, marcas o celebridades, o partidos políticos e instituciones gubernamentales que potencian a través de esta red social su comunicación.

Los usuarios pueden registrarse a través de su correo electrónico y crear perfiles que contienen fotos, listas de intereses personales e información pública y privada. Facebook, además, permite el intercambio de mensajes privados y públicos entre sus usuarios, siendo una comunicación a dos bandas, de ida y vuelta.

La visualización de los datos detallados de los miembros está restringida a los miembros de la misma red, a los amigos confirmados, o puede ser libre para cualquier persona, así, los perfiles en Facebook, así como los contenidos publicados en la red social, son visibles para cualquier persona que tenga permiso de acceso por parte del usuario.

Algunas de las principales herramientas que ofrece Facebook al usuario son:

- **El perfil**, que es lugar donde el usuario pone las fotos que lo identifican y sus datos personales (lugar y fecha de nacimiento, institución en que estudió, lugar de trabajo, intereses, etc.).

²⁵⁶ Cuevas, Romo, Julio y Pérez, Daniel, Miriam, *Facebook en la escuela, planteamientos y replanteamientos del espacio público virtual*, en Trucos para maestros, como utilizar tecnología en el aula, Corona Sara (coord.), México, editorial Amaquemecan, 2015 pp. 11-116. p. 266

- **El muro**, que es un espacio en la página del perfil del usuario que permite tanto al usuario como a los amigos de este escribir mensajes o publicar fotografías, vídeos y enlaces en él.
- **Notificaciones**, donde aparecen interacciones y diferentes acciones de todos los contactos.
- **Eventos**, donde se puede invitar a todos los amigos a un evento o una actividad en particular.
- **Mensajería instantánea o chat** y videollamadas, servicio que permite hablar en tiempo real con los amigos conectados.
- **Botones de interacción** (me gusta, me encanta, me divierte, me asombra, me entristece y me enfada), que son las diferentes opciones para interactuar con los contenidos publicados por otros usuarios en la red.
- **Aplicaciones para dispositivos móviles**, que facilitan la visualización y la accesibilidad de los usuarios en teléfonos móviles, teléfonos inteligentes o smartphones y tablets.²⁵⁷

Pero siendo la red social más popular, también es la más polémica, ya sea por su manera de actuar unilateral y poco respetuosa con los usuarios o por el sensible tema del respeto y sensibilidad a la privacidad de los datos personales de sus usuarios.

Por otra parte, cuando se habla de Facebook hay que tener en cuenta que ya compró Instagram para crear sinergias entre ambas y es de prever seguirá intentando explotar los más posibles cruces de datos.

Facebook es un lugar muy visual donde las fotos tienen mucho peso. Comentar las cosas que has hecho eventos en los que has estado, con quién, a donde vas, una buena compra, y un sinfín de cosas que quieres presumir, no compartir, y acompañar estos relatos de fotos es la actividad por excelencia que los usuarios realizan en Facebook.

²⁵⁷ <https://www.significados.com/facebook/>

Facebook e Instagram son la metafísica que traza una especie de ventana a tu vida personal del día a día, con la posibilidad de controlar el nivel de privacidad y decir a qué público expones cada cosa.

B. WHATS APP

Se lanzó el 24 de febrero de 2009, por Jan Koum originario de Ucrania y emigró a Estados Unidos a principios de los años noventa; es una aplicación de mensajería para teléfonos inteligentes, que envía y recibe mensajes mediante Internet, de forma instantánea, servicio de mensajes cortos o largos, multimedia combinando, de manera simultánea, textos, imágenes, audios, entre otros. Su propietario es Facebook esta aplicación su nombre se parece a "what's up", que en español significa ¿qué pasa?, ¿qué hay?

Con WhatsApp, la mensajería y las llamadas son rápidas, simples, seguras y gratuitas*, disponibles en todos los teléfonos inteligentes alrededor del mundo.

Puedes mandar mensajes de voz, escritos remitir, fotos videos, todo instantáneamente, es una aplicación de mensajería *GRATUITA* disponible para iPhone y Android y otros teléfonos inteligentes, utiliza la conexión a Internet de tu teléfono.

C. YOU TUBE

El término proviene del Inglés "**you**", que **significa** tú y "**tube**", que significa tubo, canal, tú canal, pero se utiliza en argot como "televisión".²⁵⁸

YouTube es un portal del Internet que permite a sus usuarios subir y visualizar videos, fue creado en febrero de 2005 por Chad Hurley, Steve Chen y Jawed Karim, el primer video que se subió, fue el 23 de abril del mismo año y fue llamado "*Me at the Zoo*". de menos de 20 segundos de duración.

Un año más tarde, YouTube fue adquirido por Google en 1.650 millones de dólares; su éxito consiste en que puedes compartir videos de cualquier tiempo, con familiares, amigos y a todo el mundo.

²⁵⁸ <https://www.significados.com/youtube/>

El hecho de que convergen en él usuarios con un mismo interés para compartir vídeos lo convierte en una red social.

YouTubers se llama a las personas que se dedican a crear vídeos de todo tipo para contar lo que les gusta e inventar contenido para sus suscriptores. Algunos de ellos tienen ya millones de fans, ejemplo Alan por el mundo.

Negocio, negocio no es, ya que no está muy bien pagado, dicen los que saben que por cada 1.000 visitas o reproducciones, puedes cobrar 1 euro más o menos, si quieres cobrar por ejemplo **250** euros al mes a través de YouTube, deberías subir al mes unos 4 vídeos y que todos ellos tuvieran unas **60.000** visitas aproximadamente.

D. TWITTER

Significa el trinar de los pajaros. lo identifica la silueta de un pajaros color blanco en un fondo azul, los socios fundadores de esta red son Jack Dorsey, Evan Williams y Biz Stoney la restricción de 140 caracteres es por la tecnología, lo vieron solo como un nuevo servicios de mensajes, no imaginaron lo trascendente que iba a ser para la humanidad, *twitter es un verbo que significa revolverse, estar nervioso, piar, sonido emitido por un pajaró. Twitter como sustantivo es pequeña cantidad de información intrascendente.*²⁵⁹ Twitter es el nombre de una plataforma que permite comunicarse y compartir contenidos en tiempo real desde cualquier lugar en el mundo a través de internet.

Twit es el mensaje enviado, es otra palabra que surgió con la cibernética, y una de las redes sociales más popular, inclusive por los particulares y por los servidores públicos y gobernantes de muchos países, como TRUMP, que hace que la bolsa cambie con un twit desde su celular sirve para difundir noticias e informaciones, mantenerse informado del acontecer local o mundial, para comunicarse con otros usuarios, debatir, polemizar, intercambiar puntos de vista, o simplemente para compartir *contenidos de interés*.

²⁵⁹ García, Laura, ídem., p. 117

Es considerada por muchos como una de las redes sociales más populares del mundo, junto con Facebook. Una de las principales características de Twitter es lo breve y la inmediatez, permite que los usuarios pueden estar en contacto desde cualquier parte del mundo en tiempo real pueden hacerlo desde sus cuentas a través de la web del servicio o mediante aplicaciones especializadas instaladas en sus teléfonos inteligentes.

Twitear, mandar twits, retwitear mensaje reenviado., lo sui generis es que debes escribir con 140 caracteres, capacidad de síntesis, y no importan las faltas de ortografía, pero por eso el cambio de vocabulario, K haces, SN serio, Tks, x q. Etcétera.

E. LINKEDIN

Fundada en 2002 por Konstantin Guericke, Jean-Luc Vaillant, Reid Hoffman, Allen Blue ²⁶⁰

Es una comunidad social a través de internet, orientada a las empresas, a los negocios y el empleo, partiendo del perfil de cada usuario, que libremente revela su experiencia laboral y sus destrezas, la web pone en contacto a millones de empresas y empleados.

Su objetivo principal es localizar a profesionales de un campo en particular, estar en contacto con estas personas y facilitar que otros profesionales localicen a uno mismo

Es promoción profesional. a mí en lo personal no me gusta mucho porque cualquiera puede promoverse ahí, todo parte de la buena fe, no sabes sí realmente tienen la experiencia, los estudios, la capacidad que dicen.

²⁶⁰ Ver video que es LinkedIn y como funciona, <https://www.youtube.com/watch?v=57-2UAWSo10>

F. GOOGLE+

Google plus o G+ es la red social ofrecida por Google Inc., cuya aparición tuvo lugar en 2011, en plena efervescencia de las redes sociales. Esta es la tercera red social con más usuarios en el mundo, no tanto por resultar popular, que no lo es tanto, sino por su interacción con las Cuentas de Usuario Google y sobre todo con la página de videos YouTube.²⁶¹

G. INSTAGRAM

Su función es subir fotos y videos, desde tus smarthphone, es una red social que fue fundada por Kevin Systrom y Mike Krieger en 2010, tiene numerosas herramientas para retocar y modificar fotografías y vídeos.²⁶²

H. PINTEREST

Es una plataforma que permite a los usuarios crear y administrar, en tableros personales temáticos, colecciones de imágenes como eventos, intereses, aficiones y mucho más. Los usuarios pueden buscar otros pinboards, "repinchar" imágenes para sus propias colecciones 2010 por Paul Sciarra, Ben Silbermann, van Sharp

I. FLICKR

Es un sitio web que permite almacenar, ordenar, buscar, vender y compartir fotografías o videos en línea, a través de Internet. Cuenta con una comunidad de usuarios que comparten fotografías y videos creados por ellos mismos no le hace la competencia a Instagram.

J. SNAPTCHAT.

En 2011, dura un chasquido. los menores de 18 años son los que mas lo usan, Snapchat es una aplicación de mensajería para teléfonos inteligentes con soporte multimedia de imagen, video y filtros de realidad aumentada. Su mayor

²⁶¹ Fuente: <https://concepto.de/google/#ixzz5tuBegFMO> quiere ser la competencia de faceboock

²⁶² Fuente: <https://concepto.de/google/#ixzz5tuBegFMO>

característica es la mensajería efímera, donde las imágenes y mensajes pueden ser accesibles solo durante un tiempo determinado por eso es elegido por los usuarios.

Y con esto tenemos un panorama muy claro de que es la tecnología que son las redes sociales y todos los datos que les damos cada vez que las usamos.

A la fecha existen herramientas digitales de información y de comunicación .en estas ultimas resaltan las redes sociales que se utilizan actualmente en la sociedad de comunicación mexicana y mundial.

Las empresas tecnológicas son una gran amenaza para la privacidad. Google ha reconocido que expertos en lenguaje, a sueldo de la compañía, escuchan aproximadamente el 0.2% de las conversaciones que los usuarios mantienen con su asistente virtual. En ese porcentaje de charlas fisgoneadas hay llamadas profesionales, discusiones familiares y escenas íntimas. El gigante de Internet asegura que este *espionaje* le permite mejorar la calidad del servicio. O sea que, según parece, los dispositivos parlantes no solo aprenden mediante la inteligencia artificial. Cada vez que se formula una pregunta a Alexa o Siri, el archivo viaja a un servidor donde se procesa el audio y se genera una contestación (más o menos atinada). Pensar que en este camino la privacidad está a salvo es *cuestión de fe*. Esta especie de mayordomos web los saben todo de sus dueños. El problema no es que sean grandes cotillas sino que alguien pueda tener acceso a los infinitos sonidos que escuchan, registran y almacenan.²⁶³

El Uso de las redes sociales en el ámbito cotidiano ha generado que se constituyan como una de las estructuras sociales más potentes e innovadoras para la comunicación en red, pues en una forma más compleja pueden llegar a influir en comunidades hacerse viral, convertirse en colectividades influyentes o en “redes de conocimiento” o desconocimiento.

²⁶³ Gómez, Rosario,
https://elpais.com/elpais/2019/07/13/opinion/1563035299_651328.html,
14/Jul/2019 - 00:00 CEST

Es lo que queremos sí vivir en una Sociedad de la Información y la Comunicación, pero con libertad informática en un marco lusinformático. Por eso en el siguiente apartado comentaremos la Seguridad en internet y las redes.

XIV. Seguridad en las Redes

La evolución de la tecnología ha modificado nuestro concepto de persona y está condicionando, incluso, nuestro modo de pensar.

Hoy, el concepto de persona está peligrosamente vinculado al de perfil digital, ello implica que lo que más les preocupa a muchas personas es cuál será su imagen o qué seguimiento tienen en las redes sociales. Esta circunstancia se agrava aún más cuando estos perfiles no muestran la verdadera identidad de la persona que está detrás, sino que surgen dobles personalidades para la vida real y digital, pudiendo llegar el momento de confundir la una con la otra.

Como dice el experto en redes sociales Godfried Bogaard, *“en el pasado, eras lo que tenías, ahora eres lo que compartes”*.²⁶⁴

Es importante mencionar esta frase con la que estamos de acuerdo, la mayoría de la gente así lo vive, diariamente desde que nos despertamos estamos participando en este proceso de comunicación al recibir y transmitir informaciones, lo cual nos permite la toma de nuestras decisiones. Cuando esto lo llevamos al campo jurídico, traducido en el ejercicio de nuestros derechos, resulta imprescindible contar con la información necesaria que nos permita saber cuál es el contenido y alcance de estos, es requisito fundamental para lograr su pleno ejercicio.

En este capítulo identificaremos que al hablar de seguridad en las redes podemos referirnos a seguridad tecnológica, de la cual sabemos muy poco y de seguridad personal que también denota muy poca conciencia de los que vivimos en SIC, y de seguridad jurídica que está íntimamente relacionado con el bien jurídico, materia de

²⁶⁴ Frases célebres de internet <https://www.pinterest.es/pin/386324474266926764/>

nuestra tesis y que aún debe desarrollarse, impulsarse, legislarse porque está quedándose atrás.

A. Seguridad Tecnológica

La seguridad tecnológica se desarrolla cada día y hay muchas empresas que se anuncian en internet para implementar tecnología de seguridad en tú empresa pública o privada ejemplo:

Proveemos servicios de Ciberseguridad minimizar los impactos de los riesgos a sus datos o a su infraestructura tecnológica, soportados en tecnologías clave como BigData, Machine Learning y Cloud.²⁶⁵

WORD NET SOLUCION SERVICIOS

En WNS estamos conscientes de las necesidades y retos a los que actualmente se enfrentan las empresas en sus operaciones, ofreciéndoles soluciones y herramientas que los ayuden a ser competitivos en este mercado global.

Redes

El estar conectados y comunicados con diferentes áreas de la organización, tomando en cuenta que hoy en día no todas se encuentran en un mismo punto, pudiendo estar a kilómetros de distancia, es de vital importancia.

Por esta razón te ofrecemos la mejor infraestructura de red que existe actualmente, la cual permite generación de redes privadas virtuales para comunicar de modo confiable los distintos puntos que integran una red empresarial.

Internet

El Internet es una solución que le permite a las empresas contar con el acceso más rápido, robusto y confiable hacia el mundo de internet, ofreciendo la posibilidad de implementar redes privadas virtuales que garanticen la privacidad y confidencialidad de la información en los distintos nodos que integran una red corporativa.

Zoom el servicio #1 de Videoconferencias Web

Fácil de usar calidad de video y audio.

²⁶⁵https://a3sec.com/ciberseguridad/?gclid=CjwKCAjw7_rIBRBaEiwAc23rhon8euX2hod50O7ernbXaPYp2Hnfc1twBqvWN61seGtGzJ4DLMZgoRoCHpcQAvD_BwE

Con Zoom desde su escritorio se pueden conectar hasta 200 persona, permite que se comunique con tablets y dispositivos móviles, pólizas de servicio se basan en un modelo que *combina procesos reactivos y proactivos para responder de manera ágil y oportuna ante las incidencias en los sistemas y redes.*

El propósito no es el de desplazar personal de una empresa si no, el colaborar y facilitar su operación, logrando con ello que estas entidades realicen sus actividades de una manera segura y optima enfocándose al núcleo de su negocio²⁶⁶

Tenemos que reflexionar, tomar conciencia que todos los dispositivos digitales, smartphome, tablet, pc, que nos permiten tener información y comunicación en cualquier momento y en cualquier lugar funciones como las que provee un conmutador, las capacidades de realizar conferencias de audio, leer mensajes de voz, correo electrónico, agendar sesiones de trabajo por Internet, compartir información simultáneamente entre varios usuarios e incluso la capacidad de interactuar con varios dispositivos fijos y móviles, son los elementos funcionales por los cuales tenemos comunicaciones y trasmitimos información pero tu como usuario debes de tener la seguridad en tus dispositivos, insisten mucho en que los instales.

Consejos en lo técnico, para evitar ser víctimas, actualizar y usar antivirus en todos tus aparatos digitales.

Actualizar regularmente el sistema operativo y el software instalado en el equipo, poniendo especial atención a las actualizaciones del navegador web, ya que a veces, los sistemas operativos presentan fallos, que pueden ser aprovechados por delincuentes informáticos. Frecuentemente aparecen actualizaciones que solucionan dichos fallos, estar al día con las actualizaciones, así como aplicar las formas de seguridad recomendados por los fabricantes, ayudará a prevenir la posible intrusión, “piratas informáticos” y la aparición de nuevos virus.

²⁶⁶ Ejemplo de cientos de empresas de seguridad informática que se anuncian por internet, <http://www.wns.com.mx/productos-y-servicios.html>

Analizar con el antivirus todos los dispositivos de almacenamiento de datos que se utilicen y todos los archivos nuevos, especialmente aquellos archivos descargados de internet.

Es recomendable tener instalado en tus equipos algún tipo de software antispyware, que son programas diseñados para detectar y eliminar programas maliciosos o que puedan ser una amenaza para su ordenador y así evitar que se introduzcan programas espías destinados a recopilar información confidencial sobre el usuario.²⁶⁷

Reiteramos antivirus firewall, prever soluciones y asesoría técnica en telecomunicación para tener seguridad en tus redes digitales.

Esto es solamente una forma, para que de manera somera conozca el lector el mundo de la tecnología requiere de seguridad.

Nosotros como usuarios hacemos lo técnicamente posible, para prevenir ser víctimas de conductas ilícitas. No podemos omitir comentar que existen los llamados *Hacker* Empezó como apodo que les ponían a los expertos en informática, lo que sabían todo de software, dominios, programas, conexiones, eran personas apasionadas, las dominaban y las mejoraban son los que inventaron internet, ahora hacen los mejores software y programas y cuidan los mayores sistemas de seguridad en la red sean infranqueables,

Hacker es sinónimo de hábil de conocedor, sabio, versado, preparado, arregla todo haciendo una herramienta mejor, eran los genios de la universidad y cuando las computadoras se hicieron comerciales, muchas empresas recurrieron a ellos.²⁶⁸

El hecho de haber difundido uno de los primeros virus en la red hizo que se hicieran famosos, pero como malos, que pueden dañar las computadoras o sistemas, y su mala fama los identifica como piratas informáticos. todo dependía de su ética profesional antes de que se castigara esta conducta, así ahora los expertos en

²⁶⁷ Ver guías generales de la Agencia de protección de datos de España, son didácticas. <https://www.aepd.es/guias/index.html>

²⁶⁸ Laura, García, p. 64.

computación buena onda se llaman Hackers y los ilegales crackers y lammers a los jóvenes como travesuras sin ánimo de dañar a nadie.

B. Seguridad Personal²⁶⁹

Internet es el medio idóneo que permite actuar a los hackers o crackers que atacan bajo el anonimato y aprovechan nuestra desprotección.

Coincido con el autor de esta guía que me parece que sintetiza de manera sencilla lo que además de protegernos con herramientas técnicas debemos hacerlo con nuestro actuar en las redes, no debemos creer que solo es un mundo virtual es un mundo que tiene consecuencias reales.

Pero también existe la autorregulación y la auto seguridad, así como cuidas tu persona y tu patrimonio real, virtualmente también debes de tomar medidas preventivas de seguridad a continuación anotamos estas reglas que nos parecen sencillas, bien redactadas y explicadas.

Para evitar los riesgos no hay nada mejor que tener sentido común y actuar de forma preventiva. Así que aquí os dejamos con 10 consejos de seguridad en redes sociales:

- 1. **Utiliza contraseñas seguras.** Es el más repetido de nuestros consejos, pero es que es una verdad como un templo. Olvídate de nombres, día de nacimiento o fechas de aniversarios. Crea una contraseña única, de al menos ocho caracteres, combinando mayúsculas, minúsculas, números y caracteres especiales (asterisco, barra,). A eso se le llama contraseña robusta y es la que mejor te protege.*
- 2. **No guardes tus contraseñas en el navegador.** De nada sirve tener una contraseña fuerte si tu ordenador las tiene guardadas de forma automática. Es muy cómodo, pero cualquiera que hackee tu computadora o cualquier*

²⁶⁹ 10 consejos de seguridad en redes sociales, *Prestigia Seguridad*, <https://seguridad.prestigia.es/10-consejos-seguridad-en-redes-sociales/27> junio, 2018.

medio electrónico tablet, teléfono celular, Ipad, o si te lo roban, podría acceder a ellas y a toda tu información y contactos.

3. **Desconfía de los sitios que no empiecen por https.** Implementar un certificado SSL tiene sus ventajas y no hacerlo sus desventajas. Si estás en una web cuya URL no incorpora el certificado de seguridad, ándate con más ojo, el riesgo es mayor.
4. **Usas computadoras públicas:** Usa sesión privada y no olvides cerrar la sesión en todas tus redes sociales para evitar que alguien pueda acceder a tus datos personales.
5. **Lee antes de autorizar.** Seguro que en más de una ocasión Facebook, Instagram o cualquier red social que tienes instalada en tu móvil te ha solicitado permisos por parte de alguna aplicación asociada a estas redes antes de realizar algún tipo de acción. Destierra la mala costumbre de aceptar sin leer y tu seguridad en redes sociales será más fiable. Existen aplicaciones maliciosas que, logrando estos permisos de tus principales redes, te roban la información.
6. **Configura tu privacidad.** Como en el punto anterior de estos consejos de seguridad en redes sociales, es probable que no te hayas preocupado mucho de tu privacidad. ¡Hazlo! Tan solo te llevará cinco minutos acceder a la configuración y ver hasta qué punto están tus datos expuestos. Revisa y actualiza en función de tus necesidades o preferencias. Y, sobre todo, si de verdad no quieres que algo se sepa, no lo cuelgues porque no hay medio digital que sea infranqueable.
7. **PIENSA Y LUEGO PÚBLICA.** Las redes sociales ofrecen anonimato, pero también exposición a tu vida personal y privada. Todo lo que publiques quedará registrado en Internet y algún día puede ser público.
8. **Cuidado con la localización y el GPS.** Tu actividad deja rastro en la red y no es muy difícil rastrear dónde has estado o qué has hecho con tan solo leer algunos comentarios o ver tus imágenes. Especialmente si también usas las opciones de localización. Por ejemplo, ¿estás seguro de publicar a cada

minuto tu ubicación? Podrías estar alertando a posibles ladrones de que no estás en casa.

9. **¡Ojo con los links!** *En redes sociales circulan miles de links al día que ocultan malware. programa maligno Antes de hacer clic, fíjate en el enlace y quien te lo ha enviado. Ante cualquier sospecha, mejor no lo abras.*

10. **Sentido común.** *El menos común de los sentidos y el que más flojea cuando nos dejamos llevar por la inmediatez y la rapidez en las redes sociales. La mayoría de los malware o ataques requiere interacción por parte del usuario para llevarse a cabo...así que afina tu olfato en internet y no se lo pongas fácil a los delincuentes que circulan por la red.*

Recuerda, debes tatuarte en sentido figurado claro está, que las personas somos Titulares de nuestra Información. Las grandes empresas de Google son millonarias, y no son gratis lo son, a cambio de tu información, Solo es un internet, y muchas las redes sociales, se hace la transferencia cuando pasa de un a base a otra.

Otro fenómeno el *strip tease (estriptis informativo)*, sin prever el futuro, no te desnudes lenta y sugestivamente ante todos, recuerda que faceboock, tiene más población que China. Lo repetimos lo que subes a las redes ahí se queda. Y algunos empleadores ahora consultan tus redes sociales para determinar si te dan el trabajo o no. Y además tu dignidad, tú honor, tu privacidad y tú intimidad tú la expusiste. Los diez consejos de seguridad que anotamos párrafos anteriores son sencillos pero los oímos y no hacemos caso, son fáciles de aplicar así que ya no tienes excusas para navegar tranquilo por las redes sociales. ¡Disfrútalas, pero con precaución!

Opino que debe haber una política pública que eduque en la prevención de conductas ilícitas y en la seguridad con las TIC.²⁷⁰

²⁷⁰Flores Orendain, María Elena, Política pública en México, México, UAM, 2012, p. 321.

C. Seguridad Jurídica

El bien jurídico a proteger, nuestros datos personales, la seguridad jurídica en la SIC dentro de las tecnologías de la información es la que vamos a desarrollar en esta tesis, y todavía hay mucho por legislar y se tiene que hacer a velocidad infinitum o zoom. En este apartado se realizará un análisis de que hay en seguridad jurídica para proteger nuestros datos.

Como cualquier aspecto jurídico, el cumplimiento de las leyes relacionadas, como ejemplo la LGPDPSO y la LPDPDF es complejo y requiere la participación y asesoramiento de abogados expertos trabajando en un equipo multidisciplinario de teoría y práctica o técnica y ciencia jurídica, en distintos ámbitos relacionados con la seguridad en Internet o en cualquier tema vinculado con seguridad online: auditoría, protección, prevención y resolución de ataques, antivirus, penalizaciones que impone el INAI INFODF o sanciones penales y cualquier problema relacionado con la seguridad en internet, en México, ya existen corporativos dedicados a esta área.²⁷¹ Considero que es un nuevo nicho de oportunidad para abogados recién egresados.

Según los expertos, el 87% de las empresas en México reconocen haber tenido un incidente de ciberseguridad, en el lapso de un año., eso se da en todo el mundo es consubstancial a la tecnología.

A la fecha entre los principales ordenamientos que regulan la seguridad o inseguridad de la tecnología que contiene nuestros datos personales que, son tanto organismos públicos como organismos o empresas privadas y hasta particulares. Las leyes que regulan la materia de protección de datos, prevén sanciones administrativas que imponen los Institutos de Transparencia y Acceso a la Información Pública Federal o el de cada entidad federativa, según sea su competencia, y en base a sus leyes, para prevenir incidentes de seguridad también

²⁷¹Ídem, <https://seguridad.prestigia.es/quienes-somos/>

existen Normas Oficiales o de organismos internacionales y la LFPDPPP, esta última tipifica en sus artículos 67 al 69 en el capítulo denominado De los Delitos en Materia del Tratamiento Indebido de Datos Personales, dos tipos penales que analizaremos en los siguientes capítulos.

1.- Existen algunas Normas mexicanas NOM, que son vinculatorias, se refieren a aspectos técnicos, por ejemplo:

NORMA Oficial Mexicana NOM-151-SCFI-2002, Prácticas comerciales-Requisitos que deben observarse para la conservación de mensajes de datos.²⁷²

También existen Normas Técnicas de seguridad expedidas por Organizaciones Internacionales, no son vinculatorias, solo sugestivas por ejemplo.

1.-Según la norma ISO 27035, Gestión de incidentes de seguridad de la información²⁷³

Un Incidente de Seguridad de la Información es indicado por uno solo o una serie de eventos en seguridad de la información indeseada o inesperada, que tienen una probabilidad significativa de comprometer las operaciones de negocio y de amenazar la seguridad de la información.

Dice Carrillo Juan Carlos que a nivel Nacional se están haciendo esfuerzos para impulsar la seguridad, como la creación de equipos de respuesta a incidentes de seguridad cibernética CERT-MX o la operación de la División Científica de la Policía

²⁷² NORMA Oficial Mexicana NOM-151-SCFI-2002. 1 enero, 2002, México, Norma mensajes, prácticas comerciales José Cuervo. En la página de la Secretaria de Economía están todas las NOM, videntes, <http://www.informatica-juridica.com/norma/norma-oficial-mexicana-nom-151-scfi-2002/>

²⁷³ International Organización Estandarización. La Organización Internacional de Estandarización, ISO, es una organización sin ánimo de lucro de carácter no gubernamental creada el 23 de Febrero de 1947 que promueve el desarrollo y la implementación de normas a nivel internacional, tanto de fabricación como de servicios. El objetivo de esta organización es brindar herramientas para facilitar las transacciones a nivel internacional tanto de objetos, bienes y servicios como de desarrollos científicos, actividades intelectuales, tecnológicas y económicas, <https://www.iso.org/home.html>

Federal, aún estamos rezagados y México no puede hacer frente a estos problemas.

274

El mismo especialista comenta que *la Ley de Protección de Datos en posesión de particulares, dice que sí se cumple con ser una empresa formal, y notificas que tuviste una vulneración de seguridad la multa disminuye, pero en México no ha funcionado, porque no hay equipos tecnológicos y faltan incentivos.*²⁷⁵

La ciberseguridad, tiene un alto costo económico. Independientemente que constituyen delitos, que analizaremos en siguientes capítulos pero como preámbulo, comentamos que esta clase de ilícitos tienen como fin el alterar, destruir, copiar o acceder de manera ilícita a sistemas de cómputo o de información automatizada, mejor conocidos como sistemas informáticos; en algunos casos también comprenden el apoderamiento o difusión de información de manera no autorizada, son delitos que aún y cuando la tecnología facilita su comisión, con llevan sanciones penales.²⁷⁶ artículo 211 bis y sucesivos del CPF.

2. También resulta destacable, en particular, la norma ISO 27001 sobre sistemas de gestión de la seguridad de la información. Las medidas de seguridad son mayores según el nivel, atendiendo a la naturaleza de los datos objeto de tratamiento.

Es una norma internacional emitida por la (ISO) ²⁷⁷ y describe cómo gestionar la seguridad de la información en una empresa. La revisión más reciente de esta norma fue publicada en 2013 y ahora su nombre completo es ISO/IEC 27001:2013.

²⁷⁴ Carrillo, Juan Carlos, En declaraciones del 29 de noviembre de 2016, el director de Cyber Security & Privacy Solutions de la consultora PricewaterhouseCoopers, Durante la presentación del estudio La Ciberseguridad de la Percepción a la Realidad, en Rodríguez María, <https://www.eleconomista.com.mx/empresas/En-Mexico-87-de-firmas-padece-en-ciberseguridad-20161129-0142.html>. Todavía refiere a la Policía Federal, veremos que hace la Guardia Nacional en este rubro.

²⁷⁵ Ídem

²⁷⁶ <https://cynergia.mx/delitos-en-contra-de-los-sistemas-onformaticos/acceso-ilicito-a-sistemas-de-computo/>

²⁷⁷ <https://www.iso.org/home.html>

La primera revisión se publicó en 2005 y fue desarrollada en base a la norma británica BS 7799-2.

Puede ser implementada en cualquier tipo de organización, con o sin fines de lucro, privada o pública, pequeña o grande, esta norma se ha convertido en la principal a nivel mundial para la seguridad de la información.

1. Tipos de Seguridad y Niveles de Seguridad conforme:

a. La ley de protección de datos del DF que como sabemos, entro en vigor en 2008, contiene un rubro de las Medidas de Seguridad.²⁷⁸

Señala que se las medidas de seguridad que se establecerán son técnica y organizativa para garantizar la confidencialidad e integridad de los datos.

Estipula la existencia de tipos de seguridad y los niveles de medidas de seguridad aplicables a los datos que sean tratados por los entes públicos.

A. Tipos de seguridad: I. Administrativa. - II. Física. - III. Técnica

B. Niveles de seguridad, básico, medio y alto.²⁷⁹ según la naturaleza de la información tratada. Confidencialidad e integridad en los sistemas de datos personales.

Es necesario tener en consideración que, en la práctica, la adopción de las medidas de seguridad será realizada por el responsable de seguridad como consecuencia de la delegación de funciones.

Por otro lado, además, hay que destacar que tendrán que someterse a una auditoría interna o externa que verifique el cumplimiento de la normativa y de los procedimientos e instrucciones vigentes en materia de seguridad de datos, al menos, cada dos años.

²⁷⁸ Ley de Protección de datos personales para el D.F. Publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 03 de octubre de 2008. Abrogada por nueva Ley de 2018, artículos 25 al 35.

²⁷⁹ Ver art 14 ley de protección de datos para el D.F., gaceta oficial 3 de octubre 2008.y nueva Ley

Vistos los conceptos, las formas, las normas coincidimos con Davara. *Es así como los niveles de seguridad se aplican atendiendo a la naturaleza de los datos personales o, tal y como literalmente indica el artículo 14, de la ley en comento “atendiendo a las características propias de la información.”* Esta medida, en concreto, resulta especialmente llamativa por la dificultad de su implementación en la práctica. Además, debe entenderse que ésta es sólo exigible cuando se haga uso de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público, de manera que, si los datos viajan a través de una red privada, no se requerirá su cifrado ya que se entiende que no quedan expuestos a terceros que pudieran interceptar dicha comunicación y su Artículo 15.- Que la ley señala mínimos de seguridad pero el ente público adoptará las medidas adicionales que estime necesarias para brindar mayores garantías en la protección y resguardo de los sistemas de datos personales. Por la naturaleza de la información, las medidas de seguridad que se adopten serán consideradas confidenciales y únicamente se comunicará al Instituto, para su registro, el nivel de seguridad aplicable.²⁸⁰

b. En el ámbito Federal, La Ley General de Protección de Datos Personales en posesión de los Sujetos Obligados estipula en la fracción XX y sucesivas del art 3 que son Medidas de seguridad: *Conjunto de acciones, actividades, controles o mecanismos administrativos, técnicos y físicos que permitan proteger los datos personales. Y clasifica dos tipos de medidas de seguridad:*

Medidas de seguridad administrativas: *Políticas y procedimientos para la gestión, soporte y revisión de la seguridad de la información a nivel organizacional, la identificación, clasificación y borrado seguro de la información, así como la sensibilización y capacitación del personal, en materia de protección de datos personales;*

²⁸⁰ Davara, F de Marcos, Isabel, Comentario al artículo 14 LFPDPDF, en Carbonell, Miguel (coord.), Ley de Protección de Datos Personales del DF, comentada, México, INFODF-IIJ UNAM, 2010, pp.105-112

Medidas de seguridad físicas: Conjunto de acciones y mecanismos no limitativos, se deben considerar las siguientes actividades:

- a) Prevenir el acceso no autorizado al perímetro de la organización, sus instalaciones físicas, áreas críticas, recursos e información;
- b) Prevenir el daño o interferencia a las instalaciones físicas, áreas críticas de la organización, recursos e información;
- c) Proteger los recursos móviles, portátiles y cualquier soporte físico o electrónico que pueda salir de la organización, y
- d) Proveer a los equipos que contienen o almacenan datos personales de un mantenimiento eficaz, que asegure su disponibilidad e integridad;

Medidas de seguridad técnicas: Conjunto de acciones y mecanismos que se valen de la tecnología relacionada con hardware y software para proteger el entorno digital de los datos personales y los recursos involucrados en su tratamiento. De manera enunciativa más no limitativa, se deben considerar las siguientes actividades:

- a) Prevenir que el acceso a las bases de datos o a la información, así como a los recursos, sea por usuarios identificados y autorizados;
- b) Generar un esquema de privilegios para que el usuario lleve a cabo las actividades que requiere con motivo de sus funciones;
- c) Revisar la configuración de seguridad en la adquisición, operación, desarrollo y mantenimiento del software y hardware, y
- d) Gestionar las comunicaciones, operaciones y medios de almacenamiento de los recursos informáticos en el tratamiento de datos personales.²⁸¹

²⁸¹ Decreto por el que se expide la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados. Publicado en el D.O.F. el 26 de enero de 2017

No hay que dejar de lado que los entes públicos están obligados a establecer las medidas necesarias para proteger los datos que están bajo su tutela y también resaltar que la Confidencialidad de las Medidas de Seguridad es parte de la Seguridad en sí. Puesto que el objetivo último de las medidas de seguridad es evitar cualquier pérdida, alteración o acceso no autorizado a los datos, resulta claro que el ente público o quien trate los datos personales por cuenta de éste, tiene la obligación de adoptar las medidas de seguridad necesarias.

La LGPDPPSO contempla acciones preventivas en materia de protección de datos personales y es la primera ley que estipula con relación a las Mejores Prácticas en su Artículo 72. *Que el responsable podrá desarrollar o adoptar, en lo individual o en acuerdo con otros responsables, encargados u organizaciones, esquemas de mejores prácticas que tengan por objeto: entre otros elevar el nivel de protección de los datos personales.*

Y cabe subrayar el contenido del art Artículo 74. Cuando el responsable pretenda poner en operación o modificar políticas públicas, sistemas o plataformas informáticas, aplicaciones electrónicas o cualquier otra tecnología que a su juicio y de conformidad con esta Ley impliquen el tratamiento intensivo o relevante de datos personales, deberá *realizar una Evaluación de impacto en la protección de datos personales*, y presentarla ante el Instituto o los Organismos Garantes, según corresponda, los cuales podrán emitir recomendaciones no vinculantes especializadas en la materia de protección de datos personales.

El contenido de la evaluación de impacto a la protección de datos personales deberá determinarse por el Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales.

La lectura de este precepto confirma la importancia de tipificar conductas relacionadas con el tratamiento y protección de los datos personales por sujetos públicos o privados.

La ley en comento contiene un capítulo denominado de las Sanciones y enuncia en el artículo 163, las conductas que se pueden sancionar entre las que están:

- III.** Usar, sustraer, divulgar, ocultar, alterar, mutilar, destruir o inutilizar, total o parcialmente y de manera indebida datos personales, que se encuentren bajo su custodia o a los cuales tengan acceso o conocimiento con motivo de su empleo, cargo o comisión;
- IV.** Dar tratamiento, de manera intencional, a los datos personales en contravención a los principios y deberes establecidos en la presente Ley;
- VII.** Incumplir el deber de confidencialidad establecido en el artículo 42 de la presente ley
- VIII.** No establecer las medidas de seguridad en los términos que establecen los artículos 31, 32 y 33 de la presente Ley;
- IX.** Presentar vulneraciones a los datos personales por la falta de implementación de medidas de seguridad según los artículos 31, 32 y 33 de la presente Ley;
- X.** Llevar a cabo la transferencia de datos personales, en contravención a lo previsto en la presente Ley;
- XII.** Crear bases de datos personales en contravención a lo dispuesto por el artículo 5 de la presente Ley;

Y señala que se consideran graves las de las fracciones IV, X, XII entre otras las que nos conciernen.

Reconocemos que prevea la confidencialidad de todos los que tratan datos durante todo el tiempo y aun después de ser responsable. y le impone varios deberes a este para guardar la seguridad física, administrativa, técnicas y todas las interrelacionadas.

Pero que creen que el legislador no señala las sanciones aplicables por esas conductas si, no que refiere que Dichas responsabilidades se determinarán, en forma autónoma, a través de los procedimientos previstos en las leyes aplicables y las sanciones que, en su caso, se impongan por las autoridades competentes, también se ejecutarán de manera independiente.

Para tales efectos, el Instituto o los organismos garantes podrán denunciar ante las autoridades competentes cualquier acto u omisión violatoria de esta Ley y aportar las pruebas que consideren pertinentes, en los términos de las leyes aplicables.

Entendemos que quisieron remitir a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, pero no lo expresa en ningún momento, sigue diciendo en el art 167 A efecto de sustanciar el procedimiento citado en este artículo, el Instituto, o el organismo garante que corresponda, deberá elaborar una denuncia dirigida a la contraloría, órgano interno de control o equivalente, con la descripción precisa de los actos u omisiones que, a su consideración, repercuten en la adecuada aplicación de la presente Ley y que pudieran constituir una posible responsabilidad.

Asimismo, deberá elaborar un expediente que contenga todos aquellos elementos de prueba que considere pertinentes para sustentar la existencia de la posible responsabilidad. Para tal efecto, se deberá acreditar el nexo causal existente entre los hechos controvertidos y las pruebas presentadas.

La denuncia y el expediente deberán remitirse a la contraloría, órgano interno de control o equivalente dentro de los quince días siguientes a partir de que el Instituto o el organismo garante correspondiente tenga conocimiento de los hechos.

Y en su último artículo el 168 está flamante ley dice: En caso de que el incumplimiento de las determinaciones de los Organismos garantes implique la presunta comisión de un delito, el organismo garante respectivo deberá denunciar los hechos ante la autoridad competente.

Bueno deja abierta la posibilidad de que estas conductas sean ilícitos penales pero no se atrevieron a tipificarlos.

Porque consideramos que aún no cumplimos con todos los requisitos que imponen las leyes y estar al pendiente de qué interpretación están dando últimamente los tribunales en cuanto a su cumplimiento estricto. Y sobre todo que no se trate de un cumplimiento excesivamente gravoso para la libertad y la seguridad.

2. Casos Paradigmáticos

Para muestra basta un botón, algunos ejemplos de la importancia de la Seguridad en Internet y en especial con las Redes Sociales que diario hay conductas así pero sin consecuencias jurídicas.

Sabemos que ahora en muchas redes sociales y en aplicaciones te piden poder ubicarte y tú dices sí sabemos que todo esto en principio se ha creado para facilitarle la vida a las personas, y que siempre hay delincuentes que las aprovechan.

GEOLOCALIZACIÓN. Con las nuevas aplicaciones y con las redes, y el servicio de Google maps o waze, que te dicen cómo llegar a donde porque ruta, existe la llamada geolocalización saben dónde estás en tiempo real con tu Smartphone.

Para combatir la delincuencia, el artículo 303 del CNPP MP puede solicitar a las empresas, les indiquen donde se encuentra o los lugares donde estuvo, el dispositivo móvil alguna víctima o un presunto, y es una muy buena herramienta.

Sin embargo, se pusieron candados y se señaló que el investigador, debe pedir permiso al Juez de garantía o control, para que autorice, esto pierde la inmediatez y lo que se necesita, lamentablemente por la corrupción no se cree en la buena fe del Ministerio Público.

Y la Suprema Corte, en tesis aisladas resolvió que, se debe pedir en razón de la tutela jurídica de la vida y la integridad, no hay un catálogo de en qué investigación de delitos por ejemplo señala que para delitos de secuestro, trata de personas y otros relacionados con delincuencia organizada.

La localización geográfica en tiempo real de los equipos de comunicación móvil estipulada en el artículo 190, fracción I, de la ley federal de telecomunicaciones y radiodifusión que la prevé no transgrede el derecho humano a la inviolabilidad de las comunicaciones.²⁸² Por qué se conllevar la localización geográfica en tiempo

²⁸² Tesis: 2a. XLV/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 33, Tomo II, agosto de 2016, p. 1304, Registro: 2012190

real de un equipo de comunicación móvil asociado a una línea telefónica y no de una persona determinada.

Cualquier información de carácter personal puede comprometer nuestra privacidad y los datos de geolocalización son de este tipo.

La geolocalización y las aplicaciones de mapas son usados más comúnmente de los que pensamos para realizar acciones delictivas. Los delincuentes utilizan estas herramientas para encontrar objetivos potenciales basándose por ejemplo en las publicaciones que hacemos en redes sociales o la información facilitada por mapas virtuales como Google Maps.

Añadir la ubicación a una publicación puede poner en riesgo a personas, animales o recursos que se quiere mantener en el anonimato como bien indica este tweet en el que se avisa a los excursionistas que no indiquen la posición geográfica de los animales que verán ya que los cazadores furtivos pueden utilizar esa información.

WI FI GRATIS EN EL METRO. Robo de datos en el Wifi del metro, en el año 2017 se empezó a dar servicio WI FI gratis en el metro, los miles de usuarios, felices.

Tiempo después en agosto de 2018, se publicó en los medios de comunicación que se están robando los datos personales con el WI Fi del metro, lo que produjo que las autoridades del transporte colectivo, emitieran un comunicado, argumentando, que no habían recibido ninguna demanda en su contra por ello, que el WI FI del metro cuenta con los estándares de seguridad internacional, y que los usuarios al acceder, autorizan que lo anterior nos hace reflexionar, que el metro no está facultada para recibir demandas, en todo caso sería petición de ejercicio de derechos arco, lo que debe hacerse ante INFO *Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública, Protección de Datos Personales y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México.*

- Penalmente fraude a cuentas bancarias, por robo de identidad, y que los usuarios otra vez ponderan seguridad ante gratuidad., siguen usándolo y no

ha habido ninguna consecuencia jurídica, porque no se ha comprobado dicho robo de datos.

Recordemos El hecho de que no exista una autenticación como tal, facilita el acceso a los ciberdelincuentes, así que lo que podría ser atractivo para los consumidores, también lo será para los hackers. Si bien los proveedores pueden creer que están brindando un servicio valioso, es probable que la seguridad sea inexistente.

De acuerdo con Norton, una de las amenazas más comunes en estas redes se llama Man-in-the-Middle, una forma de espionaje en la que las vulnerabilidades pueden permitir que un atacante lea los datos que se envían una vez que un dispositivo esté conectado a la red pública. Es decir, lo que pensabas que era privado, ya no lo es.

No hay forma segura de saber si la conexión está cifrada el cifrado implica que sólo el emisor y el receptor, en un sistema de comunicación, tengan la posibilidad de leer los mensajes o la información que se esté enviando.

No hay ninguna certeza de que las redes abiertas estén recibiendo mantenimiento, así que las probabilidades de estar expuesto ante un posible virus o malware son muy altas.

Tu sistema operativo podría tener alguna vulnerabilidad que bien podría ser aprovechada por atacantes para inyectar un malware, situación que impulsaría el robo de tu información personal, la alteración de las funciones básicas de tu dispositivo o el robo de dinero.

Si te es indispensable conectarte a una red abierta. Si hay algo que debemos entender al conectarnos en una red abierta o en WiFi gratuito, es que no estamos en casa como para hacer todo tipo de movimientos con nuestro dispositivo móvil o computadora.

Es decir, intenta no hacer ningún tipo de movimiento bancario o transacción que pueda poner en riesgo tus recursos o dinero. Tampoco abras ningún tipo de

plataforma en la que circule información sensible que pueda dejar vulnerable tu integridad o privacidad.

FACEBOOK. Cada día es más común oír noticias que tanto en Europa como en Estados Unidos se impusieron multas millonarias a Facebook por no proteger los datos personales de sus usuarios, el gigante de la tecnología los paga y su fundador y dueño Zuckerman, comparece y dice ya vamos a poner más cuidado.

Representativo el caso **Cambridge Analytic**, recopiló los datos personales de millones de personas en Facebook sin su consentimiento y, datos que permitieron *se crearan perfiles psicográficos* de los usuarios.²⁸³, e intentar influir en la opinión pública durante diversos eventos políticos, como las campañas presidenciales de Estado Unidos de 2016, así como del voto por el Brexit en 2016. y de México en 2018

Facebook envió un mensaje diciendo que la información probablemente incluía el "perfil público, las páginas con sus likes, el cumpleaños y la ciudad actual". Algunos de los usuarios dieron permiso para acceder a su fuente de noticias, línea de tiempo, mensajes y su ubicación.

FACE APP. La aplicación que te muestra tú cara más viejo con 20 o 30 años más, parece algo divertido, solo tienes que sacarte una foto con tu teléfono inteligente, este año se hizo viral, pero resulta que, *Según expertos, FaceApp funciona a través de algoritmos informáticos que permiten scanear las fotos, esa imagen podría ser usada para herramientas de reconocimiento facial, con lo cual su identidad digital*

²⁸³ Un perfil psicográfico estudia Personalidad, estilos de vida, intereses, gustos, inquietudes, opiniones, valores. Esto se usaba principalmente en mercadotecnia conocer más a fondo al consumidor, de entender cómo piensa, cuáles son sus motivaciones en la elección de compra, así como lo que espera de nuestro producto o servicio, tanto emocional como mentalmente, podemos construir un plan de mercadotecnia más específico y enriquecido. Vanessa Klainer, Segmentación Psicográfica, Conocer al Consumidor, <http://segmento.itam.mx/Administrador/Uploader/material/Segmentacion%20Psicografica,%20Conociendo%20al%20Consumidor.PDF>

quedaría expuesta para usos indebidos o no autorizados. No sabemos qué hace la aplicación con las originales y con los datos relacionados con ellas.

Esta app pertenece a la compañía rusa Wireless Lab. la política de privacidad no se había actualizado desde 2017, y se reflejaba alguna exposición de datos a “organizaciones de terceros que nos ayudan a proporcionar el servicio” y “socios publicitarios de terceros”.

En su defensa, su creador, Yaroslav Goncharov ha dicho que la mayoría de las imágenes se eliminan de los servidores en las 48 horas posteriores a la fecha de carga, y que no venden a terceros ningún tipo de dato del usuario. Nuevamente, queda comprometida la privacidad de millones de usuarios, que sumados a la moda viral de envejecerse han sido relegados al último escalafón dentro del mercado digital.²⁸⁴

Reiteradamente se recomiendan a los usuarios leer las políticas de privacidad antes de utilizar Face app. ya que puede establecer condiciones como compartir su información con terceros sin su consentimiento y acceder a su ubicación, información de cookies, y no hay una consecuencia jurídica, y si no aceptas no te dan el servicio.

Estos casos paradigmáticos deben enseñarnos, que nos incumbe ser responsables sobre los datos que publicamos en línea porque aún no existe seguridad total en el tratamiento de este tipo de información. Es muy importante que los usuarios estén conscientes de que su información puede hacerse pública y compartirse cuando están en línea. Basta con dar permiso para que las aplicaciones accedan sus perfiles. Es indispensable tener cuidado antes de publicar información, sobre todo aquella de carácter personal y privada. Recordemos que el dato es moneda de oro del siglo XXI. El dato es poder con valor, el gobierno electrónico, utiliza información para un mejor servicio. Las empresas para servir a los consumidores.

²⁸⁴ <https://blogthinkbig.com/faceapp-privacidad-datos> 21 julio 2019 10.36 am

Hay muchas muestras, pero lo cierto es la opción de un proceso de cambio operado en las relaciones de la SIC, anunciándose el nacimiento de derechos con nuevos contenidos, por eso nuestra propuesta de la protección de datos en el ámbito penal.

El ser humano siempre ha sido fuente de información, solo que ahora cambian los medios para captarla, transmitirla, no toda la información es un dato personal.

Respecto a los sujetos obligados de los gobiernos federales y locales y también las Universidades públicas y privadas, las empresas de comercio electrónico en línea, los despachos de abogados o consultorios médicos, también es muy importante que mantengan seguros los datos de sus usuarios. Una vez que los almacenan deben asegurarse de que su base de datos, cualquiera que esta sea, mantenga los debidos controles de confidencialidad, integridad y disponibilidad.

Un programa de protección de datos de una organización ya sea pública o privada debe considerar el punto humano: la intersección entre los usuarios, los datos y las redes y resaltar la capacitación y la ética de las personas que los crean, modifican y tratan.

Aun con todo lo anterior, la seguridad no debe centrarse solo en el llamado *valor de los datos*. Como lo analizaremos en el capítulo de la norma jurídico penal, no consideramos que solo el usuario deba cuidarse de los datos que da, porque se limita la libertad, debe garantizarse tú seguridad y las plataformas deben de ser las responsables, legalmente, centrados en la dignidad del ser humano y necesario para los desafíos de seguridad de hoy y mañana.

CAPÍTULO TERCERO

MARCO JURÍDICO - DERECHO COMPARADO

I. Organismos Internacionales

Organismos Internacionales como la ONU, la OCDE, el Parlamento Europeo, han expedido principios y lineamientos sobre la protección de los datos personales, desde la década de los sesenta se han desarrollado instrumentos internacionales que incorporan principios tendientes a protegerla intimidad, la dignidad y los datos personales, de cara al contexto de la Sociedad de la Información, las diferencias entre uno y otros de estos textos son numerosas, por sus ámbitos de aplicación, entre los aspectos que coinciden están: los principios, derechos, deberes, obligaciones internacionales, en el tratamiento, y circulación de datos personales, a continuación los analizaremos.²⁸⁵

A. ONU Organización de las Naciones Unidas

1. *Primera Normativa Resolución 45/ 95*

Independientemente de la Carta de Derechos Humanos como antecedente de todos los derechos fundamentales, ya en concreto en relación a nuestro tema destaca esta directiva, que como su nombre lo dice da pautas para que se regule en cada país.

Resolución 45/95, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 14 de diciembre de 1990, contiene 10 directrices para la regulación de los archivos de datos personales informatizados. Los procedimientos para llevar a la práctica las normas relativas a los archivos de datos personales informatizados se dejan a la iniciativa de cada Estado, con sujeción a algunas orientaciones:

²⁸⁵ Remolina Angarita, Nelson, *La protección de datos personales en el Habeas data*, en Canales, Álvaro, Blanco Antón, Ma José (coords.), En *Protección de Datos de carácter personal en Iberoamérica*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2005, p. 162.

Principios relativos a las garantías mínimas que deben prever las legislaciones nacionales.

Principios de Legalidad y Lealtad. De Exactitud. De Especificación de la Finalidad. De Acceso de la persona interesada. De No Discriminación. De Seguridad y Supervisión y Sanciones.

Dispone en su artículo 8, el derecho de cada país designará a la autoridad que, de acuerdo con su sistema jurídico interno, vaya a ser responsable de supervisar la observancia de los principios arriba establecidos. Esta autoridad ofrecerá garantías de imparcialidad, independencia frente a las personas o agencias responsables de procesar y establecer los datos, y competencia técnica. En caso de violación de lo dispuesto en la ley nacional que lleve a la práctica los principios anteriormente mencionados, deben contemplarse *condenas penales u otras sanciones, junto con los recursos individuales adecuados*. Así mismo establece la regulación del flujo transfronterizo de datos y el campo aplicable para datos tanto públicos como privados, tecnológicos o manuales.

Y tema sui generis es la aplicación de las directrices a archivos de datos personales mantenidos por Organizaciones Internacionales Gubernamentales, archivos para fines externos e internos. Cada una debe designar a la autoridad legalmente competente para supervisar la observancia de estas directrices.

Y por último la Cláusula humanitaria: puede preverse específicamente una excepción a estos principios cuando la finalidad del archivo sea la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona afectada, o la ayuda humanitaria. Debe preverse una excepción similar en la legislación nacional para las organizaciones internacionales gubernamentales cuyo acuerdo organizativo no impida la puesta en práctica de la referida legislación nacional, así

como para las organizaciones internacionales no gubernamentales a las que sea aplicable esta ley.²⁸⁶

2. Normativa Vigente Informe 2019

El Panel de Alto Nivel sobre la Cooperación Digital fue creado por el Secretario General de las Naciones Unidas, António Guterres, el 12 de julio de 2018 con el objetivo de presentar propuestas para reforzar la cooperación en el espacio digital entre los gobiernos, el sector privado, la sociedad civil, las organizaciones internacionales, las comunidades técnica y académica y otros interesados pertinentes.

El Panel ha presentado al Secretario General su *informe denominado, La era de la Interdependencia Digital del 10 de junio de 2019.*

El informe se centra en las siguientes tres grandes áreas:

- *Que nadie se quede atrás:* este capítulo describe cómo las tecnologías digitales pueden contribuir a la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y a asegurar una economía digital más inclusiva.
- *Individuos, sociedades y tecnologías digitales:* se trata de un repaso a los problemas relacionados con los derechos humanos universales, la acción humana y la seguridad en relación con los usos de las tecnologías digitales.
- *Mecanismos de cooperación digital mundial:* se analizan las deficiencias de los mecanismos vigentes de cooperación digital mundial y se hacen propuestas para su mejora.

Se ofrecen las siguientes medidas prioritarias:

²⁸⁶ Cuervo José, Informática jurídica, enero 2014, <http://www.informatica-juridica.com/anexos/directrices-de-proteccion-de-datos-de-la-onu-de-14-de-diciembre-de-1990/>

Una economía y una sociedad digitales inclusivas,

Capacidad humana e institucional,

Derechos humanos y acción humana,

Confianza, seguridad y estabilidad y

Cooperación digital mundial.

Su propósito es el alcance, la extensión y la velocidad de los cambios causados por las tecnologías digitales no tienen precedentes, y en la actualidad los medios y niveles de cooperación internacional no están a la altura del desafío. Las tecnologías digitales contribuyen considerablemente a hacer realidad la *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* y trascienden de manera incomparable las fronteras internacionales, las políticas sectorizadas y los ámbitos profesionales. Por lo tanto, la cooperación en distintos ámbitos y entre diferentes países es esencial para alcanzar el pleno potencial social y económico de las tecnologías digitales, *así como para mitigar los riesgos que suponen y reducir las consecuencias imprevistas.*

El Secretario General de las Naciones Unidas Antonio Guterres dijo: Como una comunidad Mundial, tenemos ante nosotros diversas interrogantes, relativas a la seguridad, la equidad y los derechos humanos en la era digital. Necesitamos una mayor cooperación para hacer frente a estos desafíos y mitigar los riesgos, cooperación digital.²⁸⁷

Es una preocupación y ocupación a nivel mundial la digitalización y su regulación.

²⁸⁷ Guterres, Antonio, Secretario General de la ONU <https://www.un.org/es/digital-cooperation-panel/index.html>

3. Consecuencia o Impacto

Bueno sabemos que las decisiones, opiniones de la ONU si no están en Tratados firmados y ratificados no son vinculantes sin embargo estas directrices permiten que haya un marco de propuestas concretas para fortalecer la cooperación en el espacio digital de manera eficaz e inclusiva.

Se prevé que logre estimular el debate entre los diversos grupos de interesados sobre la manera en que pueden trabajar juntos para aprovechar al máximo el potencial de la transformación digital, de manera segura. Todos tenemos una opinión de las buenas intenciones de la ONU.

B. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos OCDE

Fundada en 1961, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos por sus siglas OCDE, agrupa a 36 países miembros y su misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo, su sede está en París, Francia. El Consejo de la OCDE apoyado en los tres principios que los aglutinan: democracia pluralista, respeto de los derechos humanos y economías de mercado abiertas, emitió directrices sobre privacidad.

1. Directrices sobre la protección de la intimidad y los flujos transfronterizos de Datos Personales:

Directrices sobre la protección de la intimidad y los flujos transfronterizos de Datos personales.²⁸⁸

Recomendación de la OCDE el 23 de septiembre de 1980 sobre circulación internacional de datos personales y la protección de la intimidad que se centra en la adopción de medidas para aplicar el tratamiento y utilización de datos de carácter personal que comportan un riesgo para la vida privada y las libertades individuales.

²⁸⁸ OCDE Online Bookshop, www.oecd.org/bookshop

Señalan estas directrices entre varias cosas, que deben aplicarse para el sector público o privado, principios básicos de aplicación nacional e internacional.²⁸⁹

Nos dice el académico, Davara que, esta recomendación se refiere solo a la aplicación de datos de personas físicas, que se dirige tanto a ficheros de titularidad pública o privada, empiezan aparecer lo que más tarde fueron los principios básicos y los derechos de los que pueden hacer valer los ciudadanos, recogida mediante medios lícitos y en aquel entonces que si era posible se recabara el consentimiento de la persona en cuestión.²⁹⁰

2. Reglas Vigentes

a. En abril de 1985 los ministros de la OCDE adoptaron la *Declaración Sobre Flujos de Datos Transfronterizos*. Esta declaración abordaba las cuestiones políticas que surgían del flujo de datos personales más allá de las fronteras nacionales como flujos de datos e información sobre actividades comerciales, flujos interempresariales, servicios de información informatizada, e intercambios científicos y tecnológicos.

b. En 1998 *Declaración Ministerial sobre la Protección de la Privacidad de las Redes Globales*. En la conferencia ministerial de la OCDE Un mundo sin fronteras: determinación del potencial del comercio electrónico, celebrada en 1998 en Ottawa, los ministros reafirmaron su compromiso sobre la protección de la privacidad de las redes globales para garantizar el respeto de importantes derechos, generar confianza en las redes globales y evitar restricciones innecesarias en los flujos transfronterizos de datos personales.

3. Consecuencia Impacto

La OCDE se han comprometido por entero a proteger la privacidad en el ámbito global, cooperando activamente con la empresa y la industria, la sociedad civil, los

²⁸⁹ Resúmenes directrices de la OCDE,
<https://www.oecd.org/sti/ieconomy/15590267.pdf>

²⁹⁰ Davara Rodríguez, Miguel A, *La Protección de datos en Europa, principios derechos y procedimientos*, Madrid, Ed Grupo Asnef Equifax, 1998, p. 32.

países no pertenecientes a la OCDE y otras Organizaciones Internacionales, para valorar las tendencias económicas y tecnológicas que puedan afectar a la privacidad, desarrollando políticas exhaustivas y coherentes.

Recomendaciones de políticas para la implantación nacional del marco de privacidad de la OCDE: Desarrollar estrategias nacionales de privacidad que reflejen un enfoque coordinado entre organismos gubernamentales. Adoptar leyes que protejan la privacidad, Establecer y mantener autoridades de protección de datos que dispongan de recursos y conocimientos técnicos para ejercer sus facultades de forma efectiva y adoptar decisiones coherentes, objetivas e imparciales Fomentar y apoyar la autorregulación, ya sea en forma de códigos de conducta o de otro tipo. Establecer mecanismos razonables para que las personas ejerzan sus derechos Prever las oportunas sanciones y soluciones en caso de incumplimiento de las leyes que protegen la privacidad. Contemplar la adopción de medidas complementarias, como el incremento de la educación y concienciación, el desarrollo de competencias, y la promoción de medidas técnicas que contribuyan a proteger la privacidad. Tener en cuenta el papel de otros actores distintos de los responsables del tratamiento de datos, de una manera adecuada a su función individual. Garantizar que no existe discriminación injusta contra los titulares de los datos.²⁹¹

Igual que las declaraciones otros organismos internacionales, no son vinculantes, pero si influyen en la opinión o en la creación de leyes de sus países miembros.

Ante la llegada de la tecnología de la información a diversos ámbitos de la vida económica y social, y dada la creciente importancia y poder del procesamiento informatizado de datos, Mas recientemente, el rápido y generalizado desarrollo de tecnologías e infraestructuras de información y comunicaciones, caracterizado por fenómenos como Internet, redes sociales, ha contribuido al rápido avance hacia una

²⁹¹ OCDE Políticas de banda ancha para América Latina y el Caribe Un manual para la economía digital © OCDE, BID 2016, protección de la privacidad, capítulo 15, p. 478., <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264259027-18-es.pdf?expires=1565562074&id=id&accname=guest&checksum=6792956B754959B5DED6CC9ED7D43965>

sociedad global de la información. Por tanto, la OCDE ha estado centrándose en la mejor forma de implantar estas directrices en el siglo XXI para ayudar a la seguridad.²⁹²

A lo largo de los años se han utilizado en gran número de instrumentos de regulación nacional o de autorregulación y todavía se usan ampliamente en los sectores público y privado.

C. Comunidad Económica Europea - Unión Europea

Creada con el Tratado de Roma en 1957, con 6 países fundadores que doce años antes eran enemigos y su objetivo fortalecer la economía y solucionar problemas políticos.

La CEE²⁹³ Comunidad Económica Europea y a partir de 2009, Unión Europea.

1. Primeras Normativas

*1 En 1985 en el mes de junio se suscribe el Acuerdo de Schengen, acogiendo el nombre del lugar donde se firma Luxemburgo, varios países de Europa suprimieron los controles en las fronteras interiores. y crea el sistema de información Schengen SIS Mecanismo de información para intercambiar datos relativos la identidad de las personas y de los objetos buscados, las partes a través de un sistema de consulta automatizado, disponen de descripciones de personas y objetos, al efectuar controles en la frontera, controles de policía y aduana, el acceso a los datos integrados en el SIS, así como el derecho de consultarlos directamente, está reservado solo a las autoridades competentes, y solo pueden utilizar los datos para cada una de las descripciones del acuerdo.*²⁹⁴

²⁹² www.juridicas.unam.mx Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM IJ DR © 2013, Universidad Nacional Autónoma

²⁹³ Comunidad Económica Europea, el Comité emitió la directiva 45/96, abrogada por el Reglamento, nótese de directiva años después ya es nivel reglamento. Con la UE.

²⁹⁴ Ovilla Bueno, Rocío, *La Protección de los Datos Personales en México*, Porrúa, 2005, p. 17.

Asimismo, se crea una Autoridad común que será la encargada de garantizar, entre otros objetivos, las medidas recogidas en el Convenio Schengen relativas a los datos personales recogidos, tratados y transmitidos en el marco del citado Convenio. Los artículos 102 a 118 del Convenio, regulan aspectos de la protección de los datos que el SIS debe respetar e impone la adopción de ciertas medidas de seguridad al responsable que trata la información. También consagra los principios que deben regir en todo tratamiento de datos tales como el de exactitud, actualidad, licitud, limitación temporal y adecuación a los fines perseguidos y se reconoce, también, determinados derechos como el derecho de acceso, rectificación y cancelación del afectado. La citada regulación sólo es aplicable, como hemos visto, a un grupo de países –los firmantes del acuerdo- y su ámbito de aplicación se encuentra limitado a materias concretas, control de fronteras, si bien, cabe destacar algunas excepciones en su aplicación en algunos Estados.²⁹⁵

2. En los 90' s, se establece una norma común que se denominó Directiva 95/46/CE. La directiva es referente a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Directiva 95/46/CE, del 24 de octubre de 1995, publicada en su Diario Oficial de las Comunidades Europeas del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, Con 72 considerandos y 34 artículos, Directiva para todos los Estados miembros.²⁹⁶

Fue emblemática, para todos los países de Europa, especialmente para España y consecuentemente para México, como lo vimos en el capítulo de antecedentes históricos recordemos que para armonizar las políticas y leyes en materia de migración y de comercio de los países que pertenecen a ella emite las llamadas Directivas, reglas que deben seguir en su legislación local.

²⁹⁵ De la Serna Bilbao, Nieves, Universidad Carlos III de Madrid, Derecho de las Tecnologías de la Información Lección 2: *El Derecho a la Protección de Datos de Carácter Personal en Europa*, http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/derecho-de-las-tecnologias-de-la-informacion/material-de-clase-1/leccion_2.pdf

²⁹⁶ IFAI, Cámara de Diputados, Compendio de lecturas y legislación. Protección de datos personales, México, Tiro corto editores, 2010 p. 391.

Esta Directiva ya refería la importancia de legislar en la Sociedad de la Información.

Enunciare los principales rubros, para resaltar que a través de la Red Iberoamericana aunque no sea vinculante para los países latinoamericanos, tuvo gran influencia en sus leyes.

Como señala en su artículo dos define que son datos personales igual que el Convenio 108 del Consejo de Europa, que comentaremos más adelante, pero agrega que la persona sea identificable directa o indirectamente, señala principios, derechos, seguridad en el tratamiento, códigos de conducta, autoridad de control, subrayando su independencia; recursos administrativos, sanciones y trasmisión a tercer país.²⁹⁷

Ya se preocupaban por los datos sensibles, en el artículo 8 de este ordenamiento. Tratamiento de categorías especiales de datos:

Los Estados miembros prohibirán el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud o a la sexualidad.

Ya no comentaremos más este ordenamiento, porque a pesar de ser tan importante por ser el primero ya fue abrogado.

3. Otras Normativas

- a. Sobre la libre circulación de los datos la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 8 de junio de 2000 del comercio electrónico
- b. Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 12 de julio de 2002 sobre la protección de datos y la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. modificada en 2009/136/CE

²⁹⁷ Ya no está en vigor, Fecha de fin de validez: 24/05/2018; derogado por 32016R0679, <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/ALL/?uri=CELEX%3A31995L0046>

- c. Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo
- d. Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave.

En general pretenden contribuir a la consecución de un espacio de libertad, seguridad y justicia. La rápida evolución tecnológica y la globalización han planteado nuevos retos en el ámbito de la protección de los datos personales.

2000. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en Niza

Los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconocen el respeto de la vida privada y la protección de los datos de carácter personal como derechos fundamentales estrechamente relacionados, pero independientes.

4. Normativa vigente

a. Directiva sobre protección de datos en el ámbito penal

En mayo de 2018 también entró en vigor la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y la libre circulación de dichos datos, y por la que se deroga la Decisión Marco

2008/977/JAI del Consejo. La Directiva protege el derecho fundamental de los ciudadanos a la protección de datos cuando los utilizan las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley. Garantiza que los datos personales de víctimas, testigos y sospechosos de delitos sean debidamente protegidos, y facilita la cooperación transfronteriza en la lucha contra la delincuencia y el terrorismo.²⁹⁸

La rápida evolución tecnológica y la globalización han planteado nuevos retos en el ámbito de la protección de los datos personales. Se ha incrementado de manera significativa la magnitud de la recogida y del intercambio de datos personales. La tecnología permite el tratamiento de los datos personales en una escala sin precedentes para la realización de actividades como la prevención, la investigación, la detección o el enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales.

b. Reglamento vigente²⁹⁹

*Reglamento de la UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE RGPD-Reglamento General de Protección de Datos.*³⁰⁰

²⁹⁸ <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00089-00131.pdf> Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016

²⁹⁹ Serna Bilbao, Nieves de la, En relación con la propuesta de Reglamento general de protección de datos, lo primero que cabe destacar, es el cambio de tipo legislativo adoptado. En efecto, la regulación del Derecho Fundamental a la protección de datos se prevé que se contenga en un “Reglamento” y no en una “Directiva” como es en la actualidad. Recordemos, en este sentido, que de acuerdo con el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el Reglamento es un acto legislativo vinculante que tiene la peculiaridad de que debe aplicarse, directa y completamente, en toda la Unión Europea. Ídem.

³⁰⁰ Diario Oficial de la Unión Europea Los actos cuyos títulos van impresos en caracteres finos son actos de gestión corriente, adoptados en el marco de la política agraria, y que tienen generalmente un período de validez limitado. Los actos cuyos títulos van impresos en caracteres gruesos y precedidos de un asterisco son todos

El reglamento tiene 173 Considerandos, expresa porqué se deroga la mencionada Directiva y este ordenamiento, es más amplio, *Aplicable a partir del 25 de mayo de 2018.*

Recordemos que RGPD es una normativa única, aplicable a todos los estados miembros de la UE y que tiene por objeto generar confianza en el continente y conjugar la protección de datos con los nuevos avances tecnológicos, como las soluciones Big Data, iCloud, herramientas sociales y móviles.

El nuevo reglamento se aplicará en *cualquier entidad que tenga en su poder y gestione datos personales de residentes de la UE*, aunque se encuentren fuera de la UE, considerándose *datos personales* toda aquella información acerca de una persona, desde un nombre o una dirección de correo electrónico hasta una fotografía publicada en una red social. Se tienen asimismo en consideración datos *delicados, o sensibles*, como pueden ser los relativos al historial médico o a información financiera, que merecerán un tratamiento particular.³⁰¹

Sigue afirmando que la protección de datos es de personas Físicas, solamente, y el objetivo es que siga habiendo libre circulación de datos y que es para tratamiento automatizado o no.

Se aplica al tratamiento de datos personales de interesados que residan en la Unión por parte de un responsable o encargado no establecido en la Unión, Asimismo será posible imponer medidas correctoras, tales como advertencias y órdenes, o sanciones a las empresas que infrinjan las normas.

Amplia el concepto de dato personal. *DATOS PERSONALES*: toda información sobre una persona física identificada o identificable EL INTERESADO; se

los demás actos. L 119 Legislación 59o año 4 de mayo de 2016, versión en español. <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2016:119:FULL&from=ES>

³⁰¹Ver en www.es.atos.net

<http://www.techweek.es/seguridad/noticias/1016423004801/ley-proteccion-datos-europea-atos-adelanta-ofrecer-soluciones-privacidad-seguridad.1.html> 26-III-2016, 2.08PM

considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.

Las normas de protección de datos de la UE garantizan la protección de los datos personales en todos los casos en que se recojan: Estas normas *se aplican tanto a empresas y organizaciones públicas y privadas con sede en la UE como a las que tienen su sede fuera de ella* y ofrecen bienes y servicios en la UE, como Facebook o Amazon, siempre que dichas empresas soliciten o reutilicen datos personales de ciudadanos de la Unión Europea.

De cualquier forma, en que se recojan los datos en línea, o en papel; siempre que se almacene o se trate información que te identifique directa o indirectamente como individuo, deben respetarse tus derechos en materia de protección de datos.

El RGPD, describe las diferentes situaciones en que una empresa o una organización está *autorizada para recoger o reutilizar tu información personal*:

Celebración de un contrato: por ejemplo, un contrato de suministro de bienes o servicios es decir, al comprar por internet o un contrato de trabajo.

Cumplimiento de una obligación legal: por ejemplo, cuando el tratamiento de tus datos constituye un requisito legal, si el empleador ofrece información sobre tu salario mensual al organismo de seguridad social para que tengas cobertura de la seguridad social.

Protección de tus intereses vitales.

Realización de una tarea pública, en particular todo lo relacionado con las tareas de las administraciones públicas, como escuelas, hospitales, municipios,

Satisfacción de intereses legítimos: por ejemplo, si tu banco utiliza tus datos personales para comprobar si puedes optar a una cuenta de ahorros con un tipo de interés más elevado.

En todas las demás situaciones, la empresa u organización *debe solicitar tu autorización* denominada consentimiento antes de poder recoger o reutilizar tus datos personales *dar el consentimiento expresamente, previa información*.

Cuando una empresa o una organización pida tu consentimiento, tienes que indicar claramente tu autorización, por ejemplo mediante la firma de un formulario de consentimiento o la selección inequívoca de una opción "sí/no" en una página web.

No basta simplemente con marcar la casilla de que no deseas recibir correos electrónicos con fines comerciales. *Debes aceptar* y autorizar que tus datos personales se recaben y reutilicen con esa finalidad.

Antes de decidir si aceptas o no, debes recibir también la siguiente información:

- Sobre la empresa u organización que vaya a tratar tus datos personales, en particular sus datos de contacto y los datos de contacto del delegado de protección de datos, en su caso;
- La razón por la que la empresa/organización utilizará tus datos personales
- Cuánto tiempo se conservarán tus datos personales;
- Detalles de cualquier otra empresa u organización que recibirá tus datos personales;
- Sobre tus derechos en materia de protección de datos acceso, rectificación, supresión, reclamación y retirada del consentimiento.

Toda esta información debe facilitarse de manera clara y comprensible.

Y posteriormente *la retirada del consentimiento* para la utilización de los datos personales y derecho de oposición.

Pedirle al responsable del tratamiento la persona u organismo que gestiona tus datos personales y retirar tu consentimiento en cualquier momento. Una vez

retirado el consentimiento, la empresa u organización *ya no puede seguir utilizando tus datos personales.*

Puedes ejercer tu derecho de oposición si una organización utiliza el tratamiento de tus datos personales para su propio interés legítimo o como parte de una misión realizada en interés público o para una administración pública. En algunos casos específicos prevalece el interés público y la empresa u organización podría estar autorizada a seguir utilizando tus datos personales. Por ejemplo, en el caso de investigación científica y de estadísticas, tareas realizadas dentro de las funciones oficiales de una administración pública.

En lo que respecta a la utilización de tus datos *con fines comerciales* directos, como los correos electrónicos que promocionan marcas o productos concretos, *tienes derecho a oponerte en cualquier momento a la recepción de mercadotecnia* directa y la empresa debe dejar de utilizar tus datos inmediatamente.

En todos los casos, la primera vez que la empresa u organización se dirija a ti deberá facilitarte siempre información sobre el derecho de oposición a la utilización de tus datos personales.

Ejemplo, puedes oponerte a que tus datos se utilicen para fines comerciales directos-

*Anatolios sacó dos entradas por internet para ver un concierto de su grupo favorito. Desde el momento en que compró las entradas, empezó a recibir correos electrónicos de anuncios de conciertos y espectáculos en los que no estaba interesado. Se puso en contacto con la empresa de venta electrónica de entradas y les pidió que dejaran de enviarle esos mensajes de anuncios. La empresa le retiró inmediatamente de sus listas de mercadotecnia directa. Anatolios consiguió por fin no recibir ningún tipo de correos electrónicos publicitarios.*³⁰²

³⁰² Asociación de Internautas, s, a., s, e.,
<https://www.internautas.org/html/9971.html>

Otro aspecto novedoso de este reglamento es lo relativo a *Normas específicas para niños*.

Por lo general, los niños necesitan la autorización de los padres o tutores para utilizar servicios online, como conectarse a redes sociales, descargarse música o juegos, ya que esos servicios utilizan sus datos personales. Al alcanzar los 16 años, ya no necesitan la autorización parental en algunos países de la UE la edad límite puede llegar a ser hasta de 13 años. Los controles para comprobar que los padres han dado su autorización deben ser eficaces, por ejemplo mediante un mensaje enviado a una dirección de correo electrónico del padre o de la madre.

Consultar tus datos personales:

Puedes solicitar el acceso a los datos personales que una empresa u organización tiene sobre ti y tienes derecho a obtener una copia de esos datos, *gratuitamente*, en un formato accesible. Deben responderte en un plazo de un mes y deben darte una copia de tus datos personales y de toda la información pertinente sobre cómo han utilizado o están utilizando tus datos.

Ejemplo, tienes derecho a saber qué datos tuyos se almacenan y cómo se usan.

*Maciej, un ciudadano polaco, se suscribió recientemente al programa de fidelidad de un supermercado local. Poco tiempo después de su adhesión, empezó a recibir mejores bonos de descuento para la compra. Al suponer que eso estaba relacionado con el programa de fidelidad, pidió al responsable de la protección de datos del supermercado que le dijera qué tipo de información sobre él se había almacenado y cómo se estaba utilizando. Maciej descubrió que el supermercado conservaba datos sobre los productos que compraba todas las semanas y por eso podía darle descuentos para los productos específicos que solía comprar.*³⁰³

Rectificar tus datos personales.

³⁰³ Ídem.

Si una empresa u organización almacena datos personales sobre ti que no son correctos o son incompletos, puedes pedirles que los corrijan o los actualicen.

Ejemplo Alison quería comprar una casa nueva en Irlanda y solicitó a su banco un préstamo hipotecario. Al cumplimentar el formulario de inscripción, cometió un error al introducir su fecha de nacimiento y el banco registró en su sistema la edad incorrecta.

Alison se dio cuenta del error cuando recibió las ofertas para la nueva hipoteca y el seguro de vida correspondiente, al ver que la prima del seguro era mucho más elevada que la actual. Se puso en contacto con el banco y les pidió que corrigieran sus datos personales en su sistema. A continuación, recibió una nueva versión de la oferta del seguro en la que se indicaba correctamente su fecha de nacimiento.³⁰⁴

Transferir tus datos personales derecho a la portabilidad de los datos.

En determinadas circunstancias, puedes pedir a una empresa u *organización la devolución de tus datos o la transferencia directa a otra empresa*, si es técnicamente posible. Es lo que se conoce como *portabilidad de los datos*. Puedes utilizar este derecho, por ejemplo, si decides cambiar de un servicio a otro servicio similar ejemplo como pasar de una red social a otras, y quisieras que tus datos personales se transfirieran rápida y fácilmente al nuevo servicio.

Suprimir tus datos personales es el llamado derecho al olvido.

Si tus datos personales ya no son necesarios o se utilizan de forma ilegal, puedes solicitar su eliminación. Es lo que se conoce como "derecho al olvido".

Estas *normas también se aplican a los motores de búsqueda*, como Google, ya que también se consideran responsables del tratamiento. Puedes pedir que se supriman de los resultados de motores de búsqueda los enlaces a páginas web que incluyan tu nombre cuando la información sea inexacta, inadecuada, irrelevante o excesiva.

³⁰⁴ Ibidem, in fine

Si una empresa ha puesto a disposición en internet tus datos personales y pides que se eliminen, la empresa tiene que comunicar también a todos los sitios web donde los haya compartido que has solicitado que se supriman tus datos y los enlaces correspondientes.

Para proteger otros derechos, como la libertad de expresión, es posible que algunos datos no se borren automáticamente. Por ejemplo, podrían no suprimirse declaraciones controvertidas realizadas en público si fuera mejor para el interés general mantenerlas online.

O por ejemplo, puedes pedir que se borren tus datos personales y se supriman de otros sitios web.

Alfredo decidió que ya no quería utilizar más ninguna red social, de modo que eliminó su perfil de las redes sociales que tenía. No obstante, unas semanas más tarde descubrió que sus antiguas fotos de perfil de sus cuentas en redes sociales eran todavía visibles si buscaba su nombre en un motor de búsqueda en internet. Alfredo se puso en contacto con las empresas de las redes sociales y les pidió que se aseguraran de suprimir esas fotos. Al volver a buscar un mes más tarde, las fotos habían sido eliminadas efectivamente y ya no aparecían en los resultados de los motores de búsqueda.

Acceso no autorizado a tus datos, se le denomina violación de datos personales.

En caso de robo, pérdida o acceso ilegal a tu información personal, lo que se conoce como violación de datos personales, el responsable del tratamiento la persona u organismo que gestiona tus datos personales debe comunicarlo a la autoridad nacional de protección de datos. El responsable del tratamiento también debe informarte directamente si, a consecuencia de la violación de datos, tus datos personales o tu privacidad están expuestos a graves riesgos.

Presentar una reclamación

Si crees que no se han respetado tus derechos en materia de protección de datos, puedes presentar una reclamación directamente ante la Autoridad Nacional de

Protección de Datos, que investigará la reclamación y dará una respuesta en un *plazo de tres meses*.

También puedes presentar el caso directamente ante un tribunal contra la empresa u organización de que se trate, en lugar de dirigirte antes a la autoridad nacional de protección de datos.

Es posible que tengas derecho a una indemnización si sufres daños materiales, como pérdidas financieras, o daños morales, como trastornos psicológicos, a causa de una empresa u organización que no ha respetado las normas de protección de datos de la UE.

Ha evolucionado en cuanto a la Sanción y el procedimiento para aplicarla y la alternativa ante la autoridad de control de datos o ante autoridad judicial, *alternativamente. y se establece que debe haber reparación del daño, patrimonial o moral.*

En síntesis, sigue señalando principios, derechos, forma de recolectar datos, responsables del tratamiento, encargado, registro de actividades del tratamiento, Seguridad de los datos, Códigos de conducta, Organismos de Certificación, Traslado a terceros, Cooperación Internacional en el ámbito de protección de datos, Autoridad de control independiente, se crea el *Comité Europeo de Protección de Datos*, art 68, Recurso administrativo o acción judicial, Derecho a indemnización y responsabilidad. Toda persona que haya sufrido daños y perjuicios materiales o inmateriales como consecuencia de una infracción del presente Reglamento tendrá derecho a recibir del responsable o el encargado del tratamiento una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Ante el órgano judicial correspondiente en cada estado, Es más específico para la aplicación de multas administrativas en caso de faltas al reglamento y que se va a tomar en cuenta para imponerlas en su artículo 82, 1. Cada autoridad de control garantizará que la imposición de las multas administrativas con arreglo al presente artículo por las infracciones del presente Reglamento indicadas en los apartados 4, 5 y 6 sean en cada caso individual *efectivas, proporcionadas y disuasorias. Las multas administrativas se impondrán, en función de las circunstancias de cada caso individual, a título adicional o*

sustitutivo de las medidas contempladas en el artículo 58, apartado 2, letras a) a h) y j). Al decidir la imposición de una multa administrativa y su cuantía en cada caso individual se tendrá debidamente en cuenta. Agrega un capítulo de Tratamiento y Libertad de Expresión y de Información, tratamiento en el ámbito laboral. Obligaciones de Secretos, y algo también novedoso es que regula normas vigentes sobre *Protección de Datos de las Iglesias y Asociaciones Religiosas*.

Derechos de los ciudadanos, debemos subrayar que otra innovación que estipula, es la relativa al derecho a saber cuándo se han pirateado los datos personales: *las empresas y organizaciones tendrán que informar rápidamente a las personas sobre cualquier infracción grave relativa a los datos personales*. Asimismo, deberán informar a la autoridad supervisora relevante en materia de protección de datos.

De la lectura de este resumen del reglamento, nos podemos percatar que, en 25 años, ha avanzado mucho las reglas para proteger los datos personales, en Europa, todavía no se atreven a sugerir se tipifiquen delitos, pero ya van siendo más claras las reglas los principios, las responsabilidades y lo que se protege.

c. Reglamento UE 2018/1725 del 11 de diciembre de 2018 entró en vigor el del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 45/2001 y la Decisión n.º 1247/2002/CE.

Redunda en interés de un enfoque coherente de la protección de datos personales en la Unión y de la libre circulación de datos personales en la Unión, armonizar, en la medida de lo posible, las normas de protección de datos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión con las adoptadas para el sector público en los Estados miembros.³⁰⁵

³⁰⁵Ver <https://europass.cedefop.europa.eu/sites/default/files/regulation-es.pdf>

5. Artículos relativos a la protección de datos en actos legislativos sectoriales

Aparte de los principales actos legislativos en materia de protección de datos antes mencionados, también se establecen disposiciones específicas en esta materia en actos legislativos sectoriales. Son ejemplo de ello:

- a. el artículo 13 de la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los *pasajeros* (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave;
- b el capítulo VI (sobre las garantías de protección de datos) del Reglamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la *Cooperación Policial* (Europol);
- c el capítulo VIII (sobre protección de datos) del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la *Fiscalía Europea*.

6. Convenios o Tratados

La Unión Europea también tiene firmados acuerdos Multinacionales o bilaterales. Transferencias comerciales de datos; decisiones de adecuación.

De conformidad con el artículo 45 del RGPD, la Comisión está facultada para determinar si un país no perteneciente a la Unión ofrece un nivel adecuado de protección de datos, teniendo en cuenta su legislación nacional o de los compromisos internacionales que haya contraído.

El Parlamento ha adoptado varias resoluciones en las que manifiesta su preocupación por los flujos transatlánticos de datos, relativas a otros ámbitos de actuación también abordan la protección de los datos personales a fin de garantizar

la coherencia con la legislación general de la Unión en materia de protección de datos y la protección de la intimidad en esos ámbitos específicos.

Tiene firmados varios Tratados bilaterales entre otros: con Suiza, uno con Estados Unidos de Norteamérica y otro con México.

Un tratado es un acuerdo vinculante entre los países miembros de la UE. Establece los objetivos de la UE, las normas aplicables a sus instituciones, la manera en que se toman las decisiones y la relación existente entre la Unión y sus países miembros.

a. Acuerdo de asociación económica, concertación política y cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros y los Estados Unidos Mexicanos TRATADO DEL LIBRE COMERCIO DE MÉXICO CON LA UNIÓN EUROPEA.³⁰⁶

La firma de este Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre la Unión Europea y México, en Bruselas el 8 de diciembre de 1997, culminó un largo proceso, iniciado en 1992, cuando el entonces Presidente Carlos Salinas de Gortari solicitó a la Unión Europea un acuerdo comercial con México.

En este Tratado ya se estipula en el artículo 20 lo relativo a las sociedades de la Información y entre otros aspectos. Las Partes reconocen que las tecnologías de la información y de las comunicaciones constituyen uno de los sectores clave de la sociedad moderna y son de vital importancia para el desarrollo económico y social.

2. Las acciones de cooperación en este ámbito se orientarán especialmente hacia lo siguiente: *a) Un diálogo sobre los diferentes aspectos de la sociedad de la información; b) Intercambios de información y asistencia técnica, siempre que sea necesaria, sobre la reglamentación, la normalización, las pruebas de conformidad y*

³⁰⁶ https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/acuerdo97_es_1.pdf

la certificación en materia de tecnologías de la información y de las telecomunicaciones; y en el inciso f del mismo precepto.

f) Un diálogo sobre la cooperación en relación a la reglamentación relativa a los servicios internacionales en línea, incluidos los aspectos relacionados con la protección de la privacidad y de los datos personales.

Artículo 41 Estipula la Cooperación en materia de protección de datos 1. Visto el artículo 51, las Partes convienen en cooperar en materia de protección de los datos de carácter personal con vistas a mejorar su nivel de protección y prevenir los obstáculos a los intercambios que requieran transferencia de datos de carácter personal. 2. La cooperación en el ámbito de la protección de datos de carácter personal podrá incluir asistencia técnica a través de intercambios de información y de expertos, y de la puesta en marcha de programas y proyectos conjuntos.

Título VIII disposiciones finales artículo 51 Protección de los datos 1. Las Partes convienen en garantizar un grado elevado de protección respecto al tratamiento de los datos de carácter personal y de otra índole, de conformidad con las normas adoptadas por los organismos internacionales competentes en la materia y por la Comunidad. 2. A tal efecto, las Partes tendrán en cuenta las normas contempladas en el anexo que forma parte integrante del presente Acuerdo.

7. Autoridades de supervisión de la protección de datos de la UE

Ya por último en cuanto a la UE, queremos resaltar que tienen la figura del *Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD)* es una autoridad de control independiente encargada de garantizar que las instituciones y los órganos de la Unión cumplan sus obligaciones en materia de protección de datos. Sus cometidos principales son el control, la consulta y la cooperación.

El **Comité Europeo de Protección de Datos**, anteriormente el Grupo de Trabajo Artículo 29, tiene la categoría de organismo de la Unión con personalidad jurídica y dispone de una secretaría independiente. El Comité está compuesto por representantes de las autoridades nacionales de protección de datos de la Unión,

el SEPD y la Comisión. El Comité dispone de amplios poderes para resolver litigios entre autoridades nacionales de supervisión y para brindar asesoramiento y orientación acerca de conceptos clave del Reglamento General de Protección de Datos y de la *Directiva sobre protección de datos en el ámbito penal*.

En resumen, los países del continente debieron reformar su legislación y las modificaciones dan a los titulares de datos mejores herramientas para proteger su privacidad. Por ejemplo, el consentimiento debe ser solicitado en forma inteligible y fácil, y debe ser sencillo retirarlo; se aumenta el alcance territorial, aplicándose a todas las empresas que procesan datos personales de quienes residen en la UE, independientemente de su ubicación, y se actualizan las sanciones, con multas que alcanzan hasta el 4% de la facturación global anual o 20 millones de euros para aquellas compañías que infrinjan el reglamento. La conclusión es evidente: fuera de Europa también será necesario revisar las legislaciones internas para obtener esa suerte de "certificación" de país con *legislación adecuada*, aun sin que ello signifique que deba seguirse a rajatabla lo aprobado por el Parlamento Europeo.³⁰⁷

8. Consecuencia o impacto

Como apreciaremos a lo largo de este capítulo, la protección de datos se brinda de manera muy diferente en Europa y en América, y podemos observar que en Europa, además de haber empezado a ocuparse del tema desde mediados del siglo pasado, llevan más camino andado, más experiencia, para los ciudadanos si es tema la protección de sus datos y para las autoridades supranacionales, como lo es El Parlamento este ha contribuido de modo fundamental a la definición de la legislación de la Unión en el ámbito de la protección de los datos personales, al hacer de la protección de la intimidad una prioridad política. Además, en el marco del procedimiento legislativo ordinario, ha trabajado en la reforma de la protección de

³⁰⁷ Eduardo Bertoni. Doctor en derecho. Director de la Agencia de Acceso a la Información Pública, *Europa protege sus datos personales*, noticias todas Noticias-28-05-2018, http://www.redipd.es/noticias_todas/2018/novedades/news/28-05-2018-ides-idphp.php

datos en pie de igualdad con el Consejo. Emitiendo el nuevo Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.

El Parlamento ha seguido de cerca los acuerdos internacionales sobre transferencias de datos y no ha dudado en hacer oír su voz, ya sea a través del procedimiento de aprobación o de informes de propia iniciativa.

Se asegura de que las normas de la Unión en materia de protección de datos se establezcan correctamente, es muy probable que el Parlamento reoriente su labor hacia el seguimiento de la aplicación de la legislación.

La Unión debe garantizar la aplicación sistemática del derecho fundamental a la protección de datos, consagrado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Es necesario reforzar la posición de la Unión sobre la protección de los datos personales en el marco de todas sus políticas, incluidas la aplicación de la ley y la prevención de la delincuencia, así como en sus relaciones internacionales, especialmente en una sociedad global caracterizada por la rápida evolución de la tecnología.

La protección de los datos personales y el respeto de la vida privada son derechos fundamentales importantes. El Parlamento Europeo ha insistido siempre en la necesidad de lograr un equilibrio entre el refuerzo de la seguridad y la tutela de los derechos humanos, incluida la protección de los datos y de la vida privada. Las nuevas normas de la Unión en materia de protección de datos, que refuerzan los derechos de los ciudadanos y simplifican las normas para las empresas en la era digital, entraron en vigor en mayo de 2018.³⁰⁸

Para que quede más claro recordemos las funciones que tiene el Parlamento Europeo, fundamentalmente, tres tareas: examinar y adoptar la legislación europea,

³⁰⁸ Milt, Kristina, *La protección de los datos personales*, mayo 2019, <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/157/la-proteccion-de-los-datos-personales>

aprobar el presupuesto de la UE y efectuar un control democrático de las otras instituciones, sobre todo de la Comisión. Es el principal órgano ejecutivo de la Unión Europea, y está formado por un colegio de comisarios compuesto por un representante de cada Estado miembro. La Comisión supervisa la aplicación del derecho de la Unión y el respeto de los Tratados, además preside los Comités competentes para la aplicación del derecho. Se ha sustituido el antiguo sistema de comitología por nuevos instrumentos jurídicos a saber los actos de ejecución y los actos delegados.³⁰⁹

Y por último comentamos la flamante creación del Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) es un organismo europeo independiente que contribuye a la aplicación coherente de las normas de protección de datos en toda la Unión Europea y promueve la cooperación entre las autoridades de protección de datos de la UE.

El CEPD está compuesto por representantes de las autoridades nacionales de protección de datos y del Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD). También son miembros las autoridades de control de los Estados en lo que respecta a los asuntos relacionados con el RGPD, sin derecho a voto ni a ser elegidos Presidente o Vicepresidentes. El CEPD se creó mediante el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) y tiene su sede en Bruselas. La Comisión Europea y (en lo que respecta a los asuntos relacionados con el RGPD) el Órgano de Vigilancia tiene derecho a participar en las actividades y las sesiones del Consejo, sin derecho a voto.³¹⁰

- Entre sus objetivos están: Proporcionar orientaciones incluidas directrices, recomendaciones y buenas prácticas para clarificar la ley.

³⁰⁹ <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/home>

³¹⁰ *European Data Protection Board* https://edpb.europa.eu/about-edpb/about-edpb_es

- Asesorar a la Comisión Europea sobre cualquier aspecto relacionado con la protección de los datos personales y la nueva legislación que se proponga en la Unión Europea.
- Adoptar resultados coherentes en casos transfronterizos de protección de datos.
- Promover la cooperación y el intercambio efectivo de información y buenas prácticas entre las autoridades nacionales de supervisión.
- Garantizar la aplicación coherente del Reglamento General de Protección de Datos y la Directiva europea sobre protección de datos en el ámbito policial.

Veremos su actuación y sus resultados.

*D. Consejo de Europa*³¹¹

La preocupación del Consejo de Europa en esta materia puede considerarse pionera en el ámbito de las organizaciones internacionales.

1. Primeras Normativas

Señalaremos una serie de fases o momentos, en el sistema del Consejo de Europa, a la hora de proteger los Derechos Humanos, especialmente el derecho a la intimidad, frente a los nuevos avances tecnológicos, esos momentos se pueden sintetizar así:

Creación en el año de 1967 de una Comisión Consultiva para estudiar el impacto de las nuevas tecnologías en el ámbito de los Derechos Humanos.

- a. La resolución 509 de la Asamblea del Consejo de Europa, adoptada en el año 1968, sobre "los Derechos Humanos y los nuevos logros científicos y

³¹¹ Una organización internacional en Estrasburgo que comprende 47 países de Europa. Fue creado para promover la democracia y proteger los derechos humanos y el estado de derecho en Europa.

técnicos”. Ya se sembró la semilla para estudiar y analizar más la defensa de la intimidad frente a la automatización de los datos personales. Posteriormente las Resoluciones 73-22 y 74-29 ya señalaban que debían tomarse precauciones contra el mal empleo de la información.

b. En el año 1971 el Comité de Ministros designa una comisión de expertos, encargada de elaborar proyectos para la tutela de las libertades, en especial del derecho a la intimidad, frente a los avances tecnológicos.

c. Resolución del Comité de Ministros de 26 de Septiembre de 1973, relativa a *La protección de la vida privada de las personas físicas frente a los bancos de datos electrónicos en el sector privado*.

d. Resolución de 20 de Septiembre de 1974 relativa a *la protección de la vida privada de las personas físicas frente a los bancos de datos electrónicos en el sector público*.

e. Resolución del Comité de Ministros de 1976 por la que se crea una comisión de expertos encargada de desarrollar los trabajos preparatorios de lo que será un futuro Convenio sobre la materia.

Se considera que el fin del Consejo de Europa³¹² es ampliar los derechos humanos concretamente el derecho a la vida privada teniendo en cuenta la

³¹² El Consejo Europeo está formado por los jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la UE y el presidente de la Comisión. Tiene una función de impulso y orientación política, económica y social, pero sus orientaciones y declaraciones carecen de valor jurídico.

El Consejo de Europa es una organización internacional de carácter regional, ajena a la UE, dedicada a la educación, la cultura y la defensa de los derechos humanos. El Consejo de la Unión Europea (conocido también como *Consejo*, *Consejo de Ministros* y *Consilium*) es la institución de la UE en que están representados los Estados miembros a través de sus ministros. Tiene, junto con el Parlamento, funciones legislativas y presupuestarias.

<https://www.fundeu.es/recomendacion/no-deben-confundirse-consejo-europeo-consejo-de-europa-y-consejo-de-la-union-europea-53/>

intensificación de la circulación a través de las fronteras de los datos de carácter personal que son objetos de tratamientos automatizados y ya señalaba principios y derechos flujos transfronterizos de datos ayuda mutua un comité consultivo, enmiendas, contiene 24 artículos este Convenio.

2. Norma Vigente

a. Convenio 108. El primer Convenio Internacional de protección de datos fue firmado 28 de enero de 1981 por Alemania, Francia, Dinamarca, Austria y Luxemburgo. Es conocido como *Convenio 108* o *Convenio de Estrasburgo*.

El Consejo da un respaldo definitivo a la a protección de la intimidad frente a la informática, mediante este Convenio establece principios y derechos que cualquier legislación estatal debe recoger a la hora de proteger los datos de carácter personal.

Tiene como fin garantizar a cualquier persona física el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona.

Este Convenio, coinciden los teóricos que fue fundamental para nuestra materia se denominó: *Convenio para la protección de las personas, con relación al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal* y su objeto es precisamente garantizar en cada país parte del Consejo, a cualquier *persona física el derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos personales*.

Recordemos que este Convenio da los lineamientos pero cada país en su sistema jurídico debe de emitir la norma específica para dar cumplimiento al convenio.

Contiene Consideraciones Generales y en su artículo 2 define que son datos personales y de ahí derivo la famosa definición, pero no por ello perfecta de *DATOS PERSONALES. CUALQUIER INFORMACIÓN RELATIVA A UNA PERSONA FISICA IDENTIFICADA O IDENTIFICABLE*, señala los Principios básicos para la protección de los datos calidad, seguridad etc. y en relación a las sanciones por las infracciones, en su artículo 10 Sanciones y recursos. Cada Parte se compromete a establecer sanciones y recursos convenientes contra las infracciones de las

disposiciones de derecho interno que hagan efectivos los principios básicos para la protección de datos enunciados en el Convenio. *así de laxo*.

El objeto y fin del convenio 108 es garantizar en el territorio de cada parte a cualquier persona física cualquiera que sea su nacionalidad o residencia el respeto a sus derechos y libertades fundamentales concretamente su derecho a la vida privada con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona³¹³

b. El 8 de noviembre de 2001 se firmó un protocolo de adición a este Convenio 108 en donde se establece la importancia de que cada país miembro cuente con una autoridad de control de la Protección de Datos y en relación a la transferencia internacional, que deben contar con la misma seguridad aunque no sean países miembros.³¹⁴

El Convenio No. 108 fue el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante adoptado en el ámbito de la protección de datos. Con el Protocolo que ha modificado el Convenio se pretende ampliar su ámbito de aplicación, aumentar el nivel de protección de los datos y mejorar su eficacia.

El convenio presenta como características de mayor interés las siguientes:

La exigencia de veracidad y correcta utilización de los datos (artículo 5). La prohibición del tratamiento automático de informaciones referentes al origen racial, opiniones políticas, creencias religiosas u otras, salud sexual y condenas penitenciarias (artículo 6).

La seguridad de los registros de los datos (artículo 7).

³¹³ <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5669/15.pdf>

³¹⁴ <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5669/16.pdf>

El reconocimiento del derecho por parte de los interesados a conocer la existencia de datos que les conciernen, la posibilidad de cancelarlos o corregirlos (Artículo 8).

La facultad de recurrir ante cualquier transgresión de los derechos antes mencionados (Artículo 8).

Los límites que el Convenio establece al ejercicio del derecho a la libertad informática son (artículo 9.1):

- La seguridad del Estado.
- La protección de los demás derechos fundamentales.

El artículo 3 del Convenio establece que su acción de protección comprende a los ficheros y a los tratamientos automatizados de datos de carácter personal en los sectores públicos y privados.

No obstante hay, entre otras, una grave e importante excepción establecida por el propio artículo 3: pueden existir datos personales protegidos por el convenio a los que uno de los países que lo hayan ratificado deje en total indefensión, con el mero requisito de indicarlo expresamente en su instrumento ratificador.³¹⁵

3. Normativa Vigente reformada

Está en proceso de ratificación de los Estados este protocolo que modifica el Estrasburgo, 10/10/2018 - Tratado abierto a la firma de los Estados contratantes del Tratado ETS 108

El objetivo del Protocolo de enmienda es modernizar y mejorar el Convenio ETS No. 108 , teniendo en cuenta los nuevos desafíos para la protección de las personas con respecto al procesamiento de datos personales que han surgido desde la adopción del Convenio en 1980.

³¹⁵ Ver http://www.iepala.es/curso_ddhh/ddhh549.htm

La modernización de la Convención para la protección de las personas con respecto al procesamiento automático de datos personales, el único tratado internacional *legalmente vinculante* existente con relevancia global en este campo aborda los desafíos a la privacidad resultantes del uso de nuevas tecnologías de información y comunicación, y fortalece el mecanismo de la convención para asegurar su implementación efectiva.

El Protocolo proporciona un marco legal multilateral robusto y flexible para facilitar el flujo de datos a través de las fronteras al tiempo que proporciona garantías efectivas cuando se utilizan datos personales. Constituye un puente entre diferentes regiones del mundo y diferentes marcos normativos, incluida la nueva legislación de la Unión Europea que será plenamente aplicable el 25 de mayo de 2018 y que se refiere al Convenio 108 en el contexto de los flujos de datos transfronterizos.

Algunas de las innovaciones contenidas en el Protocolo son las siguientes:

- Requisitos más estrictos con respecto a los principios de proporcionalidad y minimización de datos, y la legalidad del procesamiento;
- Extensión de los tipos de datos sensibles, que ahora incluirán datos genéticos y biométricos, afiliación sindical y origen étnico;
- Obligación de declarar violaciones de datos;
- Mayor transparencia del procesamiento de datos;
- Nuevos derechos para las personas en un contexto de toma de decisiones algorítmicas, que son particularmente relevantes en relación con el desarrollo de la inteligencia artificial;
- Mayor responsabilidad de los controladores de datos;
- Requisito de que se aplique el principio de "privacidad por diseño";
- Aplicación de los principios de protección de datos a todas las actividades de procesamiento, incluso por razones de seguridad nacional, con posibles excepciones y restricciones sujetas a las condiciones establecidas por el Convenio, y en cualquier caso con revisión y supervisión independientes y efectivas;
- Régimen claro de flujos de datos transfronterizos;

- Reforzar los poderes e independencia de las autoridades de protección de datos y mejorar la base legal para la cooperación internacional.³¹⁶

Este Convenio 108, fue ratificado por México, en junio de 2018 por el Senado de la República y publicado en el DOF el 28 de septiembre de 2018 el decreto promulgatorio del protocolo adicional al Convenio para la protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de datos de Carácter Personal, a las Autoridades de Control y a los flujos Transfronterizos de Datos, hecho en Estrasburgo, Francia el ocho de noviembre de dos mil uno y entro en vigor el 31 de octubre de 2018.

Aún vigente y países de Europa y de Iberoamérica, siguen sus directrices y los principios fundamentales de una gestión adecuada de sus datos personales: los datos deberán obtenerse y utilizarse con una finalidad determinada y no deberán volver a utilizarse con un objetivo no relacionado: Sólo deberán ser almacenados y tratados los datos estrictamente necesarios para esta finalidad. Los datos tratados deberán ser exactos y estar actualizados. Los datos deberán conservarse únicamente por el tiempo necesario para cumplir la finalidad para la cual se hayan registrado; Las personas que gestionen sus datos personales también deberán adoptar las medidas necesarias para proteger dichos datos de su destrucción y pérdida accidental, así como del acceso, modificación y difusión no autorizados.³¹⁷

A través de la Red Iberoamericana, estos principios fueron permeando en las leyes de Latinoamérica.

E. La Organización Mundial del Trabajo O.I.T.

Es la única agencia tripartita de la ONU, la OIT reúne a gobiernos, empleadores y trabajadores de 187 Estados miembros a fin de establecer las normas del trabajo,

³¹⁶ <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/223>

³¹⁷ Ver tríptico explicativo, www.coe.int/dataprotection

formular políticas y elaborar programas promoviendo el trabajo decente de todos, mujeres y hombres.³¹⁸

1. Primera Normativa

Informe de expertos de 7 de octubre de 1996 se llevó a cabo una reunión de expertos para analizar sobre la protección de la vida privada de los trabajadores, en Ginebra, Suiza.

Como lo comentamos al inicio del capítulo anterior, la protección de los datos personales de los empleados con los wearables es susceptible de que se violen su derecho a la privacidad e intimidad.

La OIT desde 1997 ya contemplaba la protección de datos de los empleados en la norma denominada Protección de los datos personales de los trabajadores. Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT (ISBN 92-2-310329-0) Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1997.

Recomendaciones prácticas, señala orientaciones para la protección de los datos personales de los trabajadores. Este repertorio no tiene carácter obligatorio. No suplente la legislación nacional, las normas internacionales del trabajo ni otras normas aceptadas. Puede ser utilizado para elaborar leyes, reglamentos, convenios colectivos, directivas y políticas laborales, y disposiciones de orden práctico. Señala principios derechos individuales y colectivos a los sectores privado y público; así como el tratamiento manual y el tratamiento automático de todos los datos personales de un trabajador.

Protección de los datos personales de los trabajadores. Los empleadores recolectan datos acerca de los trabajadores y de los candidatos a un puesto de trabajo por diversas razones: dar cumplimiento a la legislación; preservar la seguridad personal; servir de ayuda en la selección para el empleo, la formación y la promoción;

³¹⁸ La OIT fundada en 1919, basada en una visión según la cual una paz duradera y universal sólo puede ser alcanzada cuando está fundamentada en el trato decente de los trabajadores. La OIT fue la primera agencia de las Naciones Unidas en 1946. Su estructura tripartita es única en el sistema de las Naciones Unidas, compuesta por representantes de los gobiernos, de los trabajadores y de los empleadores. Estos tres participan en el Consejo de Administración, en la Conferencia Internacional del Trabajo que se celebra cada año para debatir cuestiones sociales y del mundo del trabajo.

asegurar el control de la calidad, los servicios a los clientes y la protección de la propiedad. Ahora bien, las nuevas formas de recolección y procesamiento de datos personales, en muchos casos debidas a avances de la tecnología, entrañan ciertos riesgos para los trabajadores. Si bien en varias legislaciones nacionales y normas internacionales se han establecido procedimientos obligatorios para el procesamiento de datos personales, existe la necesidad de perfeccionar las disposiciones de protección específicamente dirigidas al uso de los datos personales de los trabajadores, con el fin de salvaguardar la dignidad de éstos, proteger su intimidad y garantizar su derecho fundamental para determinar los datos y los usuarios, así como los propósitos y las condiciones de uso. La finalidad de este repertorio de recomendaciones prácticas consiste en suministrar orientación acerca de la protección de los datos personales de los trabajadores. El repertorio comprende principios generales acerca de la protección de datos personales y disposiciones específicas respecto del acopio, conservación, almacenamiento, uso, comunicación de tales datos. Asimismo, se presentan orientaciones sobre derechos individuales y colectivos de los trabajadores, y sobre la función de las agencias de colocación o empleo. Si bien este repertorio no pretende sustituir la legislación y las reglamentaciones internacionales, ni las normas internacionales del trabajo y otras normas aceptadas, puede utilizarse para el perfeccionamiento de la legislación, reglamentaciones, convenios colectivos, normas de trabajo, políticas y medidas prácticas en el nivel de la empresa.³¹⁹

2. Normativas vigentes

Siguen vigentes, aunque no son norma el informe de los expertos y no se ha actualizado el mismo, pero cabe resaltar que, para la OIT, la noción de datos personales debe aplicarse a toda información relativa a un trabajador identificado o que se pueda identificar. El termino de vigilancia comprende de una manera no exhaustiva, los que graban sus comunicaciones, o dejan rastro, o los que les permite

³¹⁹ OIT Ginebra, Suiza, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/normativeinstrument/wcms_112625.pdf

*localizarlos, este informe es aplicable para el sector público y el privado, y señala principios como derechos, y prohibir expresamente que el empleador obtenga datos personales sobre la vida sexual, opiniones políticas religiosas o similares de los empleados ni datos médicos.*³²⁰

3. Consecuencias-Impacto

Al momento de entrar a LinkedIn o al entregar tú Currículum Vitae, o una solicitud de empleo, das mucha información personal, incluso datos sensibles te pueden llegar a solicitar los futuros empleadores y en aras de obtener empleo entregas todo lo que te solicitan., ya se ha superado, pero aún piden examen de no gravidez, o prueba de SIDA que son datos sensibles.

El informe referido líneas arriba, es solo eso, no son directivas ni mucho menos, es importante que la OIT, emita Reglas, para proteger los datos. desde el correo electrónico, las cámaras de videovigilancia, los smartphones que te ubican o los dispositivos que te ubican en tiempo real, y todo lo relacionado con la tecnología, que implica control y vigilancia para los trabajadores en el lugar de trabajo, o aún en el traslado.

¿Se vale qué para contratarte consulten tus redes sociales los futuros empleadores?

¿O qué tú jefe quiere seguirte en tú Facebook o en cualquier red social como requisito para emplearte?

¿O si vas a llegar tarde y avisas que hay mucho tráfico revisen el Waze?

También hay mucho que regular en este ámbito, directrices practicas sobre la protección de datos personales de los trabajadores para que se hagan reglamentaciones nacionales.

³²⁰ Ovilla, Rocío, ob. Cit., p 8

F. *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte TLCAN*³²¹ y T-MEC

1. *Primera Normativa*

Este Tratado que entró en vigor hace 25 años, no contempla ningún acuerdo ni previsión de protección de datos o la transmisión de estos, no era tema en 1994.³²² El Tratado permite reducir los costos para promover el intercambio de bienes entre los tres países.

El 10 de junio de 1990, Canadá, Estados Unidos y México acuerdan establecer un tratado de libre comercio, el 5 de febrero de 1991 inician las negociaciones del TLCAN, por lo que el Acuerdo Comercial fue firmado por el presidente estadounidense George H. W. Bush, el 8 de diciembre de 1992, por el primer ministro canadiense Brian Mulroney, el 11 de diciembre de 1992 y por el presidente mexicano Carlos Salinas de Gortari, el 14 de diciembre de 1992. Asimismo, los tres países lo firmaron el 17 de diciembre de 1992 y entró en *vigencia a partir del 1 de enero de 1994*, cuando se cumplió con el procedimiento de ratificación por parte del poder legislativo de cada país que lo suscribió.

Al firmarse el TLCAN se planteó un plazo de 15 años para la eliminación total de las barreras aduaneras entre los tres países. Además, se acordó que debían ser retiradas las restricciones existentes al comercio de varios productos, incluyendo vehículos de motor y piezas para estos, las computadoras, textiles y la agricultura. El tratado también protege los derechos de propiedad intelectual patentes, derechos de autor y marcas comerciales y destacó la eliminación de las restricciones de

³²¹ Acuerdo comercial entre Estados Unidos México y Canadá, aún en trámite, es Senado de la República mexicana fue el primero en ratificarlo el 3 junio de 2019 y el Ejecutivo se lo envió el 30 de mayo. Protocolo por el que se sustituye el Tratado de Libre Comercio de América del Norte por el Tratado entre los Estados Unidos de América, los Estados Unidos Mexicanos y Canadá publicado Gobierno de México 3 de junio de 2019. En Estados Unidos el 11 de Diciembre de 2019, la Cámara baja del Congreso lo aprobó y paso al Senado, el 16 de enero de 2020 en la mañanera López Obrador dijo que ya se iba aprobar hoy en el Senado de USA.

³²² El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), en inglés *North American Free Trade Agreement (NAFTA)* y en francés *Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)*, es una zona de libre comercio entre Canadá, Estados Unidos y México.

inversión entre los tres países. Medidas relativas a la protección de los trabajadores y el medio ambiente se añadieron más tarde como resultado de acuerdos complementarios firmados en 1992 y como lo analizamos lo que más importaba era la importación con aranceles bajos, de protección de vida privada nada regulaba.

2. Normativa Vigente.

Todavía no está vigente el nuevo tratado de comercio que modifica el TLC y que se va a denominar **T-MEC**³²³

Pero se puede leer en su **CAPÍTULO 19 COMERCIO DIGITAL**

Artículo 19.8: Protección de la Información Personal

1. Las Partes reconocen los beneficios económicos y sociales de la protección de la información personal de los usuarios del comercio digital y la contribución que esto hace a la mejora de la confianza del consumidor en el comercio digital. 2. Con este fin, cada Parte adoptará o mantendrá un marco legal que disponga la protección de la información personal de los usuarios del comercio digital.

En el desarrollo de este marco legal, cada Parte debería tomar en consideración los principios y directrices de los organismos internacionales pertinentes, tales como el Marco de Privacidad de APEC y la Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a las Directrices de la OCDE sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales 2013 ya comentada en este capítulo.

3. Las Partes reconocen que de conformidad con el párrafo segundo, los principios clave incluyen: limitación de la recolección; elección; calidad de datos; especificación de propósito; limitación de uso; salvaguardias de seguridad; transparencia; participación individual; y rendición de cuentas. Las Partes también reconocen la importancia de asegurar el cumplimiento de las medidas para proteger la información personal y asegurar que las

³²³ En noviembre de 2019, después de las reelecciones se va a discutir o antes según le convenga a Trump en enero 20 ya lo ratificaron los Congresos de México y USA, ya lo firmaron, falta Canadá. Ya entro en vigor el 1 de julio de 2020.

restricciones a los flujos transfronterizos de información personal son necesarias y proporcionales a los riesgos presentados.

4. Cada Parte procurará adoptar prácticas no discriminatorias al proteger a los usuarios del comercio digital de violaciones a la protección de la información personal ocurridas dentro de su jurisdicción. 5. Para mayor certeza, una Parte podrá cumplir con la obligación en este párrafo adoptando o manteniendo medidas tales como leyes que abarquen de manera amplia la protección de la privacidad, la información o los datos personales, leyes sectoriales específicas sobre privacidad, o leyes que dispongan el cumplimiento de compromisos voluntarios de empresas relacionados con la privacidad.

Artículo 19-6. 5. Cada Parte publicará información sobre la protección de la información personal que proporciona a los usuarios del comercio digital, incluidos cómo: (a) una persona física puede ejercer recursos; y (b) una empresa puede cumplir con los requisitos legales.

6. Reconociendo que las Partes podrán tomar diferentes enfoques legales para proteger la información personal, cada Parte debería fomentar el desarrollo de mecanismos para promover la compatibilidad entre estos diferentes regímenes. Las Partes procurarán intercambiar información sobre los mecanismos aplicados en sus jurisdicciones y explorarán maneras de extender estos u otros acuerdos adecuados para promover la compatibilidad entre estos.

Las Partes reconocen que el sistema de Reglas de Privacidad Transfronterizas de APEC es un mecanismo válido para facilitar las transferencias transfronterizas de información mientras se protege la información personal.³²⁴

Podemos observar que se dio un salto cuántico, ya es tema la protección de datos personales, para darle confianza al consumidor, sigue siendo lo más importante lo

³²⁴<https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/465801/19ESPCComercioDigital.pdf>

comercial, pero ya se habla que cada parte en su legislación interna dará el marco legal para proteger la información que se proporcione en el comercio por internet. En base a los principios y Directrices de Organismos Internacionales como APEC y OCDE y señala deben seguirse principios y asegurar los flujos transfronterizos. De información personal, todavía no seden en el ámbito de que leyes que abarquen de manera amplia la protección de la privacidad, la información o los datos personales, leyes sobre privacidad, sean sectoriales o autorregulación, poco a poco.

Y que cada país puede tomar las medidas regulatorias y sancionadoras que quiera y que busquen acuerdos para que allá compatibilidad, esto queda aún al aire.

Cabe señalar que desde 2013, México fue certificado por APEC como lugar que cumple con la seguridad que tiene tratamiento seguro de datos personales³²⁵

El IFAI (hoy INAI) reporta que México fue aceptado como la segunda economía integrante del Sistema de Reglas de Privacidad Transfronteriza (Cross-Border Privacy Rules CBPRs)_del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC), después de Estados Unidos.

El Sistema de Reglas de Privacidad Transfronteriza CBPR, consiste en la adhesión a un sistema de reglas para implementar políticas de privacidad y mejores prácticas consistentes con los requisitos de un programa de CBPR para que la información personal que recolecten o reciban organizaciones e instituciones pueda ser sujeta a transferencia transfronterizas entre los países que forman parte de APEC. Las políticas de privacidad y mejores prácticas deben ser evaluadas por un agente responsable conocido como «Accountability Agent» reconocido en APEC para el cumplimiento con los requisitos del CBPR. Una vez que la organización ha sido certificada para participar en el sistema CBPR, sus políticas de privacidad y practicas será obligatorias para la entidad participante y serán ejecutables por la autoridad reguladora correspondiente del país en el que se encuentra.

³²⁵Cristo Velasco, San Martín, Aceptación de México en el Sistema de Reglas de Privacidad Transfronteriza de APEC 02.07.13 Noticias, Organismos Multilaterales y Regionales, blog, <http://www.protecciondedatos.org.mx/2013/02/acceptacin-mxico-sistema-reglas-privacidad-transfronteriza-apec/>

3. Consecuencia -Impacto

Se sabe que el llamado modelo estadounidense en relación a la protección de datos es fundamentalmente de libertad, no restringir la libertad comercial a la protección de la intimidad. De manera tangencial en el rubro de comercio electrónico se señala la regulación de la protección de los datos y aun en el año 20 del siglo XXI, sigue prevaleciendo este modelo, que determino a los otros dos países *firmante, o sea que no se preocupa por la protección de datos.*

A la fecha verano 2020 ha entrado en vigor después de la ratificación de Estados Unidos que en noviembre de 2020, tienen votaciones para Presidente y este lo toman como arma política.

G. Foro de Cooperación Asia-Pacífico APEC³²⁶

1. Primera Normativa

a. APEC emitió en 1998 su Marco de Privacidad con los principios de prevención de daño, aviso, limitación a la recolección de información personal, usos de la información o datos personales, elección, integridad de la información personal, seguridad, acceso y corrección, y responsabilidad.

Contiene IV partes Marco de Privacidad del Foro de Cooperación Asia Pacifico, en el marco del enorme potencial del comercio electrónico, la importancia de que haya protecciones efectivas para la privacidad que eviten barreras a los flujos de información dentro del grupo de comercio electrónico de APEC.

Asevera que la cantidad de comercio realizado electrónicamente ha crecido exponencialmente y el comercio electrónico ha transformado muchos sectores industriales y la forma en que se hacen los negocios. Las ventas de comercio

³²⁶ APEC comenzó como un grupo de dialogo en 1989, en la región Asia y el Pacífico. En 1993, se estableció una Secretaría APEC en Singapur para apoyar las actividades del foro tiene 21 miembros conocidos como economías miembros. Sus principales objetivos el libre comercio y la inversión abierta, trasfronteriza, ver su página oficial, <https://www.apec.org/FAQ>

electrónico de empresa a consumidor en todo el mundo alcanzaron USD2.1 billones en 2017, y se prevé que crezca más de un 9% este año. Las ventas minoristas de comercio electrónico en Asia-Pacífico alcanzaron más de USD 1 billón en Asia-Pacífico en 2017, y su participación en el gasto digital global representa el 47,6 por ciento del mercado mundial.³²⁷

Subgrupo de privacidad de datos (DPS)

Fue establecido por los ministros en 2007 para lograr un flujo transfronterizo responsable de información personal dentro de la región de APEC. Este objetivo se logrará mediante el desarrollo y la implementación de un sistema de Reglas de Privacidad Transfronterizas CBPR, consistente con el Marco de Privacidad de APEC que fue aprobado por primera vez por los ministros de APEC en 2004.

La creación de un grupo de estudio dentro del Subgrupo de Privacidad de Datos (DPS) para analizar e *identificar las mejores prácticas y papel de las marcas de confianza en la promoción del flujo transfronterizo de información.*

b. Acuerdo de Cumplimiento de Privacidad Transfronterizo (CPEA) de APEC en julio de 2010. Este acuerdo multilateral proporciona el primer mecanismo en la región de APEC para que las autoridades de cumplimiento de privacidad (PEA) compartan información y brinden asistencia para cumplimiento de la privacidad de datos transfronterizos. El CPEA significa el compromiso continuo dentro de APEC para aumentar la protección de los flujos transfronterizos de información personal y es un paso significativo en la implementación efectiva del Marco de Privacidad de APEC.

c. En noviembre de 2011 en Honolulu, Hawái. Los líderes de APEC también se comprometieron a implementar el Sistema CBPR "para reducir las barreras a los flujos de información, mejorar la privacidad del consumidor y

³²⁷ <https://www.statista.com/markets/413/topic/544/key-figures-of-e-commerce/>
Nos llama la atención que la última actualización de la página oficial de APEC en este rubro es de abril de 2018.

promover la interoperabilidad entre los regímenes regionales de privacidad de datos". *Sistema de reglas de privacidad transfronterizas (CBPR) de APEC*

El sistema CBPR equilibra el flujo de información y datos a través de las fronteras, al mismo tiempo que brinda protección efectiva para la información personal, esencial para la confianza en el mercado en línea. El sistema es uno mediante el cual las políticas y prácticas de privacidad de las compañías que operan en la región APEC son evaluadas y certificadas por un verificador externo, conocido como agente de responsabilidad y sigue un conjunto de reglas comúnmente acordadas, basadas en la Privacidad APEC. Al aplicarlas salva las diferencias internas que pueden existir entre los enfoques de privacidad nacional. Actualmente, seis economías pertenecientes a APEC Canadá, Japón, República de Corea, México, Singapur y Estados Unidos, han alineado sus leyes de privacidad con el Marco de Privacidad de ese Organismo.

d. Sistema de reconocimiento de privacidad de APEC para procesadores PRP

Aprobados por APEC en agosto de 2015. El sistema PRP está diseñado para ayudar a los procesadores de información personal a ayudar a los controladores a cumplir con las obligaciones de privacidad relevantes, y ayuda a los controladores a identificar procesadores calificados y responsables. Esto se realiza a través de un cuestionario de admisión, que establece los requisitos de referencia del PRP. El agente de rendición de cuentas reconocido por APEC evaluará a un procesador que busca el reconocimiento basado en un conjunto de requisitos. Actualmente, dos economías miembros de APEC, Singapur y los Estados Unidos, se han unido al Sistema PRP.

2. Normativa vigente

a. Marco de privacidad de APEC

Sistema de normas de privacidad transfronterizas APEC *Privacy Framework 2015* actualizado, aborda las lagunas en las políticas y los marcos regulatorios sobre comercio electrónico para garantizar que el libre flujo de información y datos a través

de las fronteras se equilibre con la protección efectiva de la información personal esencial para la confianza en el mercado en línea. La actualización del *Marco de Privacidad* fue aprobada por los ministros en noviembre de 2016.

b. Promoción de la interoperabilidad entre APEC-Sistemas de normas de privacidad de la UE

En septiembre de 2012, se creó un Grupo de trabajo conjunto APEC-UE

El comité de trabajo ha participado en debates sobre similitudes y diferencias entre el sistema de Reglas de Privacidad Transfronterizas (CBPR) de APEC y el sistema de Reglas Corporativas Vinculantes (BCR) de la UE para promover la interoperabilidad y facilitar las transferencias de información personal entre las dos regiones.

El objetivo de este referencial es servir como una lista de verificación pragmática informal para las empresas que solicitan autorización en el BCR de la UE y la certificación bajo el CBPR de APEC. Esto será útil para las empresas que solicitan la certificación en ambos sistemas. El objetivo a largo plazo es trabajar en la interoperabilidad de estos sistemas.

Desde 2015, ambas partes han explorado la posibilidad de una mayor cooperación para fomentar la interoperabilidad entre los sistemas.

En 2017, ambas partes también intercambiaron información sobre el sistema APEC CBPR y el Reglamento General de Protección de Datos GDPR de la UE, que entró en vigencia en mayo de 2018, con el objetivo de explorar la interoperabilidad entre los dos sistemas un plan de trabajo futuro, incluida la discusión de los mecanismos establecidos bajo el GDPR, tales como certificaciones y códigos de conducta, y acordó continuar las discusiones

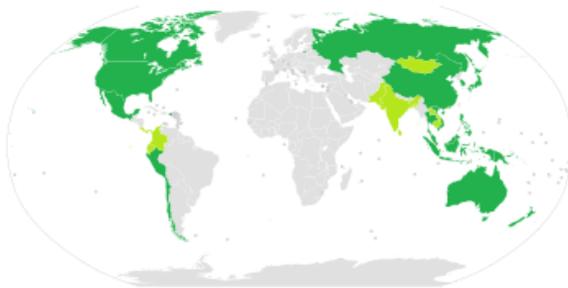
3. Sanciones

El sistema APEC no sugiere ninguna sanción, recordemos que está determinado por el sistema estadounidense.

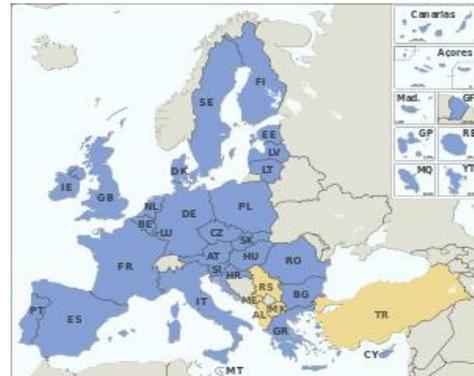
4. Impacto-Consecuencias

James Sullivan el presidente interino del grupo de comercio electrónico de APEC, afirma que el saber que *El acceso rápido a los datos en APEC empodera a los emprendedores*. Ver video³²⁸

En 2019 en la Reunión de Singapur APEC considero que sus reglas están bien contrató a otro auditor de empresas y las 21 economías se comprometieron a cumplir las reglas para que los certifiquen.³²⁹



Economías de APEC



Estados miembros de la UE

H. Red Iberoamericana

Red Iberoamericana no es un Organismo Internacional propiamente dicho, pero ha tenido gran influencia y determinación en la creación de las leyes latinoamericanas. Es un foro integrador de los diversos actores, tanto del sector público como privado,

³²⁸ Sullivan, James, video *How Easier Access to Data in the APEC Region can empower entrepreneurs*, <http://publications.apec.org/Groups/Committee-on-Trade-and-Investment/Electronic-Commerce-Steering-Group>

³²⁹ Noticias de APEC http://publications.apec.org/Press/News-Releases/2019/0619_data

que desarrollen iniciativas y proyectos relacionados con la protección de datos personales en Iberoamérica³³⁰

Llevan a cabo, "Encuentros", que es el Órgano integrado por todos los miembros de la Red, que se celebra una vez al año y tiene el carácter de Asamblea General de la misma; los "Seminarios", como punto de intercambio de experiencias para profundizar en el conocimiento y análisis de aquellos temas de mayor relevancia o actualidad.

1. Primeros Acuerdos

Desde la primera reunión y anualmente después del encuentro emiten

a. DECLARACIONES RIPD: Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos 2002. San Lorenzo del Escorial - España.

b. CUMBRE IBEROAMERICANA En 2003 Artículo 45 de la Declaración de Jefes de Estado y de Gobierno de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia Aceptan la protección de los derechos a proteger tus datos como un derecho fundamental en el artículo 45 de la Declaración y la necesidad de que cada Estado tengan sus iniciativas regulatorias, que legislen en la materia. Impulso de todos los mandatarios a que se garantice ese derecho en Iberoamérica.

c. RED IBEROAMERICANA DE PROTECCION DE DATOS fundada en la Antigua Guatemala³³¹ en junio de 2003, se creó en el marco del II encuentro Iberoamericano de protección de datos con 15 participantes, la Red se crea se forma con estructura y como foro permanente para reforzar la mutua y continua colaboración entre todos los países, intercambio de experiencias, reconociendo que en todos era difícil el ejercicio efectivo del derecho, constatan la necesidad de tomar medidas para que garanticen el nivel de protección y que deben tomar en cuenta los principios esenciales de los instrumentos internacionales.

³³⁰ Los objetivos y la organización de la Red están recogidos en el Reglamento aprobado con motivo del VI Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos, celebrado en mayo de 2008, y revisado en el XI EIPD, en Octubre de 2013.

³³¹ Ver Piñar Mañas, José A, La Red Iberoamericana de Protección de datos, Declaraciones y documentos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006

d. 2005 en la XXII Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de datos

Celebrada en Montreaux Suiza, en el mes de septiembre, se aprobó una declaración final sobre La protección de datos personales y la privacidad en una era tecnológica, en la que se hace referencia expresa a los principios del derecho a la protección de datos, mismos que se han replicado en la mayoría de las leyes de este mundo globalizado.

Los integrantes de la Red se reúnen cada año para intercambiar experiencias de la materia y de su legislación, la Red creó dos grupos, uno para impulso Normativo y Armonización y otro Red on line, para publicar difundir información y educar en relación a la protección de datos.³³²

e. En 2007 emitió directrices de las Sanciones Que estas deben imponerse por las autoridades protectoras de datos, y que sus resoluciones pueden ser recurribles ante los tribunales de justicia, que es como está actualmente en nuestro país. Y que analizaremos en el siguiente apartado las leyes de México.

2. ACUERDOS recientes

a. ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES PARA LOS ESTADOS IBEROAMERICANOS

En el marco del XV Encuentro Iberoamericano se aprobaron y presentaron oficialmente dando cumplimiento así a un objetivo largamente anhelado y a uno de los acuerdos adoptados en la XXV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en 2016 en Colombia, relacionado con solicitar a la Red la elaboración de una propuesta para la cooperación efectiva relacionada con la protección de datos personales y privacidad.

Los Estándares Iberoamericanos se constituyen en un conjunto de *directrices orientadoras* que contribuyan a la emisión de iniciativas regulatorias de protección de datos personales en la región iberoamericana de aquellos países que aún no

³³² Ver página oficial de la Red Iberoamericana de protección de Datos <http://www.redipd.org/index-ides-idphp.php>

cuentan con estos ordenamientos, o en su caso, sirvan como referente para la modernización y actualización de las legislaciones existentes.

-Ámbito de aplicación subjetivo 3.1. Los Estándares serán aplicables a las personas físicas o jurídicas de carácter privado, autoridades y organismos públicos, que traten datos personales en el ejercicio de sus actividades y funciones.

4. Ámbito de aplicación objetivo Los presentes Estándares serán aplicables al tratamiento de datos personales que obren en soportes físicos, automatizados total o parcialmente, o en ambos soportes, con independencia de la forma o modalidad de su creación, tipo de soporte, procesamiento, almacenamiento y organización. Por regla general, los Estándares serán aplicables a los datos personales de personas físicas, lo cual no impide que los Estados Iberoamericanos en su legislación nacional dispongan que la información de las personas jurídicas sea salvaguardada acorde con el derecho a la protección de datos personales, en cumplimiento a lo establecido en su derecho interno. Los Estándares no resultarán aplicables: a. Cuando los datos personales estén destinados a actividades exclusivamente en el marco de la vida familiar o doméstica de una persona física, esto es, la utilización de datos personales en un entorno de amistad, parentesco o grupo personal cercano y que no tengan como propósito una divulgación o utilización comercial.

Señala principios, derechos, derechos especiales a niños igual que el reglamento europeo, Entre las novedades están: Medidas proactivas para la protección y la designación de un oficial. Aparte de la autoridad de control.

Para las sanciones 43.1. Todo titular tendrá derecho a presentar su reclamación ante la autoridad de control, así como recurrir a la tutela judicial para hacer efectivos sus derechos conforme a la legislación nacional del Estado Iberoamericano que resulte aplicable en la materia sancionar las conductas que contravengan lo dispuesto en las legislaciones nacionales correspondientes, indicando, al menos, el límite máximo y los criterios objetivos para fijar las correspondientes sanciones, a partir de la naturaleza, gravedad, duración de la infracción y sus consecuencias, así

como las medidas implementadas por el responsable para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones en la materia.

Indemnización o reparación del daño. La legislación nacional de los Estados Iberoamericanos aplicable en la materia reconocerá el derecho que tiene el titular a ser indemnizado cuando hubiere sufrido daños y perjuicios, como consecuencia de una violación de su derecho a la protección de datos personales.³³³

b. Diciembre de 2018, se llevó a cabo el XVI Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos Personales participaron más de 40 representantes entre autoridades de protección de datos de países como España, México, Argentina y Uruguay, la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos, Google, Facebook, Microsoft, designados de la academia y sociedad civil. Declaración final, donde entre otros temas, modificaron su reglamento interno *para dar cabida a la sociedad civil en todas las siguientes actividades que organice la RIPD*. Del mismo modo, acordaron promover un *Acuerdo Iberoamericano de Asistencia Jurídica Mutua en materia de protección de datos personales y privacidad*

3. Impacto- Consecuencias. Como ya lo comentamos gran influencia en que se legisle siguiendo el modelo Europeo en los países iberoamericanos, con asesorías, guía, congresos, capacitaciones en España y en Latinoamérica. y a la fecha de los 22 países que pertenecen a esta red, todos tienen leyes de datos con esa perspectiva. Estos estándares, considero que en relación a las sanciones no las limita a que sean sanciones administrativas, entonces en el marco del juicio adversarial y oral penal que uno de sus principios es la reparación del daño conforme al artículo 20 C, estos lineamientos pueden dar pie a que se legisle y se tipifique como ilícitos penales la violación a los derechos a la protección de datos y la punibilidad que analizaremos el siguiente capítulo también puede ser reparación del daño.

³³³ Estándares publicados en 20 de junio de 2017, http://www.redipd.es/documentacion/common/Estandares_Esp_Con_logos_RIPD.pdf

La perspectiva que en las normas, instrumentos internacionales y documentos que aquí se han enumerado es clara: se pretende resolver la tensión existente entre el uso cada vez más generalizado de la informática y el riesgo que el mismo puede suponer para la vida privada, informática versus intimidad, este es el gran dilema.³³⁴

II Países Europeos

A. Alemania³³⁵

1. Marco Constitucional

Ley Fundamental para la República Federal de Alemania en alemán: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, se le conoce a la Constitución, como Ley Fundamental, de Bonn.

a. Brevemente recordaremos que después de la Segunda Guerra Mundial, las potencias victoriosas Gran Bretaña, Francia y Estados Unidos afrontaban un conflicto con la Unión Soviética por la Alemania ocupada. Con el fin de avanzar en los planes para la parte occidental bajo la supervisión de su Gobierno militar, los gobernantes aliados entregaron poderes al canciller de Alemania Occidental con mandatos concretos. Estos poderes se conocen como "Documentos de Frankfurt". El primer y más importante documento exigía la creación de una asamblea para redactar una constitución federal y democrática.

b. Los Presidentes de los gobiernos de Estados Federados de Alemania occidental temían que una constitución como documento fundador de un nuevo Estado, podría profundizar la división de Alemania entre Este y Oeste. La constitución debería tener carácter provisional y solo ser válida hasta que se supere la división y se reestablezca la unidad. Por eso se hablaba solo de una *Ley Fundamental*. El 8 de mayo de 1949, el

³³⁴ Piñar ob cit., p. 16

³³⁵ La República Federal de Alemania, Bund es la Federación y Länder los 16 Estados Federados, con competencias propias.

*texto fue aprobado por el Consejo Parlamentario y firmado el 23 de mayo en Bonn.*³³⁶ Y sigue vigente.

c. Preceptos en su artículo 1 estipula que La Dignidad del ser humano es inviolable.

En su artículo 2 señala: Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física. *La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley de manera implícita menciona el derecho a la intimidad, libre desarrollo de la personalidad e inviolabilidad de la persona.*³³⁷

Y en el Artículo 10.1 contempla. El secreto epistolar, así como el secreto postal y de las telecomunicaciones son inviolables. I. Derechos Fundamentales 22 (2) Las restricciones sólo podrán ser ordenadas en virtud de una ley. Si la restricción está destinada a proteger el régimen fundamental de libertad y democracia o la existencia o seguridad de la Federación o de un Land, la ley podrá disponer que no se informe al afectado y que el recurso jurisdiccional sea reemplazado por el control de órganos y de órganos auxiliares designados por los representantes del pueblo.

2. Primeras Leyes en materia de protección de Datos

a. En 1970 fue aprobada la primera ley de protección de datos Datenschutz, en el Land de Hesse, nótese que fue una ley local antes que la federal.

b. En 1977, el Parlamento Federal Alemán aprueba la Ley Federal Bundesdatenschutzgesetz. Estas leyes impiden la transmisión de cualquier dato personal sin la autorización de la persona interesada.³³⁸

³³⁶ El jefe de gobierno es el Canciller, el jefe de Estado el presidente de la República, son el Ejecutivo Federal, el legislativo El Bundesrat (Cámara Alta) el Bundestag (Cámara Baja), y La Corte Constitucional Federal (abreviado BverfG) el Judicial y cada entidad federativa igual

³³⁷ Piñar, en García Torres, p. 37

³³⁸ Sánchez, Pérez, Gabriel, y Rojas Gonzales, Isa, "Protección de datos en el mundo y la protección de datos biométricos", parte uno, *Revista Seguridad*, bimestral, número 31, UNAM, mayo-junio 2018, p 51

c. Ley del censo. Dentro de la doctrina y la jurisprudencia alemana, se formula el derecho a la *autodeterminación informativa* y la protección de datos personales, se consolida a través de la sentencia del tribunal Constitucional alemán del 15 de diciembre de 1983, en la cual se resuelve el recurso interpuesto contra la ley del Censo de Población, Profesiones, Viviendas y Centros de Trabajo de 1983, Ley del censo, aprobada por el Bundastag. Los primeros artículos de la ley citada el 4 de marzo de 1982.³³⁹

Los primeros artículos de la ley citada permitía la reunión de datos para la elaboración del censo demográfico y profesional como el centro empresarial. Esta información era obligatoria para mayores de edad y menores de edad que viviesen solos así como para directores de los establecimientos de tipo comunitario instituciones o similares, esta ley permitía a los poderes del Estado la obtención de datos personales de muy diversa naturaleza datos generales y de la vivienda así como situación profesional hasta información sensible como la pertenencia a una asociación religiosa y permitía la transmisión y divulgación de los datos recogidos.

A consecuencia de la aplicación de esta ley alemana se generó incertidumbre en la sociedad sintieron que el Estado pretendía controlar su personalidad mediante la utilización de informaciones por lo que hubo varios movimientos civiles y el equivalente a recursos de amparo a raíz de estos recursos el 13 de diciembre de 1983 se emite la sentencia emblemática dando su argumento fundamental en torno a los derechos de la personalidad contenidos en el artículo 2º relacionado con el párrafo primero, del artículo 1º de la Constitución alemana *donde se recoge el respeto y protección de la dignidad humana como piedra angular del texto constitucional a su protección se dirige el multicitado derecho general de la personalidad que fue la base para el reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa* y posteriormente se consolidó como un derecho fundamental por eso algunos consideran que se trata una ampliación del derecho general de la personalidad.

³³⁹ Cantoral, Domínguez, Carla, *Derecho de protección de datos en la Salud*, Editorial CONACYT Liber, Iuris Novum S. de R.L. de C. V. México 2012. Ob. Cit 69.

1990 el 20 de diciembre se publica una nueva ley que entra en vigor en 1991 el 1 de junio, abrogando la anterior.

Artículo 1 Proteger al individuo para que la utilización de los datos personales no comporte un atentado a su derecho a la personalidad.³⁴⁰

Protege solo derechos de personas físicas, solo ficheros automatizados, y muy flexible el uso de datos sin autorización, se aplica al sector público y al privado.

3. Ley Vigente

- a. *Federal.* El Parlamento alemán aprobó el 27 de abril de 2017, una nueva Ley Federal de Protección de Datos — Bundesdatenschutzgesetz, o “BDSG”— a través de la cual se adapta la normativa nacional a las nuevas obligaciones y régimen jurídico derivado del nuevo Reglamento General de Protección de Datos (“RGPD”).

En particular, y entre otros extremos, la nueva BDSG destaca por desarrollar algunas cuestiones más allá de lo específicamente establecido en el citado Reglamento:

Un régimen sancionador para aquellas conductas en el ámbito de la protección de datos de carácter personal que excedan del ámbito del Reglamento General de Protección de Datos, para las cuales se podrán imponer sanciones de *hasta un máximo de 50.000 euros*.

El reconocimiento amplio del derecho a ser compensado por el incumplimiento de las obligaciones recogidas por la normativa sobre protección de datos personales, de tal suerte que no sólo los propios interesados podrán interponer reclamaciones en este ámbito, sino que también las propias asociaciones tendrán reconocida legitimación activa para interponer acciones en interés de sus asociados.

El establecimiento de obligaciones específicas en el ámbito de la videovigilancia, de las relaciones laborales o de evaluación de perfiles.

³⁴⁰ Citado por Davara Rodríguez, *La protección de datos en Europa*, Madrid, Grupo Asnef Equifax, 998, p. 64.

Sin perjuicio de los esfuerzos de Alemania por adaptar la legislación alemana al Reglamento General de Protección de Datos provocará que se deban seguir teniendo en cuenta las particularidades nacionales en aquellos tratamientos de datos que puedan estar sometidos a la normativa alemana.³⁴¹

Cabe señalar que la mayoría de las disposiciones de la ley BDSG que pueden ir más allá del alcance del Reglamento GDPR tienen una relevancia práctica limitada ya que los tribunales y las autoridades alemanas no deben aplicar las disposiciones del BDSG si las consideran contrarias al derecho europeo. Cuando dichas disposiciones limiten los derechos sujetos a los datos, las empresas deberían considerar la posibilidad de que las disposiciones puedan ser revisadas por el Tribunal de Justicia de las comunidades europeas antes de adherirse a las disposiciones de la BDSG sobre los requisitos de la GDPR.

Las empresas deben ser conscientes de los siguientes nuevos requisitos clave bajo el BDSG y el GDPR son los siguientes:

- Situaciones específicas de procesamiento: para algunos casos concretos de procesamiento, como la protección de datos en el trabajo, la vigilancia por vídeo y la perfilación.

- Oficiales de protección de datos: las empresas que operan en Alemania deben designar un funcionario de protección de datos si emplean constantemente al menos 10 personas que se ocupan del tratamiento automatizado de los datos personales. O si procesan comercialmente los datos personales para fines de transferencia o transferencia anónima o para propósitos de investigación de mercado o de opinión.

- Video vigilancia: en principio, permite la videovigilancia de los espacios públicos accesibles. Los controladores deben tomar las medidas apropiadas para que la vigilancia y los nombres de los controladores y los datos de contacto se identifiquen lo antes posible.

³⁴¹ Urban, Daniel y Olesti, Cristina, *Publicado por Cuatrecasas / 16 de mayo de 2017, <https://blog.cuatrecasas.com/propiedad-intelectual/alemania-adapta-su-ley-de-proteccion-de-datos-al-rgpd/>*

4. Autoridad Garante

Comisionado Federal de Protección de Datos y Libertad de Información Alemania
Der Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit.³⁴²

Delegado Federal o Autoridad de tutela es elegido por el Bundestag a propuesta del gobierno por mayoría absoluta, para un periodo de cinco años, con garantía de independencia, vela por el respeto a la ley de las administraciones federales de oficio o a petición de parte y tiene acceso a todos los documentos que tengan relación con el tratamiento de datos automatizados de carácter personal. Da un informe anual al Bundestag.³⁴³

A nivel local en los Landers también existe una autoridad, igual se llaman Comisarios y velan por la ley local de protección de datos y una autoridad de tutela cuando los datos personales están siendo conculcados por una empresa privada, solo interviene a instancia de parte.

Y existe una tercera autoridad los funcionarios encargados de la seguridad de los datos, que actúan en las empresas privadas que están obligadas a nombrar a un encargado, cuando tengan un número mínimo de empleados y hagan tratamiento automatizado de datos, vela por el cumplimiento de la ley en la empresa, con fines claros de seguridad y cumplimiento de la ley.³⁴⁴

5. Sanciones

a. Sanciones administrativas. Recordemos y para un comparativo su primera ley estableció sanciones de carácter económico hasta doscientos cincuenta mil marcos – antes del euro- por daños y los intereses correspondientes. Y Sanción penal, con pena de prisión, siendo del responsable del tratamiento la carga de la prueba.³⁴⁵

³⁴² Página oficial de internet disponible en el vínculo siguiente (ingles), http://www.bfdi.bund.de/cln_136/EN/Home/homepage_node.html Contacto. Stefan Niederer stefan.niederer@bfdi.bund.de COMISIONADO Federal

³⁴³ Ibidem p. 66

³⁴⁴ Ídem.

³⁴⁵ Ibidem, p 67

En el capítulo 5, sección 43 estipula las sanciones administrativas.

En este artículo sí refiere que la conducta puede ser de manera intencional o negligente, dolosa o culposamente, la falta administrativa en el caso de que:

- a) No trate adecuadamente una solicitud de información
- b) No informar a un consumidor de manera correcta sus derechos y la protección de sus datos, o hacerlo de manera incorrecta, incompleta o demasiado tarde.
- c) Una falta administrativa puede ser castigada hasta con cincuenta mil euros. que al día de hoy haciendo la conversión son. aproximadamente, un millón 100 mil pesos.³⁴⁶
- d) Cabe resaltar que las autoridades y Organismos administrativos no están sujetos a multas administrativas.³⁴⁷

Las resoluciones se pueden recurrir en Tribunal Administrativo Federal en Leipzig.

Reglas generales para las sanciones administrativas en la ley vigente de 2017 *Sanciones*.

Riesgos elevados en caso de mala conducta: el GDPR estipula multas administrativas de hasta 20 millones de euros o el 4 por ciento de los ingresos globales, dependiendo de qué importe sea mayor. Las violaciones que sólo se refieren a la ley de requisitos BDSG se limitarán a una multa máxima de 50.000 EUR, pero este escenario será raro en la práctica y abarcará casos muy específicos solamente, como los derechos de información referidos a los préstamos de consumo. En todos los demás casos, se aplican las altas multas máximas estipuladas por el Reglamento.

Indemnización por sufrimiento personal: los sujetos de datos pueden reclamar reparación por *daños no pecuniarios*. Se trata de *una nueva responsabilidad*, que puede dar lugar a riesgos económicos sustanciales para las

³⁴⁶ Conversor euro pesos, 1.090,579956 (16/08/2019 23:08:12)
<https://www.expansion.com/ahorro/conversor-divisas/euro-pesomexicano>

³⁴⁷ Ídem y ley de infracciones administrativas.

empresas. No sólo los propios clientes, sino también las asociaciones pueden iniciar procedimientos judiciales. Se prevé que este nuevo mecanismo de recurso facilitará la afirmación de las reivindicaciones reales. La ley de aplicación alemana no reduce la exposición de los controladores a las reclamaciones civiles.

Carga de la prueba: las empresas tienen que demostrar que cumplen con las normas vigentes de protección de datos. La carga comprensiva de la prueba para los reguladores no es reducida por el BDSG.

Controles de cumplimiento agravados. La detección de delitos u otras infracciones del derecho sigue siendo admisible. No obstante, el empleador debe *observar requisitos estrictos*, especialmente en lo que respecta a la transparencia del tratamiento de los datos.

Documentación: Con el fin de defenderse de las demandas civiles de las multas regulatorias y de los sujetos de datos, las empresas necesitan ser capaces de documentar sus esfuerzos generales para lograr el cumplimiento de la GDPR y la BDSG. Además, deben adaptar sus sistemas de tic y su documentación respectiva de manera que les permita probar qué datos personales corresponden a los sujetos de datos específicos que procesan, así como para qué fines y por qué medios.³⁴⁸

b. Sanciones Penales.

En el capítulo V sección 42 de la misma Ley Federal de Protección de datos tipifica delitos.

De la lectura de las Sanciones penales en Alemania encontramos que:

Las acciones realizadas deliberadamente, sin autorización, de un gran número de personas que no son de acceso público.

1) Uso de datos Dolosamente

a) Traslata los datos a los que tiene acceso a un tercero

³⁴⁸ Autor: Williams, Enciclopedia del Derecho, Historia y las Ciencias Sociales Online. (2018, 04). Protección de Datos en Alemania leyderecho.org Retrieved 08, 2019, <https://leyderecho.org/proteccion-de-datos-en-alemania/>
<https://leyderecho.org/proteccion-de-datos-en-alemania/>

b) Que permita que accedan a los datos que trata.

Pero señala como pluralidad específica del sujeto pasivo, que sea de un gran número de personas y datos a los que no se tenga acceso público, eso es evidente.

La pena es de Prisión hasta por tres años o multa conforme al RGPD.

Llama la atención que la prisión tiene máximo y no señala mínimo, la multa económica pero en el tipo no estipula de quantum.

2) En la siguiente hipótesis tipifica *Delito de uso de datos personales con Fines Comerciales*.

a) Si procesan los datos sin autorización del titular

b) Adquirir los datos fraudulentamente.

c) Pero tiene que ser Usar los datos con fines comerciales, pero además a cambio de un pago, con la intención obtener un enriquecimiento para sí o para un tercero.

d) O para *dañar a alguien*

La pena es menor de hasta 2 años de prisión y multa, igual no establecen mínimos ni máximos.

Solo se persiguen por queja del interesado, del Contralor o del Comisionado Federal y la autoridad supervisora.³⁴⁹Me gusta que sea por querrela.

Además de estar tipificados ya, expresamente los delitos de protección de datos personales, como un aspecto general, porque no los vamos a analizar, no son tema de esta tesis, referimos, que también tipifican los llamados DELITOS INFORMATICOS, entendidos estos como actos ilícitos, en donde se tiene a las computadoras como instrumento o fin.³⁵⁰

³⁴⁹ Ver https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bdsch/englisch_bdsch.html

³⁵⁰ Téllez, Julio, ob cit, pg. 63

Este país sancionó en 1996 la Ley Contra la Criminalidad Económica, que contempla los siguientes delitos a) espionaje de datos, b) fraude informático, alteración de datos y sabotaje informático.³⁵¹

El derecho penal y derecho privado están codificados en el plano nacional en el Strafgesetzbuch y el Bürgerliches Gesetzbuch, respectivamente. El sistema penal se dirige hacia la rehabilitación del criminal, cuyo objetivo secundario es la protección del público en general, y para lograrlo el condenado penal puede ser puesto en prisión preventiva (Sicherheitsverwahrung), además de regular la pena si se le considera una amenaza para el público en general. El Völkerstrafgesetzbuch regula las consecuencias de los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra.³⁵²

6. Consecuencias-Impacto

La sociedad alemana es una sociedad moderna y abierta, donde la mayor parte de la población dispone de una buena formación, un nivel de vida elevado en términos comparativos y notables márgenes de autonomía individual. Pero a pesar de todo, la sociedad Alemana, de forma similar a otras grandes naciones industriales, se enfrenta al reto de resolver los problemas asociados a la evolución demográfica, en particular el envejecimiento de la población. Además, después de haber pasado veinte años desde la reunificación, las consecuencias sociales de la división alemana, tampoco se han superado.

La autoridad antimonopolios es diferente a la autoridad protectora de datos, pero en seguida comentamos este caso emblemático porque no obstante que lo están atacando desde el punto de vista económico, impacta en la protección de datos, e ilustra la pugna que están librando el llamado sistema europeo y el sistema de Estados Unidos en este tema.

La autoridad antimonopolio alemana considera que la red social facebook, abusa de su posición dominante en el mercado ha restringido la capacidad de la mayor red

³⁵¹ Ibidem, p 177

³⁵² <http://www.embajadadealemania.org/pages/gobierno/derecho.php#.XVNZA-hKiM8>

social del mundo para recopilar y utilizar datos de sus usuarios, recogidos en otras de sus plataformas como WhatsApp o Instagram o de otras páginas de Internet, por considerar que viola las normas de competencia.

Facebook ha explicado a través de un blog de su web que cooperan desde hace casi tres años con la oficina alemana, pero que: *no estamos de acuerdo con sus conclusiones y planeamos apelar la decisión para que la gente en Alemania pueda continuar beneficiándose plenamente de todos nuestros servicios.*

No se trata de una decisión final, ya que Facebook dispone ahora de un mes para recurrir ante el Tribunal Superior de Düsseldorf.³⁵³

Y otro ejemplo de cómo la tecnología impacta en nuestra vida diaria, y las consecuencias de vivir este Siglo en la Sociedad de la Información.

Los niños alemanes no pueden enviar cartas a Papá Noel por una nueva ley de la UE

Las autoridades del municipio de Roth en Baviera, Alemania, suspendieron un evento anual navideño en 2018 en que los niños cuelgan cartas, escritas a mano, con sus listas de deseos para Papá Noel en el árbol de Navidad en el centro de la ciudad, informó Die Welt. La ceremonia fue cancelada a causa de la nueva ley de protección de datos de la Unión Europea, el Reglamento General de Protección de Datos GDPR, que entró en vigor el 25 de mayo de ese año.

Los niños tienen que detallar tradicionalmente en sus cartas su nombre, edad y dirección para que Papá Noel sepa dónde entregar sus regalos. No obstante, en concordancia con el GDPR, las autoridades locales deben obtener un consentimiento por escrito de los padres de los 4.000 niños que participan habitualmente en el evento, dejando en claro que sus datos podrían compartirse

³⁵³ Carbajosa, Ana, publicada en el país correspondiente en Berlín, 17 de febrero 2019, <https://elpais.com/tecnologia/2019/02/07/actualidad>

con terceros. tendrán que buscar soluciones para conectar a los niños y Papá Noel, pero sin la típica misiva³⁵⁴

B. Francia

1. Constitución³⁵⁵

La Constitución francesa de 1958 de la V República, no contiene un apartado de derechos fundamentales del individuo, ésta se concreta solo a regular la estructura y organización gubernamental del Estado. La garantía de los derechos humanos actuales se ve protegida por el preámbulo de la Constitución, al referir que: *el pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946.*

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, por datar del siglo XVIII, actualmente carece de la gran parte de los derechos fundamentales concebidos para la sociedad de hoy en día, por ello, la lista de derechos se ve corregida en 1946. Esta ampliación de derechos, al catálogo, omite el derecho a la privacidad o a la protección de datos personales, pese a ser Francia uno de los países pioneros en la materia.

Es así como, ni la Constitución, ni la Declaración, o el preámbulo Constitucional de 1946, contienen mención alguna del derecho a la autodeterminación informativa. No

³⁵⁴ Publicado en RT, noticias, el 26 de noviembre de 2018, <https://actualidad.rt.com/actualidad/296905-ninos-alemanes-enviar-lista-deseos-papa-noel-ley-comunitaria>

³⁵⁵ La Constitución francesa de 1958, de 4 de octubre, es el texto fundador de la V República, el sistema político vigente desde su entrada en vigor. Fue adoptada por referéndum el 28 de septiembre de 1958 y es el decimoquinto texto fundamental (o el vigésimo segundo si se cuentan los textos que no se aplicaron) de Francia desde la Revolución francesa.

La Constitución es la norma suprema del sistema jurídico francés y organiza a las autoridades, define su papel y sus relaciones. Se modificó en diecinueve ocasiones desde su publicación, bien por el Parlamento reunido en Congreso o directamente por el pueblo a través de referéndum: las normas relativas a la revisión de la Constitución están previstas por la propia Constitución.

Sirvent, Consuelo, *Sistemas Jurídicos contemporáneos*, México, editorial Porrúa, p. 22

obstante ello, los derechos fundamentales de los ciudadanos se encuentran protegidos por la adhesión de Francia a los tratados y convenios internacionales, como es el caso de los contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los Convenios Europeos en materia de Derechos Humanos.

Antecedente. En 1970 el Instituto Nacional de Estadística emprendió un proyecto de monitoreo ciudadano, denominado SAFARI (*Système Automatisé pour les Fichiers Administratifs et le Répertoire des Individus*). Lo que pretendía, era la asignación de un número único a cada persona, para ser identificada en cada una de sus relaciones con la administración pública. Sin embargo, la reacción de fuerte protesta general y la controversia popular que se generó a raíz de la pretensión de implantar dicho proyecto, hicieron que finalmente se optara, por parte del gobierno francés en 1974, por la creación de una comisión especializada; ésta sería responsable de estudiar el avance tecnológico y la protección del respeto de las libertades personales.

2. Primera Legislación

- a. Ley sobre Tecnología de la Información y Libertades Civiles francesa de 1978.

La ley relativa a la informática, los ficheros y las libertades (*loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*) es producto de la polémica originada en torno al proyecto SAFARI, y nace el 6 de enero de 1978 la Ley "Informática y Libertades". Se compone de 72 artículos, divididos en 13 títulos, fue un instrumento que parece ser muy moderno comparado con los demás Estados miembros de la Unión Europea, antes de que se emitiera La Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, inclusive se dice que se inspiró en gran medida en esta ley. Cabe resaltar que esta primera ley, no exigía la autorización del titular para tratar sus datos., característica que la distingue de otras leyes.³⁵⁶ Y se aplica a ficheros tanto de titularidad pública como privada.

³⁵⁶ Davara, *Protección de datos en Europa*, p. 136

b. Posteriormente se dio la Ley No. 2004-801 del 6 de agosto de 2002 ley de protección de datos de carácter personal para adaptarla a la normativa 95/46 de la CEE.

Con esta ley es que las empresas detentoras de datos tienen la obligación de informar previamente a los individuos de sus derechos de oponerse a que sus datos sean registrados o intercambiados con otras empresas, normalmente la gente no se opone, pero sabe que si lo desea puede hacerlo.

Modifica profundamente el *control a posteriori*, especialmente a través de la instrucción de las quejas, las inspecciones y algo totalmente nuevo, el ejercicio de la potestad sancionadora.

Esta ley cambia lo que debe entenderse por dato personal, lo amplía, porque la anterior se refería a la información nominativa.

La reforma de 2004 a dicha ley tomo en cuenta que los empleadores utilicen técnicas biométricas de identificación de los trabajadores, limitando su almacenamiento de datos sin justificación.³⁵⁷

3. Ley Vigente

En el año 2018 el 20 de junio³⁵⁸ se publicó la Ley de Protección de Datos que transpone a derecho nacional el *Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)*. Este texto pretende así adaptar al nuevo marco europeo la Ley sobre Tecnología de la Información y Libertades Civiles francesa de 1978.

Entre las novedades que contiene, destacan las siguientes:

Se termina el sistema de notificación y autorización previa por parte de la Autoridad Nacional de Protección de Datos (CNIL) ahora el enfoque es un control *a posteriori* a través de auditorías, dejando el control formalista *a priori* que existía para algunos casos específicos y, en particular, para las autorizaciones y el procesamiento de ciertos datos confidenciales, como en el

³⁵⁷ Ovilla Roció, ob cit., p. 20

³⁵⁸ <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2018/6/20/jusc1732261/lo/texte>

caso de datos biométricos necesarios para fines de identificación o control de identidad de personas físicas.

Por otro lado, el *procesamiento transnacional* de datos cambiará considerablemente las competencias de la CNIL. En este sentido, en el caso de una violación de datos de carácter transnacional de un organismo ubicado en Francia, la Autoridad propondrá las decisiones de cumplimiento a seguir o la sanción a imponer al órgano infractor. Al mismo tiempo, las empresas deberán garantizar la protección de los datos que detienen y notificar cualquier violación sin demoras indebidas. *De esta forma, se refuerza la protección de datos personales y se aumentan las sanciones.*

-Se facilitan las *acciones colectivas* de reclamación de daños *pudiendo reclamarse tanto daños materiales como morales*. Sin embargo, no hay cambios con respecto a la legitimación para presentar estas acciones colectivas, cuyo ejercicio seguirá estando limitado a asociaciones o sindicatos, sin posibilidad de presentar una demanda como particular con representación de abogado.

Se establece la denominada mayoría numérica, *la edad de consentimiento para conectarse a redes sociales*, a la edad de 15 años. Aquellos menores con una edad comprendida entre los 13 y los 15 años necesitarán, además, el consentimiento de sus progenitores o tutores a la hora de abrir una cuenta en la plataforma de una red social. Esta novedad abole el sistema anterior que permitía a las plataformas de internet decidir la edad a partir de la cual los menores estaban facultados para prestar su consentimiento.

La Ley aborda también cuestiones referentes *al derecho al olvido* y la *portabilidad de datos*, obligando a las empresas detentoras de datos a proteger estos e informar a las autoridades nacionales en caso de robo, pérdida o divulgación de los mismos, y contempla disposiciones relativas al acceso, modificación y cancelación de datos en el marco de procedimientos penales.

4. Autoridad Garante

La Autoridad Nacional de Protección de Datos CNIL es La Comisión Nacional de Informática y Libertades (*Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés*)³⁵⁹ es el órgano oficial de aplicar la ley francesa de protección de datos de carácter personal instituido desde la ley de 1978, reformada en el 2004, y creada por esa primera ley y con la nueva ley de 2018, continuo con más funciones pero la misma estructura.

Se trata de un órgano único con competencia nacional que consiguió en su creación ser la primera de las llamadas *autoridades administrativas independientes*, una nueva categoría de ente de derecho público.

Es una institución del Estado, pero que no está sometida a la autoridad jerárquica de ningún ministro.

Es un órgano colegiado que se compone de *17 comisarios*: 2 diputados, 2 Senadores, 2 miembros del Consejo de Economía y Social, 6 representantes de alta jurisdicción, 2 Consejeros de Estado, 2 de la Corte de Casación y 2 de la Corte de Cuentas, y 5 personas calificadas 1 por el Presidente de la Asamblea Nacional, 1 por el Presidente del Senado y 3 por el Consejo de ministros.³⁶⁰

Francia sigue un diseño institucional que cuenta con dos autoridades, la Comisión de Acceso a Documentos Administrativos CADA, a cargo de la apertura informativa, y la Comisión Nacional de Libertades Informáticas CNIL, que vela por la protección de datos personales en posesión tanto del sector público como privado. Las ventajas de este modelo dual de autoridades en materia de acceso a documentos administrativos y protección de datos personales radican en que ambas son autoridades con autonomía técnica y de gestión y con personalidad jurídica y patrimonio propio.

Asimismo, son órganos colegiados cuya designación de sus miembros involucra tanto al sector público como privado. *La desventaja de este modelo reside en que*

³⁵⁹ Página oficial de internet disponible en el vínculo siguiente (ingles), <http://www.cnil.fr/english/> Contacto. Marie Leroux (mleroux@cnil.fr) VI. C Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés
21, rue Saint-Guillaume 75340 Paris cedex 07

³⁶⁰ Guzmán García, María de los Ángeles, *El derecho fundamental a la protección de datos personales en México: Análisis desde la influencia del ordenamiento jurídico español*, Madrid, Facultad Complutense de Madrid, 2013, pp. 135-140

al existir autoridades distintas para acceso a la información y para la protección de datos personales, no existe una unicidad de criterio en aquellos casos de colisión de estos derechos. A menudo, estas dos autoridades entran en conflicto con respecto a los criterios que fijan, teniendo como resultado una limitación en el grado de efectividad de sus resoluciones, que redundan en una falta de seguridad y certeza jurídicas en los sujetos regulados y en el propio ciudadano titular de los datos personales. Como ejemplo se puede citar que en el caso francés, se ha presentado una disparidad de criterios en torno al otorgamiento de subsidios, por la cual, la CADA considera que el nombre de las personas que reciben recursos públicos es información pública, mientras que la CNIL lo considera como información confidencial³⁶¹

En otras palabras, Se encarga de que la gente conozca sus derechos de protección de datos y que se cumpla la ley.

Es una autoridad administrativa independiente, integrada por 17 miembros, duran 5 años en su encargo y forma parte de la Comisión un delegado del Gobierno, designado por el primer ministro.³⁶²

Cualquier persona afectada puede acudir ante la CNIL, para que tutele sus derechos. La Comisión rinde un informe anual al presidente de la República y al Parlamento.

³⁶¹ Ornelas, Lina, Dirección de clasificación de datos, INAI, México 2010, p 7, presentación La Antigua Guatemala, http://www.redipd.es/actividades/Seminario_2011_LaAntigua/common/ponencias/LinaOrnelasNunezModelos_de_autoridades_de_proteccion_de_datos_La_Antigua.pdf. Recordemos que era funcionaria en el INAI en 2003-2006 cuando se cabildeo el primer proyecto de Ley en nuestro país que se proponía un Instituto de Protección de Datos Independiente.

³⁶² Davara, ob cit., p. 138

6. Sanciones

a. Administrativas

Con las reformas de 2018 las funciones de la CNIL se fortalecieron y expandieron en cuanto a la Sanción administrativa *con un poder sancionador mejorado*

El límite máximo de las sanciones de la CNIL *puede ser de € 150.000 a 3 millones* € establecido antes del aumento del límite de la cantidad de sanciones por el Reglamento de la UE de aplicación a partir del 25 de mayo de 2018 que prevé un máximo de hasta 20 millones o, en el caso de una empresa, el 4% de la facturación global.

La capacitación limitada de la CNIL ahora puede ordenar que las organizaciones sancionadas informen individualmente de esta sanción y, a sus expensas, a cada una de las personas involucradas.

También puede imponer sanciones financieras sin previo aviso de los organismos.³⁶³

b. Penales

b.1-En enero de 1988, se expidió la Ley sobre Fraude Informático, la cual prevé penas de dos meses a dos años de prisión y multas de *10 mil a 100 mil francos por la Intromisión fraudulenta que suprima o modifique datos.*

En su artículo 462-4 también incluye en su tipo penal una conducta intencional a sabiendas de vulnerar los derechos de terceros de forma directa o indirecta haya introducido datos en un sistema de procesamiento automatizado, o haya suprimido o modificado los datos que este contiene, o sus modos de procesamiento o de transmisión.

³⁶³ Ver página oficial CNIL, <https://www.cnil.fr/fr/reglement-europeen-protection-donnees/chapitre4>

Y el tipo doloso, el mero acceso a los datos agravando la pena cuando resultare la modificación o supresión de datos contenidos en el sistema o bien en la alteración del funcionamiento de este Sabotaje.

Y el artículo 462-2 de la misma ley sanciona tanto el acceso al sistema como el que se mantenga en él y aumenta la pena si de este acceso resulta la supresión o modificación de datos contenidos en él o resulta la alteración del funcionamiento del sistema.³⁶⁴

Pero con la nueva normativa en el marco del Reglamento Europeo, encontramos, reformas importantes en nuestra materia, a continuación se comentan los artículos del Código Penal que tipifican delitos en materia de protección de datos personales.

b.2 Francia en la Ley reformada en los Artículos 40 y 41 del Capítulo VI denominado Disposiciones Penales de la Ley N ° 78-17 de 6 de enero de 1978, enmendada.

En el artículo 40, remite a la sección 5ª. del Código Penal de Francia para los delitos que protegen los datos personales.

Y el artículo 41 estipula que el Comisionado Federal de protección de datos puede querellarse y que puede ser citado ante los Juzgado para que presente sus observaciones o las desarrolle oralmente en la audiencia.³⁶⁵

El Código Penal Sección 5 - Abuso de derechos humanos como resultado de archivos de computadora o tratamientos.

Muy ejemplificativo su título de todo lo que hemos venido desarrollando, abuso de derechos humanos, o sea de los datos personales como derecho fundamental, por el uso de computadoras.

Art. 226-16

³⁶⁴ Téllez Julio, ob. Cit. p 178

³⁶⁵ Ley reformada, <https://www.cnil.fr/fr/la-loi-informatique-et-libertes#article20>

El hecho, incluso por negligencia, de proceder con o haber procesado datos personales sin haber cumplido con las formalidades requeridas para su implementación previstas por la ley, se castiga con cinco años de prisión y 300000 euros³⁶⁶

Los hechos, pueden *realizarlos dolosa o culposamente*, usar datos o procesarlos sin haber recabado la autorización del titular o sin seguir los principios, o sin las medidas de seguridad y castigan con prisión de 5 años no ha lugar a la determinación de la culpabilidad entre una mínima y una máxima y la sanción económica igual fija la cantidad concreta.

Las mismas sanciones se aplicarán a los actos negligentes o al procedimiento de tratamiento que haya sido objeto de una de las medidas previstas en el 3 ° de III del artículo 20 de la Ley no. 78-17 del 6 de enero de 1978 sobre computadoras, archivos y libertades. (Se refiere al secreto profesional.)

Art. 226-16-1

El hecho, excepto cuando el procesamiento se autorizó en las condiciones previstas por la Ley N ° 78-17 de 6 de enero de 1978 mencionada anteriormente, para llevar a cabo o haber procesado datos personales, incluidos los datos en los que El número de registro de personas en el directorio nacional de identificación de personas físicas se castiga con cinco años de prisión y una multa de 300,000 euros. Este precepto igual tipifica se traten datos sin autorización, la misma pena.

Art. 226-17

El procesamiento o procesamiento de datos personales sin implementar las medidas prescritas en los artículos 24, 25, 30 y 32 del mencionado Reglamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016

³⁶⁶ Conversión actual aproximadamente 6 millones y medio de pesos mexicanos.6.543.480,000000 (16/08/2019 23:08:12)
<https://www.expansion.com/ahorro/conversor-divisas/euro-pesomexicano>

El artículo 4 y los artículos 99 a 101 de la mencionada Ley núm. 78-17, de 6 de enero de 1978, se castigarán con cinco años de prisión y una multa de 300.000 euros.

Delito por tratar los datos sin tomar medidas de Responsabilidad el controlador debe aplicar las medidas técnicas y organizativas apropiadas. Registro de actividades, Seguridad del Tratamiento, no señala si esta conducta puede ser dolosa y culposa, por lo que inferimos que solo puede presentarse de manera dolosa, y la misma 5 años de prisión fija, no entre mínimos y máximos y multa de 300000 euros.

Art. 226-17-1

El hecho de que un proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas o un controlador *no proceda a la notificación de una violación de datos personales a la Comisión Nacional de Informática y Libertades ni a la persona interesada*, se sancionará el incumplimiento de los artículos 33 y 34 del Reglamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016 o de las disposiciones del artículo 83 II y del artículo 102 de la Ley 78-17 de 6 de enero de 1978 cinco años de prisión y una multa de € 300,000.

En este delito establecen la misma punibilidad de prisión y multa por omitir notificar la violación de los datos personales; yo considero que el solo hecho de notificar solo debiera ser falta administrativa y si resultare un perjuicio, entonces sí delito.

Art. 226-18

La recopilación de datos personales por medios fraudulentos, deshonestos o ilegales se castiga con cinco años de prisión y una multa de 300000 euros.

Conducta de hacer, obtener datos de forma ilegal o engañando o aprovechando el error del titular, de manera dolosa, se castiga, con la misma pena de todas las anteriores conductas, con prisión y multa.

Art. 226-18-1

El procesamiento de datos personales sobre una persona física a pesar de la oposición de esa persona, cuando el procesamiento es con fines de prospección, en particular comerciales, o cuando dicha oposición se basa en motivos legítimos, se castiga cinco años de prisión y una multa de 300000 euros.

En esta conducta de acción procesar datos a pesar de la Oposición del titular, la cual debe ser de manera fehaciente y que hay registro de esta seguramente, pero implica la cultura de la protección de mis datos, y el legislador francés estipula la misma pena los mismos años y la misma multa.

Art. 226-19

El hecho, excepto en los casos previstos por la ley, de guardar o guardar en la memoria de la computadora, *sin el consentimiento expreso de la persona interesada, datos personales que, directa o indirectamente, revelan orígenes raciales o étnicos, opiniones la afiliación política, filosófica o religiosa, o la afiliación sindical de personas, o en relación con su salud u orientación sexuales o identidad de género*, se castiga con cinco años de prisión y 300,000 euros de multa.

Es punible con las mismas penas, excepto en los casos previstos por la ley, poner o guardar en la memoria los datos informáticos de los datos personales relacionados con delitos, condenas o medidas de seguridad.

Las disposiciones de este artículo son aplicables al procesamiento no automatizado de datos personales cuya implementación no se limita al ejercicio de actividades exclusivamente personales.

Se castiga con la misma pena de prisión y económica, el hecho de guardar en su computadora el que trata datos sensibles, sin autorización expresa del titular o datos relacionados con información de condenas o medidas de seguridad. Y que se guarde tanto en procesamiento automatizado como manual.

Art. 226-19-1

En caso de procesamiento de datos personales con fines de investigación en el campo de la salud, se sanciona con cinco años de prisión y una multa de 300 000 euros para realizar un tratamiento:

1 ° Sin informar primero individualmente a las personas en cuyo nombre se recopilan o transmiten los datos personales su derecho

2 ° A pesar de la oposición de la persona interesada o, cuando así lo disponga la ley, sin el consentimiento informado y expreso de la persona, o en el caso de una persona fallecida, a pesar de la negativa expresado por él durante su vida.

Se tipifica como delito utilizar datos personales con fines de investigación de salud, sin informar sus derechos al titular o sin el consentimiento de este, o de una persona fallecida que se haya negado con la misma pena de prisión y multa.

Art. 226-20

La retención de datos personales más allá de la duración prevista por la ley o reglamento, por la solicitud de autorización u opinión, o por la declaración previa dirigida a la Comisión Nacional de Informática y Tecnología de la Información libertades, se castiga con cinco años de prisión y una multa de € 300,000, a menos que *dicha retención se realice con fines históricos, estadísticos o científicos en las condiciones previstas por la ley.*

Es punible con las mismas sanciones, excepto en los casos previstos por la ley, para tratar con fines no históricos, estadísticos o científicos los datos personales almacenados más allá del período mencionado en el primer párrafo

Se castiga con la misma pena retener los datos más allá de la duración prevista por la ley lo necesario y lo legal, como excluyente es que se guarden por cuestiones fines históricos, estadísticos o científicos.

Art. 226-21

El hecho de que cualquier persona que tenga datos personales al registrarse, archivar, transmitir o cualquier otra forma de procesamiento, desvíe dicha información de su propósito tal como lo define la disposición legislativa, La ley reguladora o la decisión de la Comisión Nacional de Informática y Libertades que autoriza el procesamiento automatizado, o mediante declaraciones previas a la

implementación de este tratamiento, se castiga con cinco años de prisión y 300000 euros bien.

Delito es desviar la información que se tiene para el propósito que fue adquirida.

Este tipo penal encuadra todo lo que hacen las empresas privadas que adquieren tus datos para ofrecerte bienes o servicio y la mismísima sanción de 5 años de prisión y multa.

Art. 226-22 delito doloso o culposo y de querrela y atenuado

El hecho, por cualquier persona que haya recopilado, con motivo de su registro, archivo, transmisión u otra forma de procesamiento, datos personales cuya divulgación tendría el efecto de socavar la cuenta de la persona en cuestión o la *privacidad de su vida privada*, para llevar dichos datos a la atención *de un tercero que no tiene derecho a recibirlos sin la autorización de la persona en cuestión será castigado con cinco años de prisión y una multa de 300000 euros.*

La divulgación prevista en el párrafo anterior se castiga *con tres años de prisión y una multa de 100000 euros* cuando se cometió por imprudencia o negligencia.

En los casos previstos en los dos párrafos anteriores, el enjuiciamiento solo puede interponerse ante la denuncia de la víctima, su representante legal o sus sucesores en el título.

En los delitos culposos, si decidió el legislador atenuar la prisión a tres años y multa de 1000 euros.

Art. 226-22-1

Proceder o hacer arreglos para la transferencia de datos personales que se procesan o se deben procesar a un Estado que no pertenece a la Unión Europea o a una organización internacional en violación del Capítulo V del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, sobre la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de dichos datos, y derogación La Directiva 95/46 / CE, o los

artículos 112 a 114 de la mencionada Ley Núm. 78-17 de 6 de enero de 1978, se castiga con cinco años de prisión y una multa de 300000 euros.

Modificar la información de datos personales, para transferir a un país que no pertenezca a la Unión Europea o a los OI, o países que cuenten con la certificación de seguridad se castiga con cinco años de prisión y una multa de 300000 euros. Sólo de manera dolosa se realiza y se es culpable.

Art. 226-22-2

Se sanciona con un año de prisión y una multa de 15 000 €³⁶⁷ que obstaculiza la acción de la Comisión Nacional de Informática y Libertades no permitiendo las visitas, u ocultar documentos e información, o dar información que no se ajuste a los registros. Solamente de manera dolosa y es de oficio.

1 ° Al oponerse al ejercicio de las tareas encomendadas a sus miembros o agentes autorizados de conformidad con el último párrafo del artículo 10 de la Ley N ° 78-17 de 6 de enero de 1978 cuando se autorizó la visita por el juez;

2 ° Al negarse a comunicarse con sus miembros o agentes autorizados de conformidad con el último párrafo del artículo 10 de la misma ley, o con los agentes de una autoridad supervisora de un Estado miembro de la Unión Europea en aplicación de El artículo 62 del mencionado Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, la información y los documentos útiles para su misión, o al ocultar estos documentos o información, o al hacerlos desaparecer;

3 ° Al comunicar información que no se ajusta al contenido de los registros tal como estaba en el momento en que se realizó la solicitud o que no presenta este contenido de forma directamente accesible.

Art. 226-23

En los casos previstos en los artículos 226-16 a 226-22-2, se puede ordenar la eliminación de la totalidad o parte de los datos personales sujetos al procesamiento

³⁶⁷ 300 mil pesos mexicanos aproximadamente al tipo de cambio hoy

que dio lugar al delito. Los miembros y agentes de la Comisión Nacional de Informática y Libertades están autorizados a tomar nota de la eliminación de estos datos.

Art. 226-24 Consecuencias para las personas jurídicas

Las personas jurídicas responsables penalmente, en las condiciones establecidas en el artículo 221-2, por los delitos definidos en esta sección incurrirán, además de la multa en la forma prevista en el artículo 131-38, las sanciones previstas en el artículo 131-39.

La prohibición mencionada en el 2 ° del artículo 131-39 se refiere a la actividad en el ejercicio o con ocasión del ejercicio del cual se cometió el delito.³⁶⁸

La multa máxima aplicable a las personas jurídicas es igual a cinco veces la prescrita para las personas físicas por la ley que castiga el delito.

En el caso de un delito por el que no se aplica una multa a las personas físicas, la multa en que incurran las personas jurídicas es de 1.000.000 de euros.

Multas a personas jurídicas después de las reformas de 2018, para adecuarlo al RGPD

Con el RGPD (Reglamento General de Protección de Datos), el monto de las sanciones pecuniarias puede ser de hasta 20 millones de euros o, en el caso de una empresa, hasta el 4% de la facturación anual global. Estas sanciones pueden hacerse públicas como ya se ha mencionado.

Cuando se señalan infracciones del RGPD o de la ley, podrán ser las sanciones pronunciadas por la CNIL³⁶⁹ las siguientes:

- Pronunciar una llamada al orden;

³⁶⁸ Código Penal Frances, <https://www.cnil.fr/fr/reglement-europeen-protection-donnees/chapitre4>

³⁶⁹ <https://www.cnil.fr/fr/la-protection-des-donnees-dans-le-monde>

- Esforzarse por cumplir el tratamiento, incluso bajo pena;
- Limitar temporal o permanentemente un tratamiento;
- Suspender flujos de datos
- Orden para satisfacer las solicitudes para el ejercicio de los derechos de las personas, incluso bajo pena;
- Para pronunciar una multa administrativa.

6. Consecuencias-Impacto

El 21 de enero de 2019, Francia multa a Google con *50 millones de euros* por falta de transparencia, información incorrecta y ausencia de consentimiento válido en la publicidad personalizada", anunció la Comisión Nacional de Informática y Libertades CNIL, es la primera instancia europea de regulación que sanciona a una plataforma mundial de Internet sobre la base del nuevo reglamento europeo de protección de datos RGPD La decisión de imponer una multa tan alta se debe, *a la gravedad de las violaciones observadas en los principios de la protección de datos: transparencia, información y consentimiento.*

Estudió el caso a *petición* de dos organizaciones: la austriaca None Of Your Business, que presentó una denuncia contra Android, el sistema operativo de Google, y La Quadrature du Net una asociación francesa presento ante el organismo 12.000 firmas en apoyo a sus demandas contra las empresas Google, Apple, Facebook, Amazon y Microsoft.

Competencia Jurisdiccional, por el RGPD, prevé que la investigación de un caso quede en manos del organismo protector de datos del país donde la empresa demandada tenga su *"centro de actividades"*, la CNIL delegó a las autoridades irlandesas las demandas contra Apple, Facebook y Microsoft; y en los luxemburgueses el de Amazon, ya que es allí donde el gigante estadounidense centra sus actividades en el seno de la Unión Europea, Sin embargo, *en el caso de Google, la CNIL* decidió actuar al considerar que, si bien su sede europea está en

Irlanda, “no se considera que Google dispusiera de una institución principal en la UE”, lo que le permitía actuar, señala el organismo.

Según la CNIL, las irregularidades detectadas, dejan a los usuarios sin sus garantías esenciales, ya que practica operaciones que pueden revelar importantes partes de la vida privada. No negamos que Google informe” al usuario que abre una cuenta sobre lo que se hará con sus datos, dijo el director de protección de datos y de sanciones de la CNIL, *Mathias Moulin*. “Pero la información no es fácilmente accesible, está diseminada en diferentes documentos” que el internauta no acaba consultando nunca. “A veces hay que hacer hasta cinco clics para acceder a una información”, como muestra de esa falta de información “clara y comprensible” que se reclama a Google. *El usuario no conoce el "alcance real" de las operaciones que permiten personalizar los anuncios, según el organismo sancionador.*

Google dijo que analizará la decisión para determinar cuáles serán sus "siguientes pasos" y defendió su compromiso para alcanzar los "altos estándares de transparencia y control" que los usuarios esperan de la empresa. Estamos muy comprometidos con alcanzar estas expectativas y los requisitos de consentimiento del RGPD”, aseguró la multinacional.³⁷⁰

Este caso nos permite observar que cada vez se está regulando más internet y la protección de dato y que están acotando y multando a las grandes empresas, para que pongan atención en como procesan nuestros datos.

Francia es de los países más comprometidos una declaración de su Primer ministro Manuel Valls: La “República digital en hechos”, voluntad del Gobierno, ha de promover nuestros valores, nuestra economía y ha de proteger a los ciudadanos. Trabajar para la seguridad digital, es favorecer el desarrollo de un ciberespacio yacimiento de crecimiento y lugar de oportunidades para las empresas francesas;

³⁷⁰ Ayuso, Silvia, París 21 Ene 2019 - 22:54 CET, el país, sección economía, https://elpais.com/economia/2019/01/21/actualidad/1548088756_370588.html

es afirmar nuestros valores democráticos; es por fin preservar la vida digital y los datos personales de los franceses.³⁷¹

En Francia ya es tema la protección de datos para las autoridades y para el ciudadano de a pie, en nuestro país México, aún no es tema de discurso y menos conciencia en lo cotidiano, pero nos llevan un cuarto de siglo en lo legislado y en lo ejecutado.

C. Italia³⁷²

1. Marco Constitucional

En 1947 se adoptó una Constitución Republicana que entró en vigor el año siguiente y que ha mantenido su vigencia hasta nuestros días. Como reacción frente al periodo fascista, donde el Ejecutivo desempeñó el papel protagónico, la nueva Constitución dio al Parlamento un rol preponderante. Bajo el imperio de la nueva Constitución, el Poder Judicial obtuvo su independencia. El Ejecutivo, por su parte, conservó para sí solamente un rol limitado. La implementación de la Constitución de 1948 fue muy lenta: el Consejo de Estado fue establecido en 1953, la Corte Constitucional en 1956, el Consejo Superior de la Magistratura en 1958, las regiones en 1970. · El Ejecutivo fue extremadamente inestable, el promedio de duración de los gobiernos fue de un año. El Parlamento promulgó una gran cantidad de

³⁷¹ Ver su documento la República Digital en hechos. https://www.ssi.gouv.fr/uploads/2015/10/strategie_nationale_securite_numerique_es.pdf

³⁷² En Italia, como en cualquier democracia moderna, el sistema político se fundamenta en la separación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Las fuentes del Derecho en Italia son promulgadas en general por el poder legislativo y aplicadas por el poder ejecutivo. El poder judicial interviene en casos de infracción de las mismas.

Por orden jerárquico, en Italia las fuentes del Derecho son las siguientes: La Constitución. Las leyes (códigos y otras leyes del Parlamento, leyes regionales. Los reglamentos. La costumbre. La Constitución es la fuente principal del Derecho, la vigente data de 1948

legislación, la cual, en su momento, produjo regulación excesiva y una cierta rigidez en la economía.

La Carta Constitucional italiana no preveía el derecho a la protección de datos personales, incluso si las interpretaciones adecuadas han encontrado referencias en los artículos 14, 15 y 21, respectivamente, sobre el domicilio, la libertad y el secreto de la correspondencia y la libertad de expresión de pensamiento. La primera y más importante referencia está en el Artículo 2 de la Constitución, donde se incorpora la privacidad entre los derechos inviolables del hombre. Italia llegó como penúltimo país en Europa para aprobar una ley para la protección de la privacidad de aplicación general.

Como comentario al margen Los tribunales civiles y penales se encuentran estructurados en cuatro niveles. Los niveles de los civiles son: pretura, tribunale, corte d'appello, y Corte de Cassazione Civile. En el caso de los penales: pretura, tribunale y corte d'assise, corte d'assise d'appello, y Corte di Cassazione Penale.

Italia pertenece a la Unión Europea por lo que también son actualmente regulados por las directivas y reglas de la Unión Europea.

2. Primera Ley

a. En 1975, con el caso Soraya, la Corte Suprema cambió su orientación al reconocer formalmente la existencia del derecho a la privacidad en el sistema legal, que consiste en la protección de situaciones y eventos estrictamente personales y familiares que, incluso si ocurrieron fuera del hogar, no tienen un interés socialmente apreciable para terceros. Esta afirmación se ha convertido en fundamental para el equilibrio entre la confidencialidad y el derecho de informar, ya que la línea divisoria entre la privacidad y el derecho a la información de terceros está dada hoy por la popularidad del tema, al tiempo que especifica que incluso los sujetos famosos conservan este derecho. Aunque limitado a hechos que no tienen nada que ver con razones de su popularidad.

En 1975, Cassazione tomó una posición firme y directa con respecto al derecho a la privacidad. Después de haber negado durante mucho tiempo la admisibilidad de una protección autónoma del respeto de la vida privada, conforme a una copiosa jurisprudencia de mérito, llega a la afirmación de que el orden jurídico reconoce y protege los intereses de cada uno de ellos. no se revelan hechos o eventos de naturaleza confidencial sin el consentimiento de uno. Establece que la divulgación de imágenes o eventos que no son directamente relevantes para la opinión pública constituye una violación de la privacidad, incluso cuando dicha divulgación se realiza por medios legales y para fines que no son exclusivamente especulativos. Así, leemos en la pronunciación, sobre una de las controversias establecidas por Soraya Esfandiari contra algunos periódicos que habían publicado fotografías que mostraban a la exemperatriz en actitudes íntimas con un hombre, en las paredes de su casa.³⁷³

b. Ley 675 del año 1996 y el Código de Protección de Datos de carácter personal, Decreto Legislativo núm. 196/2003, de 30 de junio personales llamado Código de Privacidad, que establece el derecho a no ver sus datos procesados sin consentimiento, sino también la adopción de precauciones técnicas y organizativas que todos deben cumplir para proceder correctamente con el procesamiento de los datos de otros.

Entro en vigor en 1997, 8 de enero se publicó la primera ley Italiana de protección de datos Ley 675/96 y en esa época establecía como sanción 6 millones de liras.

Y señalaba que con base a los principios de incriminación de conductas dolosas, por parte del titular de los ficheros establece penas de privación de libertad para aquellas acciones que tipifique como constitutivas de delito.³⁷⁴

³⁷³ Ver resolución Cass.27 de mayo de 1975 n.2129, http://www.jus.unitn.it/users/pascuzzi/varie/sem-inf99/Cass_1975.htm

³⁷⁴ Davara, *Protección de datos en Europa*, ob cit., p. 165

3. Ley Vigente

a. CODIGO EN MATERIA DE PROTECCION DE DATOS PERSONALES DE 2003.

En un solo ordenamiento incluyeron todas las disposiciones relativas a la protección de datos personales.

b. Adaptación del Código al GDPR en 2018

El decreto que adapta el Código a la legislación europea modifica parcialmente el texto. En particular, prevé un período de aproximadamente 8 meses, durante el cual la Autoridad de Supervisión adoptará precauciones especiales en la aplicación de sanciones, teniendo en cuenta que se trata de una nueva regulación y con sanciones particularmente altas.

El Garante tendrá nuevos poderes, incluida la tarea de introducir la simplificación para el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los controladores de datos, con referencia a las pequeñas y medianas empresas. *Los delitos penales*, por otro lado, permanecen, con la introducción del pronóstico del daño y las ganancias, por lo que se observa no solo el beneficio económico del delincuente, sino también el daño a la imagen de la víctima.

El Código fue modificado con un decreto legislativo específico, aprobado el 8 de agosto de 2018, con el fin de adaptar la legislación italiana a la normativa europea sobre protección de datos personales GDPR. El decreto adapta el Código sobre todo con referencia a tratamientos particularmente complejos y delicados por ejemplo, datos de salud, otorgando a la autoridad de supervisión también poderes para establecer medidas de seguridad específicas.

4. Autoridad Supervisora

Desde la ley de 1996, se crea la Institución del garante para la tutela y el respeto del tratamiento de datos personales. El Garante para la protección de datos personales o Garante de Privacidad es la autoridad supervisora nacional italiana, una autoridad administrativa independiente establecida por la ley de privacidad ley 31 de diciembre de 1996, n. 675, en implementación de la

Directiva Comunitaria 95/46 / CE. Hoy se rige por el Código con respecto a la protección de datos personales. 30 de junio de 2003 No. 196. Su sede se encuentra en Piazza di Monte Citorio n. 121 en Roma 00186 Rome.

Es independiente, se compone de cuatro miembros elegidos por las Cámaras de Diputados y Senadores de la República, el garante designa a un presidente, cuyo voto prevalece en caso de empate, son gente de reconocida experiencia en el campo de la informática.³⁷⁵, cabe señalar que permanecen en el cargo por un período no renovable de siete años. En junio de 2019 acaba de ser elegido el nuevo Garante.

Garante per la Protezione der Dafi Personali, www.garanteprivacy.it³⁷⁶

5. Sanciones

a. Administrativas

El título III, capítulo I denominado violaciones administrativas los artículos 161 al 165 fueron abrogados y solo queda el artículo 166 que estipula el procedimiento y criterio para estas sanciones. Reformado el 27 de septiembre de 2018, para adecuar las sanciones al RGPD

b. Penales

Los tipos de delitos previstos por la legislación italiana sobre protección de datos personales son los siguientes:

- Procesamiento de datos ilícitos;
- Comunicación ilegal y difusión de datos personales;
- Adquisición fraudulenta de datos personales;
- Interrupción de la ejecución de las tareas o el ejercicio de los poderes del Garante;
- Incumplimiento de las disposiciones del Garante;

³⁷⁵ Ídem.

³⁷⁶ Telles Valdez, Julio, ob cit., pp. 61-71, cuadro 4.1

Ver <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/regolamentoue/approccio-basato-sul-rischio-e-misure-di-accountability-responsabilizzazione-di-titolari-e-responsabili>

- Violaciones relacionadas con el control remoto de los trabajadores;

Procesamiento de datos ilícitos

El artículo 167 del Código sobre la protección de datos personales ha sido completamente revisado.

Se sanciona, a menos que el hecho constituya un delito más grave, cualquier persona, para derivar para sí mismo o para otros beneficios o causar daños a la persona interesada, causa daños a la parte interesada en violación de disposiciones específicas de la ley como las que regulan procesamiento de datos de conformidad con el artículo 9 y la transferencia internacional de datos personales. La adición del "daño" hace posible incluir conductas como "porno de venganza" entre los casos punibles. También se castiga a quien, con el fin de atraer para sí mismo o para otro beneficio o causar daños a la parte interesada mediante la transferencia de datos personales a un tercer país o una organización internacional fuera de los casos permitidos, causa daños a la parte interesada.

Cuando el Garante aplicó una sanción administrativa por el mismo hecho bajo el Código de Privacidad o el RGPD y esto se ha cobrado, la pena se reduce.

Divulgación ilegal y divulgación de datos personales.

El artículo 167-bis establece un delito completamente nuevo y castiga la comunicación y difusión de datos personales sujetos a procesamiento a gran escala, con el fin de obtener beneficios para uno mismo u otros o para causar daños. La comunicación o difusión debe estar relacionada con un *archivo automatizado de datos personales o una parte sustancial de los mismos, que contenga datos personales sujetos a procesamiento a gran escala*. El delito se produce solo si la difusión o comunicación de los datos se produce en *violación de las disposiciones reglamentarias específicas y limitadas*, en su mayoría aplicables a los sujetos que manejan los datos profesionalmente o por ley, lo que limitará la aplicabilidad de la ley.

La noción de " *archivo automatizado* " no está definida, por lo que deberá derivarse a otra parte. Según el GDPR, "archivo" es "cualquier conjunto estructurado de datos personales accesibles de acuerdo con criterios

específicos, independientemente de si este conjunto está centralizado, descentralizado o distribuido de manera funcional o geográfica".

Este delito se caracteriza por un tratamiento a gran escala, un concepto ya introducido por el reglamento y respaldado por las opiniones del Grupo de Trabajo art. 29 hoy Junta Europea de Protección de Datos. La implementación del derecho penal podría crear problemas de tributación, siendo el concepto ajeno al derecho penal.

La pena es de prisión de 1 a 6 años, pero incluso aquí, si se aplica una sanción administrativa al mismo hecho, la pena se reduce.

Adquisición fraudulenta de datos personales.

El artículo 167 ter establece el delito de adquisición fraudulenta de datos personales sujetos a procesamiento a gran escala y, por lo tanto, castiga a quienes adquieren un archivo automatizado, o una parte sustancial del mismo, con *medios fraudulentos que* contienen datos personales sujetos a procesamiento a gran escala en con el propósito de obtener ganancias o causar daño a otros. La pena es de hasta 4 años.

Aquí también hay un elemento característico del tratamiento a gran escala.

Falsos reclamos al Garante. Interrupción de la ejecución de las tareas o del ejercicio de los poderes del Garante.

El artículo 168 del Código castiga a cualquier persona que, en un procedimiento o en el curso de investigaciones ante la Autoridad Garante, declare o certifique falsamente noticias o circunstancias o produzca documentos o hechos falsos.

El párrafo segundo, establece un nuevo tipo de delito, también castiga a aquellos que intencionalmente causan una interrupción o perturban la regularidad de un procedimiento ante el Garante o de las investigaciones llevadas a cabo por ellos.

Incumplimiento de las disposiciones del Garante

El artículo 170 del Código sanciona el incumplimiento de las disposiciones del Garante. La pena es *prisión de tres meses a dos años*.

Infracciones relacionadas con el control remoto de los trabajadores.

Los casos previstos por el Estatuto de los Trabajadores han sido confirmados en privacidad y control de trabajadores, en el art. 4, párrafo 1 y al art. 8.

El artículo 4 se refiere al uso por parte de los empleadores de equipos audiovisuales y otros instrumentos que también brindan la posibilidad de control remoto de la actividad de los trabajadores que pueden ser empleados exclusivamente para las necesidades de organización y producción, por seguridad de trabajo y para la protección de los activos de la empresa y pueden instalarse sujetos a un convenio colectivo estipulado por la representación sindical unitaria o por los representantes sindicales de la empresa o, en ausencia de acuerdo, sujeto a autorización por parte de la Inspección.

El artículo 8, por otro lado, prohíbe al empleador, con el propósito de contratar o durante el curso de la relación laboral, investigar, incluso a través de terceros, las opiniones políticas, religiosas o sindicales del empleado, así como los hechos no relevantes para la evaluación de la actitud profesional del trabajador.

Los anteriores son delitos tipificados en el Código de Protección de Datos.

Delitos previstos en el Código Penal

También hay otros tipos de delitos para la protección de datos personales.

Art. 615 bis - Interferencia ilegal en la vida privada

El delito castiga a cualquiera que, mediante el uso de herramientas de grabación visual o sonora, obtenga indebidamente noticias o imágenes relacionadas con la vida privada que tengan lugar en los lugares indicados en el artículo 614 (hogar de otros, u otro lugar de residencia privada, o que pertenezca a ellos), se castiga con prisión de seis meses a cuatro años. Está sujeto a la misma pena que revele o difunda, por cualquier medio de

información al público, las noticias o imágenes obtenidas en las formas indicadas en la primera parte del artículo.

El crimen se perfecciona cuando el autor adquiere noticias o imágenes indebidamente, por lo que, aunque es un delito de consumo instantáneo, también puede ser un delito posiblemente permanente, cuando el comportamiento se lleva a cabo de forma continua. Por ejemplo, se consideró permanente cuando el autor del delito fue detenido con el teléfono inteligente en el que se instaló un programa que le permitió ver a distancia lo que capturaron las cámaras. Como el delito es permanente, el flagrante es confiscado y, por lo tanto, el arresto es legítimo (Sección de Casación V. n. 9966/2018).

El RGPD tiene art. 84 que es tarea de los estados miembros individuales regular el asunto penal, con sanciones que son " *efectivas, proporcionadas y disuasorias* ". En esta perspectiva, el legislador nacional ha revisado los casos penales previstos por el Código con respecto a la protección de datos personales , confirmándolos sustancialmente, presentando la previsión de daños como un elemento característico como una alternativa al propósito de la ganancia . *Por lo tanto, no se llevará a cabo solo contra el beneficio económico del autor del delito, sino también contra el daño causado a las partes interesadas*, incluido el daño a la imagen y la reputación de la víctima, cubriéndolas de los casos de venganza porno.

Para limitar el riesgo de solapamiento entre los procedimientos administrativos y penales, se ha introducido un mecanismo de registro conjunto que requiere que el Fiscal informe a la Autoridad de Control sin demora. Del mismo modo, el Garante deberá transmitir al Fiscal Público la documentación reunida en la oficina administrativa si se presume que existe un delito.

Un mecanismo adicional es limitar la sanción penal en caso de que se haya aplicado y cobrado una sanción administrativa pecuniaria del Garante por el mismo hecho. En esta hipótesis, la pena por el delito que se encuentra

disminuye. Sin embargo, la ley parece estar completamente indeterminada con referencia a los criterios para establecer la disminución.³⁷⁷

Art. 172 – Pena accesoria Si se comete un delito en este código además de las sanciones señaladas, es la publicación de la sentencia en virtud del artículo 36, párrafos segundo y tercero del Código Penal.

Cabe destacar en relación al sistema jurídico Italiano que su normativa en relación a la Protección de datos está en un Código, desde Justiniano la tradición de la Codificación. Y tipifica delitos tanto en el Código de Protección de Datos como en el Código Penal. Con una gran gama de conductas típicas y con punibilidades de prisión no mayor a 5 años y con multas.³⁷⁸

6. Consecuencias o Impacto.

Garante per la *protezione dei dati personali* de Italia sanciona a Facebook por caso Cambridge Analytica Observatorio Internacional de Defensa de la Libre Competencia Grupo de Estudios Económicos – Superintendencia de Industria y Comercio 28 de junio de 2019 Resumen de la investigación Hoy, viernes 28 de junio, la Garante per la protezione dei dati personali (DPA, por sus siglas en inglés), esto es, la autoridad de protección de datos personales de Italia, sancionó a Facebook en el marco del denominado caso ‘Cambridge Analytica’. La multa impuesta asciende a *1 millón de Euros*. Tras varios meses de investigación en el DPA, la autoridad italiana de protección de datos personales pudo concluir que cerca de 57 usuarios italianos había descargado la aplicación This is your digital life vía Facebook. Ahora bien, como consecuencia de dicha descarga, esta aplicación tuvo la posibilidad de acceder a datos adicionales correspondientes a 214.077 italianos quienes no habían descargado la aplicación y que, por ende, no habían sido ni informados ni habían autorizado la utilización de los mismos. Con esto en mente, si bien los datos no fueron transferidos a Cambridge Analytica, la conducta reprochada

³⁷⁷ Ver <https://protezionedatipersonali.it/reati-protezione-dati-personali>

³⁷⁸ Video en Italiano sobre la seguridad de los datos en lo cotidiano, <https://www.youtube.com/watch?v=rk1LQCl1Pfo&list=PLVtg2nJEE4IMRjxAkocBjVpx8-fleidT&index=9>

se constituye como una violación a lo dispuesto en la legislación concerniente a la protección de los datos personales (Garante per la protezione dei dati personali, 2019). Sanción impuesta Por lo anterior, teniendo en cuenta tanto el tamaño de la base de datos, así como la capacidad financiera de Facebook y el número de usuarios de esta red social en el mundo y en Italia, la Garante per la protezione dei dati personali impuso a Facebook una multa que asciende a EUR 1 millón. Resulta pertinente recordar que Facebook fue la compañía que tuvo acceso a los datos personales de cerca de 87 millones de usuarios a través de un test psicológico desarrollado en una aplicación. Como resultado, la red social logró influenciar las elecciones presidenciales estadounidenses en 2016. Fuente Garante per la protezione dei dati personali (2019). Cambridge Analytica: il Garante privacy multa Facebook per-1 milione di euro.

Si bien es un ejemplo de multa administrativa, nos ilustra lo avanzado que están las autoridades italianas en materia de protección de datos.

D. España

1. Constitución

La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y establece una organización territorial basada en la autonomía de municipios, provincias y comunidades autónomas rigiendo entre ellos el principio de solidaridad. Tras el proceso de formación del Estado de las Autonomías, las comunidades autónomas gozan de una autonomía de naturaleza política que configura a España como un Estado autonómico. Las entidades locales, como los municipios y las provincias, gozan de una autonomía de naturaleza administrativa, y sus instituciones actúan en conformidad con criterios de oportunidad dentro del marco legal fijado por el Estado y las comunidades autónomas.

En 1978, la Constitución española incluyó, en la sección primera del Capítulo segundo del título primero referida a los derechos fundamentales y las libertades públicas,

El artículo 18. 4, establece textualmente "La ley limitará el uso de la informática para garantizar el Honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

En España, el artículo 18 de la Constitución garantiza el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones, y abrió la posibilidad de que la Ley limite el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

La doctrina Española ha dicho que esta intimidad a la que hace referencia la Constitución tiene varias facetas:

- Intimidad domiciliaria.
- Intimidad informática.
- Intimidad de la vida privada.
- Secreto de las telecomunicaciones

El apartado 4 del artículo 18 ha sido estimado por algunos constitucionalistas como superfluo, debido a que ya se enuncia una declaración del reconocimiento general al derecho a la intimidad en el apartado 1 de dicho artículo. Si la parquedad del 18.4, que no aparece aclarado en sus fines ni su alcance, permite discrepar sobre su alcance e importancia, hay práctica unanimidad en calificar tal tutela como claramente insuficientes.³⁷⁹

³⁷⁹ Lazpita Gurtubay, María, *Análisis comparado de las Legislaciones sobre Protección de Datos de los Estados Miembros de la Comunidad Europea*, Derecho Público y Ciencias Histórico-Jurídicas, Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Barcelona, España, 1994, informática y derecho, p. 40

2. Primeras Leyes

a. España, además del ya comentado artículo constitucional del artículo 18, párrafo 4, contrajo otros compromisos posteriores, de carácter internacional; como la obligación contemplada en el artículo 4 de la Convenio 108 del Consejo de Europa 8 y el compromiso adoptado por el Gobierno Español con la firma del protocolo adicional del Convenio de 1990 en aplicación del acuerdo de Schengen de 1985, que redoblaban la necesidad de disponer de una ley orgánica en tutela informática.

b. *El 31 de octubre de 1992 se publicaba en el BOE la Ley Orgánica para la Regulación del Tratamiento de Datos de Carácter Personal (L. O. 5/1992), que entró en vigor el 31 de enero de 1993.*

En la segunda parte, se configura la autoridad de control, la Agencia para la Protección de Datos, una entidad de Derecho Público, a cuyo frente se sitúa un Director quién ejerce sus funciones de modo independiente. Y debe rendir Informe anual al Ministerio de Justicia.

Esa ley española, estableció para la creación de ficheros de titularidad privada la obligación de notificar previamente a la Agencia de protección de Datos y en relación a los ficheros de titularidad pública indica que deberán realizarse por medio de disposiciones generales publicadas en el BOE, o diario oficial correspondiente. El sistema de registro con el modelo inicial se diseñó con el objeto de regular una realidad totalmente nueva, hasta cierto punto desconocida y, también, porque era factible con la realidad tecnológica del momento.³⁸⁰

c. En los años 90 le dan a la libre circulación de los datos el valor económico que tienen en las transacciones comerciales se emite la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 24 de Octubre de 1995, relativa a la protección de datos de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y la libre circulación de estos, los primeros considerandos de

³⁸⁰ Artículo de Noelia García Noguera, abogada especialista en Derecho y Nuevas Tecnologías, pertenece al despacho de abogados portaley, <http://portaley.com/2014/09/quienes-somos-noelia-garcia-noguera-abogada-y-directora-abogados-portaley/>

la Directiva señala que se quiere lograr mayor unidad entre los países miembros, asegurar el progreso económico y social promover la paz , la libertad y la democracia proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales nos dice Piñar, A la par de los conceptos intimidad e informática se añade el valor económico de los datos personales respecto a los derechos fundamentales, a esto responde la Directiva 95/46 CEE, de la que derivaron todas las leyes de protección de datos de los países europeos y en España se emitió la Ley Orgánica 15/199 del 13 de diciembre conocida como LOPDP. que establecía, principios, derechos y garantías.³⁸¹

3. Ley Vigente

El 6 de diciembre de 2018 se publicó en el Boletín Oficial del Estado, la nueva LOPD, la *Ley Orgánica, 3/2018,, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*. o LOPDgdd 3/2018 como se le quiere llamar. Lo de las garantías digitales está en minúscula, cosa que ayuda a seguir usando la nomenclatura ya conocida, LOPD.

El marco normativo de protección de datos es encabezado por el Reglamento General de Protección de Datos, RGPD UE 679/2016, que entró en aplicación el pasado 25 de mayo de 2018, ya analizado paginas anteriores; motivo por el que se ha tenido que cambiar la LOPD 15/1999 por esta nueva Ley Nacional. LA LOPD era muy conocida entre los españoles.

Resumen de innovaciones, reformas, actualizaciones de la nueva LOPDgdd 2018

- 1.- Sera aplicable para datos de fallecidos.
2. Edad para el consentimiento de menores se establece de 14 años, para que los menores puedan consentir el tratamiento de sus datos.

³⁸¹ Piñar, Mañas, García Torres, ob cit pp. 6-17

3. Reducción de información en la primera capa informativa de datos recogidos directamente del afectado, en el enlace a la segunda capa informativa ya toda la información.

4. Aumentan las obligaciones en caso de querer incluir a un cliente en sistemas de información crediticia.

5. Videovigilancia con fines de preservar la seguridad de las personas y bienes, así como de las instalaciones, se realiza con la base jurídica del interés público. También se fija el plazo máximo de almacenamiento de los datos, que es de un mes, y la información mínima que debe contener los carteles informativos.

6. Se define la forma, plazo y garantías para el tratamiento de datos dentro de los sistemas de información de *denuncias internas* de una empresa. Más conocido como sistema de Whistleblowing.³⁸²

7. Tratamiento de datos relativos a infracciones y sanciones. Se aclara que los abogados y procuradores podrán tratar estos datos siempre que sea en el ejercicio de sus funciones.

8. La determinación de responsabilidades se debe atender y definir en función de las actividades que efectivamente desarrolle cada uno de los corresponsables. Debe existir un acuerdo de corresponsabilidad.

³⁸² El origen del término whistleblower se remonta a la práctica de los oficiales de policía británicos que hacían sonar sus silbatos (whistle) soplando (blow), cuando presenciaban la comisión de un presunto delito. Mediante esta acción, alertaban a los ciudadanos así como a otros policías del peligro.

En el contexto actual puede referirse a cualquier persona que trabajando en sectores públicos o privados, denuncia un hecho constitutivo de delito, peligro o fraude, y que está siendo silenciado. Así pues, es un concepto aplicable a políticos, científicos, profesores, funcionarios y trabajadores de empresas, organismos e instituciones. Promovido especialmente en ámbitos anglosajones. <http://www.worldcomplianceassociation.com/1446/articulo-el-whistleblowing-como-sistema-eficiente-en-la-lucha-contra-la-corrupcion.html>

9. Registro de actividades de tratamiento. Se debe comunicar al Delegado de Protección de Datos cualquier adición, modificación o exclusión.

10. Bloqueo de los datos – En los casos en los que subsista una obligación legal, en lugar de suprimir los datos, estos serán bloqueados durante el tiempo que el responsable o encargado este obligado a mantenerlos.

11. Encargo de tratamiento. Se considerará responsable al encargado que use los datos para sus propios fines, con sus correspondientes consecuencias. Con excepciones. Nunca se considerará responsable del tratamiento a un encargado de tratamiento, de datos de los que sea titular una administración pública.

12. Delegado de protección de datos.

Se define la lista de sujetos obligados a nombrar un DPO. Entre ellos, a modo de muestra:

- a. Los centros docentes, las Universidades públicas y privadas.
- b. Los centros sanitarios
- c. Las empresas de seguridad privada.
- d. Las federaciones deportivas.
- e. Los distribuidores y comercializadores de energía eléctrica y los distribuidores y comercializadores de gas natural.

13. Garantía de los derechos digitales todo un Título X.es novedoso cabe resaltar el aspecto que afecta el ámbito Laboral:

- a. Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral.
- b. Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral.
- c. Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo.
- d. Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral.

Todos ellos tienen en común la limitación del uso o abuso por parte de las empresas y empresarios de acciones de control laboral que vayan en contra de los derechos de los trabajadores. También requieren la definición de una política interna al respecto.

En síntesis los nuevos y anteriores derechos son: Derecho de acceso. Derecho de rectificación. Derecho de oposición. Derecho de supresión ("al olvido"). Derecho a la limitación del tratamiento. Derecho a la portabilidad. Derecho a no ser objeto de decisiones individuales automatizadas. Derecho de información. Derechos Schengen

4. Autoridad supervisora

La Agencia Española de Protección de Datos es una Agencia de gobierno creada en 1993, es el organismo público encargado de velar por el cumplimiento de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal en España. AEPD Tiene su sede en Madrid y su ámbito de actuación se extiende todo el país.

La Agencia Española de Protección de Datos es una autoridad administrativa independiente de ámbito estatal, con personalidad jurídica y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones. Se relaciona con el Gobierno a través del Ministerio de Justicia.

En España no existe una autoridad en acceso a la información pública; sólo una autoridad en materia de protección de datos personales denominada Agencia Española de Protección de Datos AEPD, es dirigida y representada por un Director, el cual es nombrado de entre quienes componen el Consejo Consultivo a propuesta del Ministro de Justicia por un periodo de cuatro años. El Director está asesorado por un Consejo Consultivo, una unidad de apoyo integrada por un Director Adjunto y Gabinete Jurídico y tres Secretarías Generales.³⁸³ Las ventajas de este modelo de

³⁸³ Estructuras orgánicas y funciones agencias de protección de datos dirección general de clasificación y datos personales, junio 2010.

autoridad es que es una sola autoridad con plena independencia de actuación, encargada de velar por la protección de datos personales en posesión del sector público y privado, si bien podría considerarse que al ser una autoridad unipersonal, no se fomenta la pluralidad de enfoques, opiniones o criterios en la adopción de determinaciones.

5. Sanciones

a. Administrativas

En España está tipificada en la nueva LOPDgdd como:

Régimen sancionador. Señala una infinidad de infracciones y las clasifica en muy graves, graves y leves.

Son Sujetos responsables conforme al art. 70:

- a) Los responsables de los tratamientos.
- b) Los encargados de los tratamientos.
- c) Los representantes de los responsables o encargados de los tratamientos no establecidos en el territorio de la Unión Europea.
- d) Las entidades de certificación.
- e) Las entidades acreditadas de supervisión de los códigos de conducta.

Constituyen infracciones los actos y conductas a las que se refieren los apartados 4, 5 y 6 del artículo 83 del Reglamento (UE) 2016/679, así como las que resulten contrarias a esa ley orgánica.

Infracciones para considerar su gravedad en cada caso, conforme al art. 83 de RGPD deben individualizarse, para que sean efectivas, proporcionadas y disuasorias. Y las infracciones de las disposiciones siguientes se sancionarán, de acuerdo con el apartado 2, con multas administrativas de 20 000 000 EUR como máximo o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 4 % como

máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía.

Para imponer sanciones y medidas correctivas. Se tomará en cuenta. El carácter continuado de la infracción. La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos personales. Los beneficios obtenidos La afectación a los derechos de los menores. Disponer, cuando no fuere obligatorio, de un delegado de protección de datos y otras medidas correctivas.

Será objeto de publicación en el Boletín Oficial del Estado la información que identifique al infractor, la infracción cometida y el importe de la sanción impuesta cuando la autoridad competente sea la Agencia Española de Protección de Datos, la sanción *fuese superior a un millón de euros y el infractor sea una persona jurídica.*

Prescripción de las sanciones.

1. Las sanciones impuestas en aplicación del Reglamento (UE) 2016/679 y de la ley orgánica prescriben en los siguientes plazos:

a) Las sanciones por importe igual o inferior a 40.000 euros, prescriben en el plazo de un año.

b) Las sanciones por importe comprendido entre 40.001 y 300.000 euros prescriben a los dos años.

c) Las sanciones por un importe superior a 300.000 euros prescriben a los tres años.

2. El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que sea ejecutable la resolución por la que se impone la sanción o haya transcurrido el plazo para recurrirla.

3. La prescripción se interrumpirá por la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si el

*mismo está paralizado durante más de seis meses por causa no imputable al infractor conforme el artículo Artículo 78.*³⁸⁴

b. Sanciones Penales

El Código Penal Español igual que muchos otros países ya tipifica delitos relacionados con o en contra de las computadoras como son:

LA INFORMACIÓN PERSONAL EN INTERNET Y SUS CONSECUENCIAS 2.1. Descubrimiento, revelación de secretos e integridad moral. 2.2. Amenazas, coacciones, acoso. 2.3. Calumnias e injurias. 2.4. Violencia de género. 2.5. Libertad e indemnidad sexual. 2.6. Suplantación de identidad. 2.7. Odio. 2.8. Estafas. 2.9. Daños informáticos.³⁸⁵

Consideramos, digno de subrayar lo previsto en, Artículos 197 a 197 quinquies del mismo CPE, TÍTULO x *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, revelación de secretos.*

Y de mayor importancia por eso transcribimos, Artículo 200. Lo dispuesto en este capítulo será aplicable al que descubriere, revelare o cediere datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes.

201. Se persiguen de querrela a excepción contra menor, incapaz, o perjuicio a una colectividad.

Artículo 264-2 CP de España Prisión de 1 a 3 años y multa... a quien por cualquier medio de, datos programas o documentos electrónicos en redes...

Y sanciona la violación de secreto, espionaje, divulgación prisión y multa, agravándolo, cuando es doloso, y por funcionarios públicos además inhabilitación

³⁸⁴ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-16673>

³⁸⁵ Guía para prevenir delitos que emitió la AEPD, <https://www.aepd.es/media/guias/guia-proteccion-datos-y-prevencion-de-delitos.pdf>

Art 248 estafas electrónicas.

*Pero nada específico en relación a la protección de datos personales.*³⁸⁶

Daños Informáticos del 264 al 264 ter con penas las mínimas de 6 meses y máximo 8 años y multas de hasta y del triple del daño causado.

DAÑOS INFORMÁTICOS Cuando, sin autorización y de manera grave, se borre, dañe, deteriore, altere, suprima o se hagan inaccesibles datos informáticos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos, y el resultado producido fuera grave, así como, cuando, sin autorización y de manera grave, se obstaculice o interrumpa el funcionamiento de un sistema informático ajeno, se comete un delito de daños informáticos. Estos daños suponen deterioro, menoscabo o destrucción de material informático, evaluable económicamente, teniendo en cuenta que se busca la pérdida total o parcial de información, pérdida de eficacia en la utilización de un programa informático o la pérdida de la productividad que va a aportar el sistema dañado. También se comete este delito cuando, sin estar debidamente autorizado, se produce, adquiere para su uso, importa o facilita a otras personas de cualquier modo, un programa informático, concebido o adaptado para ello, o una contraseña de ordenador o un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o parte de un sistema de información, todo ello, con la intención de cometer alguno de hechos mencionados.³⁸⁷

6. Impacto- Consecuencias

En España como en la mayoría de los países de la UE, que tienen más de 25 años con leyes sobre protección de datos, muchos ciudadanos son conscientes del valor de estos y ejercen sus derechos, pero solo para ilustrar su cotidianidad transcribimos un tríptico de la PDP española, para este verano 2019. Y les advierte:

PIENSA DOS VECES ANTES DE COMPARTIR LA INFORMACIÓN que publiques te puede comprometer. Piensa siempre en quién puede ver lo que compartes. Si

³⁸⁶ Ídem o Ibidem, Téllez p. 178

³⁸⁷ Ibidem, p. 14

publicas información de otras personas, como sus fotos, procura que sea en modo no abierto a todo el mundo y recuerda que te gustaría que a ti te preguntasen con antelación. Evita dar información sobre tu localización. Estos datos pueden ser utilizados para saber cuándo no estás en casa. Los códigos de billetes y tarjetas de embarque contienen datos personales y del viaje. No compartas fotos de estos documentos.

Más información Desconfía de las Wifis abiertas o públicas. Cuidado con el intercambio de información sensible, privada o confidencial. Antes de utilizar tu servicio de banca online o de hacer compras utilizando estas redes, piénsalo. No accedas a tus cuentas protegidas mediante tu usuario y clave si no es estrictamente necesario.

Cuidado cuando uses ordenadores compartidos Utiliza la opción de ventana de incógnito del navegador. No guardes tus contraseñas en el gestor del navegador o del equipo. Cuando termines, cierra todas las sesiones que hayas abierto.

Adelántate al robo o pérdida de dispositivos o teléfonos. Utiliza un sistema de patrón o clave para desbloquearlos. Haz una copia de seguridad de la información que contienen tus dispositivos.

Disfruta de las vacaciones. Si te pasas el día pegado a tu teléfono, en Internet o mirando las redes sociales, te perderás momentos irrepetibles. ³⁸⁸

E. Suiza

1. Marco Constitucional.

La Constitución Federal de la Confederación Suiza en alemán: *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, en francés: *Constitution fédérale de la Confédération suisse*, en italiano: *Costituzione federale della Confederazione Svizzera* y en romanche: *Constituziun federala da la Confederaziun Svizra*. Es la tercera y actual carta fundamental de Suiza

³⁸⁸

<https://www.aepd.es/media/infografias/Infografia-verano-AEPD.pdf>
twitter.com/AEPD.es

adoptada vía voto popular del 18 de abril de 1999 y vigente desde el 1 de enero del año 2000. Vino a reemplazar a la antigua constitución de 1874, que ya había sido actualizada sin mayores reformas sustanciales.

El sistema federal suizo está basado en una descentralización sustancial. Los cantones y los municipios o semicantones tienen control sobre muchas de las políticas económicas y sociales y disponen de sus propias leyes, con los poderes del gobierno federal limitados en gran medida a los asuntos exteriores y a algunas políticas económicas.

El sistema legal del país está basado en el derecho continental influenciado por el derecho consuetudinario y las revisiones judiciales de varios decretos legislativos. Suiza acepta la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, pero con reservas.

La Constitución establece que la Confederación Suiza es una República Federal de 26 cantones, contiene un catálogo de derechos individuales y populares incluyendo el derecho a llamar a un referéndum popular sobre las leyes federales y enmiendas constitucionales, El sistema político suizo otorga gran importancia a la participación ciudadana, que se expresa a través del federalismo y de la democracia directa. Y es tan seguido que a veces ya les aburre a los ciudadanos, delinea las responsabilidades de los cantones y la confederación y establece las autoridades federales y de gobierno.

Podemos resaltar estos artículos en relación a nuestro tema,

Art. 7 Dignidad humana La dignidad humana debe ser respetada y protegida.

Art. 13 Protección de la esfera privada 1 Toda persona tiene derecho al respeto de su vida familiar y privada, de su domicilio, de su correspondencia, así como de sus relaciones postales y de sus telecomunicaciones. 2 Toda persona tiene el derecho a ser protegido contra el empleo abusivo de sus datos personales.³⁸⁹

³⁸⁹Constitución Federal de la Confederación Suiza del 18 de abril de 1999 "Traducción no oficial" <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ch/ch191es.pdf> y traducción Medina, José.

Art 24 El material genético de una persona no podrá ser analizado registrado o revelado sin su consentimiento previo o cuando expresamente lo autorice o lo imponga la ley³⁹⁰

En síntesis, la Constitución de Suiza, data del 18 de abril de 1999, garantiza el derecho a la privacidad, cada persona tiene derecho a la protección contra el mal uso de los datos.

Como Suiza no es miembro de la Unión Europea ni del espacio económico Europeo, el derecho de la UE no es en principio aplicable en Suiza, sin embargo ha firmado muchos acuerdos internacionales bilaterales y multilaterales relacionados con la protección de datos, por lo que son aplicables desde la perspectiva Suiza, de hecho debido a su amplio ámbito de e aplicación territorial, el RGPD de la UE es directamente aplicable para muchas empresas Suizas.

2. Primera Ley en materia de Datos Personales

La Ley Federal de Suiza sobre Protección de Datos personales DSG, por sus siglas, en alemán, se promulgo el 19 de junio de 1992 entro en vigor el 1 de julio de 1993, con actualizaciones en 2014.³⁹¹

Esta ley se aplica al procesamiento de datos personales de personas físicas o jurídicas tratados por personas privadas u organismos federales.

La DSG tiene la siguiente estructura:

- 1.- Propósito, alcances y definiciones.
- 2.- Disposiciones generales de protección de datos.
- 3.- Tratamiento de datos personales por personas privadas.
- 4.- Tratamiento de datos personales por parte de autoridades federales.
- 5.-Comisionado Federal de Protección de Datos e Información.

³⁹⁰ Cantoral, Domínguez Karla, *Derecho de Protección de datos personales de la Salud*, Conacyt-Novum. México 2012, p. 87

6.- Protección legal.

Esta ley se aplica a los datos personales de personas físicas y jurídicas, como ya lo anotamos, se proporciona una protección legal sólida para los datos personales sensibles y los perfiles de personalidad, se aplica igualmente al procesamiento electrónico y manual de datos.

Este año 2019, y a raíz de la entrada en vigor en la UE del RGPD, hay una iniciativa de reforma.

Además, existen numerosas disposiciones en otras leyes y áreas para la protección de la personalidad. Los artículos 28-28I del Código Civil ZGB especifican cómo se toman medidas legales en caso de lesiones personales.

3. Ley Vigente

Ley Federal Suiza sobre Protección de Datos

(DSG) promulgada el 19 de junio de 1992 y entro en vigor el 1 de julio de 1993 última actualización a partir del 1 de marzo de 2019 en proceso legislativo.

4. Autoridad Supervisora

Su nombre oficial, Commissaire a la Protection des données,³⁹²

Comisionado Federal para la Protección de Datos y la Información de Suiza³⁹³

Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB)

- Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT)

- Incaricato federale della protezione dei dati e della trasparenza (IFPDT)

Feldegweg 1CH-3003 Berna recordemos que oficialmente en Suiza se hablan cuatro idiomas.

³⁹² Las versiones oficiales alemanas, francesas e italianas de DPA están disponibles en línea en el sitio web de las Autoridades Federales de la Confederación Suiza. Y traducción oficial en ingles en el mismo sitio, www.edsv.ch

³⁹³ <http://www.dataprotection.ch/>

El Comisionado Federal de Protección de Datos e Información (FDPIC) es responsable del procesamiento de datos por parte de organismos federales y particulares. El procesamiento de datos por parte de los organismos cantonales y municipales se rige por la ley cantonal; La supervisión es responsabilidad de los oficiales de protección de datos cantonales y municipales. Estos se han unido en la asociación.³⁹⁴

Art. 26 Elección y posición *El Comisionado es elegido por el Consejo Federal para un mandato de cuatro años. La elección debe ser aprobada por la Asamblea Federal.*

En resumen El Comisionado tiene una función consultiva en el sector privado. Explica y comenta las previsiones legales sobre la Protección de Datos, ofrece su asesoramiento para el registro de ficheros de datos, y resuelve peticiones sobre el derecho de acceso. Áreas de actividad incluyen vigilancia por video e Internet, gobierno en línea, comercio en línea, flujos de datos a través de fronteras, salud, y seguridad.

5. Sanciones

a. Administrativas

La Ley de Protección de Datos DSG establece disposiciones punitivas (Art. 34, Art. 35), pero solo por violaciones intencionales de información, notificación y obligaciones de cooperación y secreto profesional, y solo ha pedido. Todas las demás acciones por infracción de la personalidad son juzgadas por el juez civil de conformidad con el artículo 15 DSG en el procedimiento civil ordinario.

Recursos Administrativos o Judiciales

Las apelaciones ante el Tribunal Administrativo Federal pueden presentarse contra organismos federales dentro de los 30 días.

³⁹⁴<https://www.swissinfo.ch/spa/declaraci%C3%B3n-de-protecci%C3%B3n-de-datos-/908466>

El Tribunal Administrativo Federal considera que el procesamiento de datos con un propósito ilegal es procesamiento de datos ilegal en el sentido de la Ley de Protección de Datos. Las Resoluciones del Comisionado son recurribles ante el Tribunal administrativo.

b. Penales

Código Penal Suizo vigente desde el 21 de diciembre de 1937, también se identifica con el número de ley 311.0

Diferencia entre delitos e infracciones, según la gravedad de los castigos con los que se amenazan los hechos. Delitos son actos punibles con prisión de más de tres años. Infracciones son actos que se castigan con prisión de hasta tres años o una multa. Así lo dispone su art Artículo 10.

Los delitos de querrela prescriben en 3 meses (Art 31.8)

El monto de la Multa es mínimo tres y máximo 180, tarifas, días multa, Art 34.

Una tarifa diaria suele ser de al menos 30 y un máximo de 3000 francos.³⁹⁵ Si no tiene puede reducirse a 10 francos. El tribunal determina el monto de la tarifa diaria de acuerdo a la culpabilidad y con las circunstancias personales y económicas del delincuente en el momento de la sentencia, es decir, de acuerdo con los ingresos y activos, gastos de vida, cualquier familia y obligaciones de manutención, así como el nivel de subsistencia.

Artículo 36 si no puede pagar se le cambia por prisión pero no aplica en las infracciones administrativas.

El plazo mínimo de prisión es de tres días; y la pena máxima de prisión es de 20 años. Donde la ley establece expresamente, el encarcelamiento dura toda la vida.

Plazos de prescripción de los delitos, dependiendo de la sanción.

³⁹⁵ Conversión 3000 francos por 180 pesos, nov 2019 está a 19.39 pesos mexicanos a 19 igual a 10260000 (diez millones doscientos sesenta mil pesos)

Si es de la cadena perpetua es: en 30 años; La prisión de más de tres años es: en 15 años; prisión de tres años es: en 10 años; otro castigo es: en 7 años.

Y en delitos sexuales, si son delitos contra niños hasta que cumpla 25 años. Art. 97 Comentamos algunos aspectos importantes que son parecidos o que marcan reglas puntuales diferentes al nuestro, aunque por pertenecer al sistema jurídico romano germánico, vemos que son similares en su estructura.

Y en la Sección dos del CP. de los delitos en particular encontramos estos tipos penales.

Título III: Actos punibles contra el honor y la esfera secreta o privada

Todo un capítulo de violación de correspondencia, intervención de comunicaciones.

Y vigente desde 1993, se adiciono como consecuencia de la Ley de Protección de Datos. El Art. 179 1 2. Actos punitivos esfera secreta o privada. Adquisición no autorizada de datos personales.

Cualquier persona que obtenga datos personales o perfiles de personalidad a los que no se pueda acceder libremente de una recopilación de datos sin autorización es punible con una pena de prisión de hasta tres años o una multa a solicitud.

De la lectura vemos que es un delito de querrela, se deduce que es doloso, no señala nada a la conducta culposa.

Conducta de acción obtener datos personales o perfiles, a los que no se pueda acceder y no se tenga autorización.

Y no señala que se cause daño o no el solo hecho de acceder, los use, bien o mal. Y tiene sanción de hasta 3años, recordemos lo mínimo son 3 meses o la multa la va a imponer el Juzgador. Es una pena alternativa.

Y apenas en marzo de este 2019, entro en vigor para seguir el Reglamento de la UE 2016/680, toda vez que Suiza no obstante que no pertenece a la UE, si tiene firmado el Convenio de Schengen, por lo tanto tiene que seguir esa directiva y adiciono este capítulo para regular conductas en relación con el tratamiento de datos en materia de policía o investigación de delitos o búsqueda de personas pero

de su lectura no encontramos que tipifiquen delitos, solo da directrices de cómo deben tratarse esos datos.³⁹⁶

En el cuarto título: denominado Asistencia policial en los Art. 349 a 355c

Las autoridades federales competentes solo pueden divulgar datos personales si existe una base legal o si: la divulgación de datos personales es necesaria para proteger la vida o la integridad física del interesado o de un tercero; si el interesado ha hecho públicos sus datos personales y no ha prohibido expresamente la divulgación. Igualdad de trato entre los Estados Schengen.

Divulgación de datos a un tercer país, si pudiese en grave peligro la personalidad del interesado, los datos personales pueden divulgarse a la autoridad competente de un tercer Estado o a un organismo internacional si la divulgación es necesaria caso por caso: principalmente para proteger la vida o la seguridad nacional o por persecución de delincuentes.

Corrección de los datos personales. La autoridad competente rectificará los datos personales incorrectos sin demora. Y se hará examen de la legalidad del procesamiento de datos.

Investigación al comisario de datos, Si el interesado cree de manera creíble que un intercambio de datos personales sobre ellos podría violar las normas sobre la protección de datos personales, el agente puede solicitar que el investigador inicie una investigación de conformidad con el Artículo 22 SDSG.

Cooperación con INTERPOL el intercambio de información de la policía penal se basa en los principios de la Ley de Asistencia Mutua de 20 de marzo de 1981, así como en los estatutos y reglamentos de INTERPOL declarados aplicables por el Consejo Federal.

Cooperación en la identificación de personas e intercambio de datos con Europol en virtud de los acuerdos de asociación de Schengen.

³⁹⁶ Medina, José A, traducción, *desde Suiza en un día de verano*, 18 de agosto 2019, de 10 a 12 am.

Las fuerzas policiales de la Federación y los cantones están aplicando las disposiciones de los Acuerdos de Asociación Schengen conformidad con la legislación nacional La Oficina Federal de Policía administra una oficina central denominada Oficina SIRENE, es el punto de contacto, coordinación y consulta para el intercambio de información en relación con las convocatorias de licitaciones en el SIS.

Procesamiento de datos y registro de datos, las autoridades que pueden pedir las son la Justicia Federal, Militar, Coordinación de cantones, El Fiscal, la policía, secretaria de defensa de la nación, la policía de migración,

En el título Quinto, se tipifica ³⁹⁷ No denunciar conductas que se consideran lavado de dinero, dejó de ser legal el *secreto financiero* por tan famosa Suiza y tantos capitales allá, en 2016, dejó de ser el paraíso fiscal porque ya debe denunciarse el lavado de dinero.

Cualquier persona que acepte profesionalmente, almacene, cree o transfiera activos extranjeros y se abstenga de determinar la identidad del beneficiario efectivo con el debido cuidado requerido por las circunstancias será castigado con una pena de prisión de hasta un año o una multa. *Art. 305 ter*

*Dichas personas tienen obligación de notificar a la Oficina de Informes sobre Lavado de Dinero de la Oficina Federal de Policía de las percepciones que indican que los activos son el resultado de un delito o de un delito fiscal calificado.*³⁹⁸

³⁹⁷ Consultar página oficial <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/index.html>

³⁹⁸ Versión según el párr. 1 4 del Tribunal Constitucional Federal de 12 de diciembre de 2014 que implementa las recomendaciones revisadas de 2012 del Groupe d'action financière, en vigor desde el 1 de enero de 2016 AS 2015 1389; BBI 2014 605.

6. Impacto o Consecuencias.

SAFE HOST ABRE EL CENTRO DE DATOS MÁS GRANDE DE SUIZA

Ubicado en el municipio de Gland, entre Lausana y Ginebra, el nuevo centro de datos de Safe Host tendrá capacidad para albergar 3.600 racks para servidores.

Racks es lugar para almacenar productos. Una opción estratégica para los proveedores de alojamiento

El Data Center Risk Index evalúa los riesgos físicos, económicos y sociales que podrían poner en peligro la seguridad de los datos. De acuerdo con la edición de 2016, Suiza es el tercer país más seguro del mundo en el alojamiento de datos, gracias a una serie de criterios que incluyen la estabilidad política, los riesgos de desastres naturales y la seguridad energética. Además, el país ofrece un entorno ideal para la protección de datos.³⁹⁹

Siguiendo su tradición de país seguro, también en el siglo XXI, en protección de datos, ya está a la vanguardia.

Para concluir quiero subrayar que en el apartado anterior de este capítulo al estudiar los Organismos Internacionales, en la Unión Europea, analizamos el multimencionado Reglamento de Protección de Datos.

El documento en que se publicó el contenido del RGPD se titula de la siguiente manera «Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, que entró en vigor el 25 de mayo del 2016, y su aplicación general a partir del 25 de mayo de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE». El RGPD tiene como finalidad garantizar el derecho a la protección de datos de todos los ciudadanos.

³⁹⁹ 19 Jun 2017 13:16, Elisa Nessi, Greater Geneva Bern área <https://www.s-ge.com/es/article/noticias/safe-host-abre-el-centro-de-datos-mas-grande-de-suiza>

Pero no con esto, todo está dicho y hecho a partir de este Reglamento los países Europeos que pertenecen a la Unión y de los que ejemplificativamente analizamos algunos y Suiza, que no pertenece pero tiene vínculos y convenios, cambiaron o emitieron nuevas leyes de protección de datos. El RGPD no hace que todos los Estados miembros de la UE exijan lo mismo en protección de datos. No hubo consenso en todo el contenido del y se dejó margen a los Estados para que regulen internamente algunos puntos conflictivos, o muy de cada país.

El crear una nueva norma con forma de reglamento, no es casualidad. En primer lugar, se le quiso dotar de la superioridad normativa necesaria para ir por encima de las normas nacionales -que para aprobarlo todos estuvieron de acuerdo-. En segundo lugar, homogeneizar la normativa. Es decir todos los estados tuvieran la misma legislación, o casi. En tercer y último lugar, se pretendía que la norma en su momento de entrar vigor, y en el inicio de su aplicación fuera directamente aplicable para todos, gobiernos y particulares.⁴⁰⁰

Por un lado, a los particulares, reconoce una serie de derechos, unos ya los tenían, otros son nuevos. Por contra, a las empresas, profesionales y organismos públicos o privados, les impone una serie de obligaciones. Las obligaciones impuestas por el RGPD pretenden proteger a las personas de las cuales las empresas tratan datos personales, garantizando sus derechos, y limitando sus usos y tratamientos.⁴⁰¹

Y del análisis realizado, observamos que el reglamento se queda en infracciones administrativas, las responsabilidades y sanciones penales las estipula cada país de manera diferente.

Pasemos al análisis de los países con el llamado Sistema Estadounidense En materia de protección de datos y que coincidentemente pertenecen al Common law y se inclinan más por la autorregulación.

⁴⁰⁰ Ver página oficial de consultores y auditores, <https://dataseg.es/proteccion-de-datos/category/proteccion-de-datos/>, 25 de mayo de 2017

⁴⁰¹ Ídem.

III. Países del Common Law

A. Estados Unidos de América

1. Constitución

Brevemente recordemos que la Constitución de Estados Unidos fue promulgada en 1787, adoptada oficialmente en 1789. En este año se prepararon las enmiendas a la Constitución, que se convirtieron en derecho vigente en 1789, las enmiendas fueron diez y se les considera una declaración de derechos *Bill of Rights*. La Constitución es el instrumento básico del gobierno estadounidense, es escrita, es la vigente más antigua de todo el mundo, es sencilla y concisa⁴⁰².

El derecho norteamericano pertenece a la familia del Common Law, están organizados en una República Federal, Democrática, con un Régimen Presidencialista. Reconoce la jerarquía de leyes.⁴⁰³

Enmienda IV de la Constitución donde se hace referencia a la libertad de los bienes personales como de la propia persona.

La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos sostuvo que la protección de la intimidad frente a cualquier intromisión injustificada deberá ser considerada una exigencia de la IV enmienda, por ello el Estado y la Justicia deben garantizar a todas las personas la seguridad propia de sus domicilios y de sus efectos frente a cualquier intromisión indebida.

2. Primeras Leyes

a. En 1966 Public Law, ley de orden público, en relación al derecho a la información sustentando el derecho del pueblo a obtener información de la Administración Pública y obtuvieron el derecho de acceso a los datos contenidos en oficinas públicas., con el requisito de argumentar una necesidad para ello.⁴⁰⁴ Y señalando las limitaciones cuando la autoridad no podría dar información, secreto

⁴⁰² Sirvent, Consuelo, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, ob cit p. 124 ss.

⁴⁰³ *Ibidem* p. 104

⁴⁰⁴ Pierini, Alicia, et al, ob cit. p. 40

comercial, vida privada de terceros, informes de salud o relacionado con cuestiones de seguridad nacional, seguridad policial.

Estados Unidos de Norteamérica no tiene solo una Ley Federal de Protección de datos, a la fecha son varias leyes sectorizadas.

Algunas de las normas relativas a la registración y almacenamiento de datos:

- Privacy Act., LEY DE PRIVACIDAD del 31 de Diciembre de 1974
- Acta de Privacidad Educacional protege los registros de los estudiantes.
- Acta de Privacidad Financiera, 1978.
- Acta de Libertad de Información de 1970.⁴⁰⁵

Además, que cada Estado dicta sus leyes al respecto.

Aún no han sido reguladas las prácticas de las instituciones privadas respecto de sus bancos de datos de información personal, esto tal vez se deba a que no tienen claro el significado del concepto de privacidad de la información, dice Pierini.⁴⁰⁶ Difiero de la autora al contrario creo que saben muy bien lo que significa la protección de los datos, pero lo ponderan con el valor comercial y les interesa más que su protección.

Estados Unidos, se basa en la autorregulación básicamente., las empresas estadounidenses al no tener una ley específica se muestran un poco indiferentes, porque les costaría dinero adecuarse a la legalidad.

Priscila Regan comentada por Leonardo Cervera dice, el retraso de Estados Unidos en materia de protección de datos parece ser la propia configuración del Common

⁴⁰⁵ Esta ley está complementada con otras como fair CreditReporting Act, Equal Credit opportunityAct, Fair Debt Collection Practices Act, Right to Financial privacy Act, La fair Credit Billing Act
Bank secrecy, Tax Reform, Family Educacional Right and Privacy Act
Todas teniendo como modalidad más importante a la Freedom og Information Act
FOIA.

⁴⁰⁶ Ibidem p. 43.

Law, en primer lugar, la Constitución Estadounidense, no contiene referencia alguna a la privacidad, ni ninguna de sus posteriores enmiendas, directamente relacionadas con este derecho al no estar en la Constitución. Este derecho debe de extraerse de otros principios del Common Law lo cual ha supuesto cierta indefinición sobre el contenido de este derecho y ha restado fuerza a propuestas legislativas que se han presentado. Y se ha interpretado que el derecho a que lo dejen a uno tranquilo, *to be left alone*, se contrapone con el sacrosanto derecho a la libertad de expresión, recogido en la primera enmienda constitucional, esto no ayuda mucho.

Sigue diciendo esta autora en segundo lugar el derecho a la protección de datos no se considera un civil right derecho civil, en la tradición legal estadounidense, se diferencian dos grandes categorías de derechos los derechos civiles, civil rights y las libertades públicas, civil liberties, *libertades civiles* el derecho a la protección de datos se presenta como un civil liberty, las libertades públicas ceden más fácilmente frente a otros intereses que los derechos civiles.⁴⁰⁷

También considera que en Estados Unidos el poder empresarial tiene gran influencia en el legislativo, y al ser tan lucrativa el área de la tecnología, van a evitar que la protección de datos sea un obstáculo para el progreso de la tecnología de la información. Así mismo considera que en Estados Unidos el tema de la privacidad no parece conseguir muchos votos, por lo tanto no la hacen su bandera política, ni los partidos ni los legisladores., además la población se ha acostumbrado a que la tecnología entre a sus casa y no la ve como peligrosa, si no ven peligrosas las armas de fuego, solamente a raíz de los atentados terroristas del 2001 en el world trade center, es que se sensibilizaron un poco y aceptan que se afecte un poco su derecho a la privacidad en aras de la defensa y de la seguridad nacional.

Pero no lo perciben como una necesidad social importante, por eso es por lo que solamente se ha limitado a legislar sectorialmente.

⁴⁰⁷ Cervera, Navas Leonardo, *El modelo Europeo de protección de datos de carácter personal*, en Cuadernos de derecho público, 19-20, mayo-diciembre 2003, INAP, Madrid, p.138

3. Leyes Vigentes

- a. La primera ley- Ley de Privacidad Privacy Act, del 31 de Diciembre de 1974, sigue vigente.

Se emitió con el objeto de proteger a los individuos sus libertades sus derechos fundamentales, frente a la recolección y tratamiento automatizado de datos personales por parte de las Agencias Federales.⁴⁰⁸

La ley Federal de Estados Unidos, posee estatutos distintos para el sector público y para el privado, la Ley Federal sobre la intimidad, es de aplicación solamente para datos que están en poder del Gobierno Federal.

En Estados Unidos existen muchísimas leyes en materia de privacidad por sectores y alternativamente se han desarrollado políticas de autorregulación estas últimas se han dado para proteger sectores más sensibles de la sociedad, cómo son los enfermos y la protección y confidencialidad de información qué proporcionen menores de edad a sitios en internet; en el caso de los enfermos se creó *Health insurance Portability and Acontability act de 1996* y en relación a los niños *Children's Online Privacy Protection Act of 1998*.

- b. *Freedom of Information Act*

En lo que corresponde a las bases datos del sector público se aplica para el proceso de datos de los consumidores Fair Credit Reporting Act, y la Financial Information Privacy Protection Act la que regula la protección de los datos personales propios al sector financiero los principios antes mencionados de acuerdo al Safe harbor entre la Unión Europea y los Estados Unidos permite que las empresas estadounidenses De Estados Unidos que se comprometan y acepten ciertas cláusulas contractuales puedan recibir datos personales provenientes de empresas de la Unión Europea.

Las empresas presentan un expediente ante el ministro de Comercio estadounidense quien a su vez envía la lista de las empresas que se han adherido

⁴⁰⁸ García, Torres, A, iniciativa reforma art 16 Constitucional, ob cit., p. 212

voluntariamente a los criterios de seguridad esta lista puede ser consultada por las empresas europeas y en el caso de comisión de actos ilícitos hay una sanción impuesta por la Federal Trade Commission sin embargo en la práctica el safe harbor a interesado solamente a un bajo porcentaje de empresas. Por otro lado en lo que respecta a su finalidad que es el desarrollo y promoción del comercio electrónico aún no ha sido alcanzada por el momento es un instrumento que ha permitido evitar la desaceleración del comercio entre la Unión Europea y los Estados Unidos pero no ha logrado aumentar los intercambios comerciales.

c. La Aviation and Transportation Security Act del 19 de noviembre de 2001 y la Enhanced border Security a visa entry reform Act del 5 de mayo de 2002.

El safe harbor tiene excepciones, en cuanto a la protección de la vida privada este acuerdo si bien toma en cuenta los principios de las directivas europeas reduce visiblemente el alcance y contenido de estos por ejemplo en Estados Unidos no existe el principio de lealtad en el tratamiento, ni el derecho de acceso se encuentra reducido. Debido a la creación de leyes de lucha contra el terrorismo estos principios no son válidos para la administración estadounidense después de los atentados del 11 de septiembre se crearon estas dos leyes *fundamentales* primeramente los Estados Unidos se limitó a pedir a las aerolíneas la lista de pasajeros y de la tripulación en la cual se encontraba el nombre la nacionalidad el sexo, el número de pasaporte y el país emisor del mismo, la visa así como toda información que pudiera ser considerada necesaria ejemplo la comida solicitada y si pidieron servicios de salud, asistencia, para garantizar la seguridad del espacio aéreo, poco después no se conformaron con estos datos y pidieron a las compañías que les permitieran el acceso a sus sistemas de reservación, en el cual pueden existir información que es altamente confidencial sobre los pasajeros esta obligación se realizó mediante la aprobación de una reglamentación del 25 de junio de 2002 llamada Passenger Name Record PNR que contiene información sobre el lugar en donde se hizo la reservación, el número de personas que hicieron la reservación el medio de pago la tarjeta de crédito, débito o cheque y nombre del banco, la dirección personal del pasajero, también comida que pidió y servicios de salud o asistencia especial.

Es solo un ejemplo del tipo de información que pueden solicitar con archivos informáticos.

O los pasaportes que contienen un chip *radio frequency identification tag*, el cual es chip electrónico que contiene información sobre nombre y apellidos del titular, lugar, fecha de nacimiento, fotografía digitalizada, y esa información se puede leer con frecuencias de radio, los de aduanas pueden ver esa información codificada.⁴⁰⁹

Como ya se anotó, en Estados Unidos no existe una sola ley de la materia de regulación de tratamiento de datos, si no multitud de legislaciones Federales y Estatales y acuerdos bilaterales o multilaterales.

d. SAFE HARBOR

Acuerdo entre la Unión Europea y Estados Unidos, según el cual las empresas Estadounidenses que se unieran al programa denominado safe harbor, en materia de protección de datos, no se verían sancionados por la administración de la UE, entro en vigor el 1 de noviembre de 2000.⁴¹⁰

Para la exención de sanciones europeas las empresas estadounidenses deben suscribirse a programas como el Trust o BBB on line y comprometerse a seguir 7 principios en el tratamiento y transmisión de datos de ciudadanos europeos, por ejemplo los derechos de información de rectificación, ser eliminados de bases de datos, ser informados sobre posibles cesiones a terceros y el derecho al sistema seguro de acceso a sus datos.⁴¹¹

e. Acuerdo marco UE-EE. UU.

En el contexto del procedimiento de aprobación, el Parlamento Europeo, participó en la aprobación del acuerdo entre los Estados Unidos y la Unión sobre la protección de los datos personales relacionados con la prevención, la investigación, la detección y el enjuiciamiento de infracciones penales, también conocido como

⁴⁰⁹ Ovilla Roció, ob cit, pp. 21-23

⁴¹⁰ Ibidem p. 64

⁴¹¹ Téllez, Julio, ob cit., p. 72

acuerdo marco. Dicho acuerdo tiene por objeto garantizar un elevado nivel de protección de la información personal que se transfiere en el marco de la cooperación transatlántica a efectos de aplicación de la ley, en concreto en la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada.

f. Acuerdos UE-EE. UU., UE-Australia y UE-Canadá sobre el registro de nombres de los pasajeros (PNR)

La Unión ha firmado acuerdos bilaterales sobre el registro de nombres de los pasajeros (PNR) con los Estados Unidos, Australia y Canadá. Los datos PNR, como ya se explicaron líneas arriba; consisten en la información facilitada por los pasajeros al reservar vuelos o proceder a la facturación y en los datos recogidos por las compañías aéreas para sus propios fines comerciales. Los datos PNR pueden ser utilizados por las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley en su lucha contra la delincuencia grave y el terrorismo.

g. Programa UE-EE. UU. de Seguimiento de la Financiación del Terrorismo (TFTP)

La Unión ha firmado un acuerdo bilateral con los Estados Unidos sobre el tratamiento y la transferencia de datos de mensajería financiera con origen en la Unión y destino en los EE. UU. a efectos del programa de seguimiento de la financiación del terrorismo.

La tensión entre seguridad e intimidad ha existido durante siglos, Benjamín Franklin dijo hace más de 200 años, *Aquellos que pueden sacrificar la libertad esencial para obtener un poco de seguridad provisional, no se merecen ni la libertad, ni la seguridad*. Y recientemente la Comisión de Tecnología y defensa de la Intimidad del departamento de defensa de los Estados Unidos dijo: *Bien podía haber añadido Franklin que los que cambian la libertad por la seguridad, con demasiada frecuencia no logran ni la una, ni la otra.*⁴¹²

⁴¹² Carter, Manny, ob cit., p. 177.

h. La oficina para derechos y libertades civiles, en base a la ley 5U.S.C.- 552^a (2000), resuelve las reclamaciones, cabe resaltar que señala que la información recogida para un fin no debe usarse para otro fin sin el consentimiento del interesado.

Existe un derecho de acceso y rectificación, los datos no deben revelarse sin el consentimiento del interesado y tiene excepciones como por fines judiciales, o por circunstancias de sanidad o por seguridad del interesado. Esta Ley sobre intimidad no es aplicable para extranjeros no residentes., sin embargo estos pueden presentar una solicitud al Servicio de Aduanas y Protección de Fronteras, de acuerdo con la Ley Federal de Libertad de Información y enterarse de la naturaleza de los datos de pasajero, que se poseen a nombre del interesado.⁴¹³

4. Autoridades Supervisoras

a. Federal Trade Commission.

Agencia de Información sobre crédito, es fundamental en la economía nacional. Ayudan para evaluar dar créditos, conceder plazos, posibilidades de obrar, localizan individuos y también ayudan a las empresas a evaluar solicitudes de empleo o seguros de personas físicas.

Estos servicios exigen tratamiento de datos personales, estas agencias de información sobre crédito al consumidor están autorizadas para tratar datos personales, créditos de empresas.⁴¹⁴

Nos dice Davara, que estas agencias han cruzado la línea de sectores y también se dedican a actividades de marketing directo compilan datos personales y demográficos.

⁴¹³ Carter, Manny, *La intimidad de la Unión Europea y la seguridad de los Estados Unidos*, en Cuadernos de Derecho Público 19-20, Madrid, mayo-diciembre 2003, INAP, p. 150

⁴¹⁴ Davara, Miguel, *La protección*, p. 181

En relación a los créditos, los estadounidenses tienen los mismos derechos de acceso y rectificación comparable con los europeos.

Con relación a la exigencia legal de seguridad del tratamiento, la legislación americana es compatible con la europea.

Sus leyes obligan al responsable del tratamiento a tomar medidas necesarias para impedir cualquier acceso no autorizado a los datos y para impedir se usen para otro fin, su incumplimiento da lugar a Responsabilidad Civil de la Agencia.⁴¹⁵

Y una gran diferencia es que la legislación de información sobre crédito no obliga a informar al afectado sobre el tratamiento o transmisión de datos personales sobre créditos.

b. Los Tribunales Federales son el órgano jurisdiccional competente para sanciones ⁴¹⁶

5. Sanciones

a. Administrativas

Cada ley las establece, generalmente son multas, pero no muy severas, primero es como corregir los errores. Y en el ámbito financiero si imponen multas altas y en este y en el comercial también señalan la reparación del daño.

b. Sanciones Penales

No directamente hay delitos en esta materia, solo la Acta Federal de abuso computacional de 1994, 18U.S. C.Sec.1030 proscribela transmisión de programas, información, códigos, o comandos que causan daños a la computadora, a los sistemas informáticos, a las redes, información, datos o programas, Sec. 1030 (a)(5) (A)

Nos sirve de ejemplo para ver su parámetro de penas.

⁴¹⁵ Ibidem p 186

⁴¹⁶ Téllez, Julio. Ob cit., p. 63

A los que dolosamente mandan el virus, lo crean y causan daño la sanción es de *hasta 10 años en prisión federal* y multa y los que lo transmiten de manera *imprudencial la sanción es de multa* que fluctúa y hasta un año de prisión.

Hay mucha diferencia entre la conducta culposa y dolosa de 1 a 10 años.

Y también tipifica los delitos como fraude u otras estafas electrónicas a través de la red informática con prisión y multa.⁴¹⁷ Evidentemente no protegen como BJ los datos personales.

6. Impacto o Consecuencias

Si bien es cierto que, en comparación con Europa, Estados Unidos no tiene tantas regulaciones para la transmisión de datos al exterior, sí es cierto que en el interior para sus ciudadanos protege los datos en dos áreas importantes la financiera y la del consumidor.

En la página oficial del gobierno en la ventana de temas del consumidor, esta otra de proteja su privacidad y ahí leemos.

Aprenda cómo proteger su privacidad y seguridad y evitar el robo de identidad y estafas.

Un caso emblemático: Equifax, una de las tres principales agencias de informes de crédito en Estados Unidos, anunció que los datos personales de 143 millones de consumidores habían quedado expuestos luego de un ciberataque. *Los “hackers” accedieron a los números de Seguro Social, fechas de nacimiento, direcciones y números de licencia de conducir que la compañía guarda.*

Equifax lanzó una herramienta que permite saber si su información fue afectada. *Siga estos pasos: Visite el sitio web de Equifax dedicado a este asunto. Si el mensaje que usted recibe indica que es una de las personas afectadas, Equifax le ofrecerá consejos sobre qué puede hacer. Y Además aclara que Equifax no llama a los afectados Si recibe una llamada de una persona diciendo que es de*

⁴¹⁷ Téllez, Julio, *ibidem* u ob cit., p. 177

Equifax, se trata de una estafa. No dé información personal y cuelgue inmediatamente. Si ya recibió una llamada como esta, avísele a la La Comisión Federal de Comercio (FTC, sigla en inglés)

Lo anterior nos demuestra que si tienen derechos de protección de datos en el ámbito financiero y como ejercerlos, los llevan de la mano, del teclado. FTC, ofrece más información para protegerse después de un incidente de seguridad. Como reportar y recuperarse del robo de identidad en *Robodeidentidad.gov*.

Advierten que puede resultar fácil y rápido conseguir una aprobación de crédito, transferir dinero de una cuenta a otra o realizar pagos, entre otros. Sin embargo, una desventaja es que hay muchas oportunidades para que su información pueda ser robada, difundida incorrectamente o compartida con otras organizaciones sin su consentimiento.

Si la base de datos de una compañía sufre una filtración (“data breach”), usted puede ser víctima de estafas de “phishing” o de robo de identidad.

Les sugieren como proteger su privacidad

- Pregúnteles a las empresas cómo usarán su información personal.
- Averigüe cómo se almacenará y protegerá su información de posibles filtraciones de datos y hackers.
- Elija la cláusula de exclusión voluntaria si no quiere que una empresa comparta su información personal con otras. Y así 10 o más consejos.

Consulte a su agencia estatal de protección al consumidor para averiguar si las leyes de su estado ayudan a proteger su privacidad. De la lectura de esta guía, apreciamos que muchos de los principios y derechos del Reglamento y la Leyes Europeas de protección de datos, aquí se los dejan opcionales al consumidor, sí quiere ejercerlos, que pregunte a la empresa.

Multas altas. Las autoridades estadounidenses no se han quedado atrás por lo que respecta al incremento en las cuantías de multas vinculadas a infracciones de la normativa de protección de datos. La FTC, señaló que, junto con otras autoridades federales y estatales, ha llegado a un acuerdo con Equifax para que ésta pague como mínimo 575 millones de dólares como consecuencia de la violación de la normativa de protección de datos, además, se constituirá un fondo de compensación a los afectados cuyos datos fueron revelados ilegalmente o sea la reparación del daño.

Y otro aspecto sensible que protegen es el derecho a la privacidad médica

Su médico comparte su información médica con las compañías de seguros de salud, farmacias, investigadores y empleadores. Sin embargo, *la Ley de Responsabilidad y Transferibilidad de Seguros Médicos HIPAA*, sigla en inglés protege la historia clínica. La ley define sus derechos con respecto a su información médica o historia clínica y establece las reglas y límites sobre quién puede recibir o ver su historia clínica.

Fomenta la autorregulación y autoprotección, dice: *Tome medidas para proteger su privacidad médica: Hable con su médico sobre sus dudas acerca de la confidencialidad de su información. Pida una copia de su historia médica para conocer su contenido.*

Denuncie la violación de la privacidad médica. Si un médico, aseguradora o proveedor de salud ha violado su derecho a la privacidad médica, se presenta una queja ante la Oficina de Derechos Civiles (OCR, sigla en inglés) y envíela a la dirección que aparece en el formulario.⁴¹⁸

Un tercer ejemplo del impacto de la sociedad de la Información en USA.

⁴¹⁸ Llame a USA Gov en Español, Llame GRATIS al 1-844-USA-GOV1 (1-844-872-4681) y seleccione la opción #2 para recibir atención en español.
<https://www.usa.gov/espanol/proteja-su-privacidad#item-213715>

Senadores de EE. UU exigen respuestas a Facebook y Google sobre app pagaba a usuarios por espiar su smartphone, los congresistas mostraron interés en crear una nueva regulación que rijan estas compañías, para proteger los datos de los usuarios, luego de conocerse que Facebook estaba pagando a usuarios de entre 13 y 25 años de edad por instalar una app en sus smartphones que recopilaba los datos del dispositivo. Una actividad similar fue detectada en Google, lo que hizo que Apple bloqueara las apps internas de iOS de ambas empresas a fin de hacer cumplir las políticas de la App Store.

Los senadores enviaron tres cartas donde cuestionaron a las compañías sobre sus acciones en contra de la privacidad de los usuarios a través de sus apps de investigación, y también plantearon interrogantes a Apple sobre cómo manejan la privacidad dentro de su tienda de aplicaciones.

Preguntaron a Zuckerberg cuántos menores de 18 años utilizaron su app y cómo se recopilaban los datos personales.

Asimismo, los documentos cuestionan las políticas de la Google Play Store y de la App Store sobre si se llevó a cabo una búsqueda de las aplicaciones que recopilan datos privados de los usuarios. De momento, ninguna de las compañías mencionadas en las cartas ha emitido comentarios al respecto.⁴¹⁹

B. Canadá

1. Constitución.

Es un Estado Federal miembro de la comunidad Commonwealth, pertenece a la familia del Common Law, con excepción de la provincia de Quebec que utiliza el derecho neorrománico, por lo tanto existen dos sistemas jurídicos en el país., el derecho público y la estructura de los tribunales está basado en el Common Law.⁴²⁰

⁴¹⁹ Por Jorge Quijje, Feb 8, 2019, <https://www.tekcrispy.com/2019/02/08/senadores-facebook-app-privacidad/>

⁴²⁰ Sirvent, Consuelo, *Sistemas jurídicos Contemporáneos*, México, Editorial Porrúa, 12ª edición, 2010, p. 131.

Documentos constitucionales. El 29 de marzo de 1867, se emitió una Ley para la Unión de Canadá, Nueva Escocia y Nuevo Brunswick, y el Gobierno de la misma; conduciría al Bienestar de las Provincias y promovería los Intereses del Imperio Británico y para fines relacionados con el mismo, las provincias expresaron su deseo de unirse federalmente en un dominio bajo la corona del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda, con una constitución similar en principio al Reino Unido.

Esta Ley puede ser citada como la *Ley de la Constitución de 1867*. En el mismo prologo señala su denominación.

Declaración de Poder Ejecutivo: se declara que el Gobierno Ejecutivo y la Autoridad de y sobre Canadá continúan y están investidos en la Reina.

Las Disposiciones de esta Ley que se refieren al Gobernador General y que habrá un Consejo para ayudar y asesorar en el Gobierno de Canadá, que se denominará el Consejo Privado de la Reina para Canadá; y las Personas que serán Miembros de ese Consejo serán elegidas y convocadas periódicamente por el Gobernador General y juramentadas como Consejeros Privados, y sus Miembros podrán ser removidos periódicamente por el Gobernador General

Posteriormente en el año 1982, tuvo enmiendas en un nuevo documento denominado *Carta Canadiense de Derechos y Libertades*.

Reitera que Canadá se basa en principios que reconocen la supremacía de Dios y el imperio de la ley. En el titulo denominado, GARANTÍA DE DERECHOS Y LIBERTADES garantiza los derechos y libertades establecidos en ella sujetos únicamente a los límites razonables prescritos por la ley que puedan justificarse demostrablemente en una *sociedad libre y democrática*.

ENTRE LA LIBERTADES FUNDAMENTALES señala, *libertad de conciencia y religión; libertad de pensamiento, creencia, opinión y expresión, incluida la libertad*

de prensa y otros medios de comunicación; libertad de reunión pacífica; y libertad de asociación. Así mismo enfatiza derechos democráticos.

Todos los ciudadanos de Canadá tienen derecho a votar en una elección de miembros de la Cámara de los Comunes o de una asamblea legislativa y a ser elegibles para ser miembros de esta. Pero nada específico en relación a nuestro tema.

2. Primera ley

a. Canadá Ley Human Right Act del 14 de julio de 1977

Dicen que inspirada en la ley de Estados Unidos estipula en su capítulo IV derechos humanos e informatización.

El sistema Canadiense de datos de pasajeros. También tiene un acuerdo firmado con la UE.

b. Acuerdo UE-Canadá sobre el registro de nombres de los pasajeros (PNR)

La Unión ha firmado acuerdos bilaterales sobre el registro de nombres de los pasajeros (PNR) con Canadá. Ya sabemos que los datos PNR consisten en la información facilitada por los pasajeros al reservar vuelos o proceder a la facturación y en los datos recogidos por las compañías aéreas para sus propios fines comerciales. Los datos PNR pueden ser utilizados por las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley en su lucha contra la delincuencia grave y el terrorismo.

Canadá emplea un sistema de extracción en el cual el gobierno tiene acceso a los sistemas de reserva, porque permite el acceso a datos con el fin de la seguridad del país o por salud pública, además recogen datos de manera desproporcional hasta 38 datos, la mayoría de los países europeos solo 19, e inicialmente tenían un plazo de seis años para guardar la información y poderla transmitir a autoridades del país

o extranjeros sin ninguna restricción. Si contempla los mismos principios y derechos⁴²¹

3. Ley Vigente

Canadá tiene dos leyes federales de privacidad aplicadas por la Oficina del Comisionado de Privacidad de Canadá:

La *Ley de Privacidad*, que cubre cómo el gobierno federal maneja la información personal; y

La *Ley de Protección de la Información Personal y Documentos Electrónicos* (PIPEDA), que cubre cómo las empresas manejan la información personal.

a. La Ley de Privacidad

La *Ley de Privacidad* solo se aplica a las instituciones del Gobierno Federal que figuran en una lista, se aplica a toda la información personal que el gobierno federal recopila, usa y divulga, esto incluye información personal sobre empleados federales.

Esta ley no se aplica a partidos políticos ni a sus representantes.

La Ley de Privacidad se relaciona con el derecho de una persona a acceder y corregir la información personal que el Gobierno de Canadá tiene sobre ellos. La Ley también se aplica a la recopilación, uso y divulgación de información personal por parte del Gobierno en el transcurso de la prestación de servicios tales como: pensiones de seguridad para la vejez.

La Ley de Privacidad brinda protección a las personas de tres maneras principales. Proporciona a las personas el derecho a estar protegidos contra la invasión injustificada de su privacidad resultante de la recopilación, mantenimiento, uso y divulgación de su información personal.

⁴²¹ Carter, Many, *ibidem* p. 172

b. La Ley de Protección de Información Personal y Documentos Electrónicos PIPEDA

PIPEDA se aplica a organizaciones del sector privado en todo Canadá que recopilan, usan o divulgan información personal en el curso de una actividad comercial .

La ley define una actividad comercial como cualquier transacción, acto o conducta en particular, o cualquier curso de conducta regular que sea de carácter comercial, incluida la venta, el intercambio o el arrendamiento de donantes, membresías u otras listas de recaudación de fondos.

También se aplica a la información personal de los empleados de empresas reguladas por el gobierno federal como: bancos, aerolíneas, empresas de telecomunicaciones

Es una ley federal, y establece estándares nacionales para las prácticas de privacidad en el sector privado. Las leyes provinciales han sido declaradas como sustancialmente similares a PIPEDA.⁴²²

4. Autoridad Supervisora

Federal Privacy Commission⁴²³

El Comisario para la protección de la vida privada, nombrado por el Ministro de Justicia, aplica la ley con la que se creó en 1977 la Human Right Act.

La Oficina del *Comisario de Privacidad de Canadá* brinda asesoramiento e información a las personas sobre la protección de la información personal. También aplica las dos leyes federales de privacidad supra indicadas, que establecen las reglas sobre cómo las instituciones del gobierno federal y ciertas empresas deben manejar la información personal.

⁴²² https://www.priv.gc.ca/en/privacy-topics/privacy.../02_05_d_26/

⁴²³ www.privcom.gc.ca Canadá

Office of the Privacy Commissioner of Canada/ Commissariat à la protection del vie privée du Canadá. 112 Kent Street, Ottawa, Ontario, K1A 1HR

El Comisario de Privacidad de Canadá informa al Comité Permanente de Acceso a la Información, Privacidad y Ética de la Cámara de los Comunes.⁴²⁴

La ventaja de este modelo es que existe una sola autoridad en materia de protección de datos que se encarga de garantizar el adecuado tratamiento de estos en posesión de los entes públicos y privados, además de ser una autoridad con autonomía técnica, presupuestaria y de gestión.

Por otra parte, Canadá cuenta con un Comisionado de Información, el cual tiene como función garantizar el pleno ejercicio del derecho de acceso a la información pública gubernamental. Así, existen dos autoridades, una encargada del acceso a la información y otra de la protección de datos personales, en los casos en que entran en pugna ambos derechos fundamentales, se han creado mecanismos de consulta y comunicación entre ambas autoridades.

5. Sanciones

a. Administrativas

La PIPEDA establece en el capítulo de sanciones, se refiere a delitos, pero en nuestro sistema, sería una falta administrativa y una multa.

Artículo 68 y sucesivos. (1) Ninguna persona obstruirá al Comisionado de Privacidad o cualquier persona que actúe en nombre o bajo la dirección del Comisionado en el desempeño de los deberes y funciones del Comisionado bajo esta Ley.

⁴²⁴ Consultar Informe de la Comisaría de Protección de Datos Personales de Canadá sobre las consultas de 2010 relativas al rastreo, la construcción de perfiles y la focalización en línea y la computación en la nube. La Comisaría de Protección de Datos Personales de Canadá (OPC, por sus siglas en inglés) inició un proceso de consultas sobre el rastreo, la construcción de perfiles y la focalización en línea, así como sobre la computación en la nube. El objetivo de la consulta era destacar las tendencias tecnológicas en evolución y sensibilizar al público y otras partes interesadas ante las implicaciones del mundo en línea para la vida privada de las personas. Pienso que las consultas fueron un primer paso positivo en esa dirección. https://www.priv.gc.ca/en/about-the-opc/what-we-do/consultations/report_201105_s/

(2) *Toda persona que contravenga esta sección es culpable de un delito y está sujeto a una condena sumaría a una multa que no exceda de mil dólares.*1980-81-82-83, c. 111, Sch. II "68"

Excepciones

Artículo 69 (1) Esta Ley no se aplica a material de biblioteca o museo conservado únicamente para fines de referencia pública o exhibición; o no se aplican a la información personal que está disponible públicamente.

Esta Ley no se aplica a la información personal que Canadian Broadcasting Corporation recopila, utiliza o divulga para fines periodísticos, artísticos o literarios y Esta Ley no se aplica a las confidencias del Consejo Privado de la Reina para Canadá,⁴²⁵

b. Sanciones Penales

Código Penal data de 1985

- PARTE VI - Invasión de la privacidad estos dos artículos se refieren básicamente a la violación de correspondencia y a la intervención de comunicaciones.183 - Definiciones184 - Interceptación de comunicaciones.

En relación con nuestro tema los siguientes artículos están más vinculados.⁴²⁶

Robo de identidad y fraude de identidad

Definición de *información de identidad*

402.1 Para los propósitos de las secciones 402.2 y 403, información de identidad significa cualquier información, incluida información biológica o fisiológica, de un tipo que se usa comúnmente solo o en combinación con otra información para identificar o pretender identificar a un individuo, incluida una huella digital, voz impresión, imagen de retina, imagen de iris, perfil de ADN, nombre, dirección, fecha de nacimiento, firma escrita, firma electrónica, firma digital, nombre de usuario,

⁴²⁵ <https://www.priv.gc.ca/en>

⁴²⁶ Ver <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/page-41.html#h-118715>

*número de tarjeta de crédito, número de tarjeta de débito, número de cuenta de institución financiera, número de pasaporte, número de seguro social , número de seguro de salud, número de licencia de conducir o contraseña.*2009, c. 28, s. 10⁴²⁷

PARTE X transacciones fraudulentas relacionadas con contratos y comercio

Robo de identidad y fraude de identidad

402.2 (1) Toda persona comete un delito que obtiene o posee la información de identidad de otra persona *con la intención de usarla para cometer un delito procesable que incluye fraude, engaño o falsedad como un elemento del delito.*

En este caso vemos que es con el objetivo de cometer un fraude que utiliza la información de identidad, el siguiente tipo penal, consideramos se apega más a nuestra tesis.

(2) Comete un un delito quien transmite, pone a disposición, distribuye, vende u ofrece a la venta la información de identidad de otra persona, o la tiene en su poder para cualquiera de esos fines, sabiendo eso o siendo imprudente en cuanto a si la información será utilizada cometer un delito procesable que incluye fraude, engaño o falsedad como un elemento del delito.

Pueden usarlo para falsificación de documento, fraude, robo de identidad entre otros.

(5) Toda persona que cometa un delito en virtud del inciso (1) o (2)

(a) es culpable de un delito procesable y puede ser encarcelado *por un período no mayor de cinco años; o*

(b) es culpable de un delito punible con condena sumaria.

⁴²⁷ <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/page-86.html#h-122702>

El sistema legal de Canadá se basa en los sistemas inglés y francés. Los exploradores y colonizadores trajeron estos sistemas a Canadá en los siglos XVII y XVIII . Después de la Batalla de Quebec en 1759, el país cayó bajo el derecho consuetudinario inglés, a excepción de Quebec, que sigue el derecho civil.

El sistema legal de Canadá se basa en una combinación de derecho consuetudinario y derecho civil.

Quebec es la única provincia con un código civil, que se basa en el *Código Francés Napoléon* (Código Napoleónico). El resto de Canadá usa la ley común. El *Código Penal* también se considera un código nacional, y se usa en todo Canadá⁴²⁸

6. Impacto o consecuencias

Experto canadiense explica cómo funciona la protección de datos en su país⁴²⁹

En Canadá todas las compañías que hacen negocios, ya sea que estén ubicadas en Canadá o no, tienen que seguir la ley y si alguien les envía una solicitud de información, una compañía tiene 30 días para responder. Entonces, la solicitud puede ser algo como 'yo quisiera tener acceso a toda la información personal que ustedes tienen sobre mí', también puede incluir un par de preguntas sobre cómo es utilizada su información. Y se supone que, de acuerdo a la ley, deben facilitar esa información de forma gratuita o establecer un costo mínimo.

Dice en nuestra investigación nos dimos cuenta de que ese 'costo mínimo' muchas veces es muy difícil de definir. Algunas compañías podrían cobrar mucho dinero por su información. Por ejemplo, de las compañías de celulares usted puede conocer su historial de ubicaciones, porque como el teléfono se conecta a la red celular desde torres específicas, ellos tienen historiales en una base de datos de todas las

⁴²⁸ <https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/just/03.html>

⁴²⁹ Andrew Hiltz, investigador canadiense, explica los alcances de su investigación en protección de datos a estudiantes de la Escuela de Computación del Tecnológico. 4 de Mayo 2018 Por: Johan Umaña Venegas, universidad de Costa Rica. <https://www.tec.ac.cr/hoyeneltec/2018/05/04/experto-canadiense-explica-funciona-proteccion-datos-su-pais>

ubicaciones en las que usted ha estado o ha utilizado su teléfono. Uno de nuestros participantes pidió esa información y le dijeron que tenía que pagar \$100 para obtener tan solo un mes de registros eso no parece un costo muy razonable.

De acuerdo a la ley todas las compañías tienen que responder ya sea que tengas un contrato con ellas o no, como las de mercadeo, Si no lo hacen, uno se puede quejar al Comisionado de Privacidad, que es quien supervisa el cumplimiento de la ley de privacidad en Canadá. Uno puede presentar una queja con ellos y así iniciaría una investigación.

Uno de los inconvenientes que hemos notado es que algunas veces las compañías que no están radicadas en Canadá se rehúsan a cumplir con la petición de información, puede que aleguen que son una compañía estadounidense y solo responden a determinaciones de las autoridades de ese país, por lo que no facilitan su información. A veces, las compañías pueden ser un poco groseras y alegar que no tienen por qué responder, pero le van a hacer un favor al cliente facilitándole *un poco de su información*.

Una vez que se tiene acceso a la información personal. Sí se tiene el derecho a que se corrija la información, en caso de que haya errores No tenemos ese tipo de legislación en el que las personas tienen derecho a que se elimine su información personal, como sucede en Europa.

Yo diría que es difícil para una persona común saber qué información hay ahí afuera sobre ellos mismos. Porque nuestra relación con la información es básicamente a través de nuestro teléfono, cuando estamos haciendo algo en el celular como usar Facebook, WhatsApp... sin pensar sobre la información que se está generando. Solo pensamos en hablar con nuestros amigos o publicar fotos, lo que sea. *Las políticas de privacidad de las compañías usualmente no lo hacen muy claro.*

Una de las cosas que las empresas podrían llevar a cabo, es hacer sus políticas mucho más cortas, mucho más explícitas, más claras. Existen muchísimos mecanismos para que las compañías puedan operar mejor.

Los gobiernos definitivamente deben actualizar sus regulaciones. Con la entrada en vigencia de la GDPR en Canadá la ley tiene al menos 20 años de retraso en este punto y eso quiere decir que se escribió antes de *big data*, redes sociales y todo lo demás. Así que creo que los gobiernos deberían, al menos, reevaluar sus legislaciones activamente y ver si es efectiva o no.

IV. Países de Latinoamérica

América Latina no posee una tradición tan arraigada en el ámbito de la Protección de Datos Personales como la tienen los países europeos, esto es consecuencia de las continuas revoluciones y dictaduras militares que sacudieron a la inmensa mayoría de los países latinoamericanos. La adopción de las normas eficaces de protección a los derechos y libertades fundamentales requiere de regímenes democráticos estables. A finales de la década de los ochentas se alzan voces renovadoras exigiendo a los gobiernos una regulación que permitiera ante todo frenar las arbitrariedades cometidas por quienes detentaban el poder político.⁴³⁰

I.- El Habeas Data en general: Varios países latinoamericanos instauraron en su Constitución y en sus leyes posteriormente el procedimiento denominado Habeas data.

Primero es necesario entender qué significa el origen de la palabra o acción que hemos de estudiar. Por ello, cuando se refiere a Hábeas, debemos pensar que es segunda persona del presente subjuntivo de *habeo*, *habere*, que en latín significa aquí tengas en posesión, que es una de las acepciones de este verbo. En cuanto a *Data*: es el acusativo plural de *datum*, que en los diccionarios definen como representación convencional de hechos, conceptos o instrucciones de forma apropiada para la comunicación y procesamiento por medios automáticos.⁴³¹

⁴³⁰ Arguello, Téllez, Fernando, *Protección de Datos personales: La Directiva Comunitaria su Influencia y Repercusiones en Latinoamérica*, en Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica, Canales Gil, Álvaro et al. coordinadores, Valencia, España, edit. Tirant lo Blanch, 2005, p. 80

⁴³¹Escobar, Juan F, El hábeas data (protección de datos personales). Ed. Microjuris.com Argentina en 21 diciembre 2017,

Una de las razones fundamentales para que América Latina se hubiere decidido por adoptar el procedimiento de *HABEAS DATA* como protección y no seguir el modelo europeo son los costos económicos implícitos que con llevaba la adopción de una Ley General de Protección de Datos al estilo de la directiva comunitaria hoy Reglamento General. Para el sector público implicaría entre otras cosas, la creación de una autoridad de control independiente, dotada de los medios necesarios para cumplir con sus funciones y responsabilidades. Para el sector privado los costos que generaría la adecuación de sus estructuras empresariales a fin de acatar las obligaciones y medidas de seguridad exigidas por la ley. La acción de hábeas data bajo los parámetros comunitarios podría considerarse que un país cuente con tal remedio constitucional no garantiza la protección adecuada de seguridad.⁴³²

El Habeas data es un mecanismo de procedimiento cuyo fin es corregir irregularidades en el tratamiento de los datos personales, a nivel Judicial, no administrativo, y se implementó en algunos países latinoamericanos a nivel Constitucional, antes de que contaran con una Legislación, entre los críticos de esta figura encontramos que su principal argumento es que, no es el medio idóneo para prevenir acciones atentatorias de los derechos y libertades fundamentales, así como tampoco sirve para regular la forma en que deben realizarse los tratamientos. Bajo esta vía, el interesado puede llegar a confirmar la existencia o inexistencia del tratamiento de datos que le conciernan y si fuere procedente, solicitar la rectificación, supresión o bloque de los mismos, pero consideran que no se podrá determinar a ciencia cierta la finalidad del tratamiento y los destinatarios del mismo. La autoridad competente deberá analizar caso por caso la licitud del tratamiento y decidir si el hecho da lugar al remedio constitucional.

Otras objeciones que observan en relación a los derechos de los titulares, en relación con el contenido de la Directiva Europea, según el grupo de trabajo de la RIPDP, La acción de hábeas data solo el derecho de acceso, rectificación fuera de

<https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/12/21/el-habeas-data-proteccion-de-datos-personales/>

⁴³² Arguello, *Ibidem*.

su ámbito de protección quedan los otros 5 derechos restantes. El Habeas Data es solo un mecanismo de procedimiento imperfecto hay que preguntarse si el órgano judicial es un ente idóneo y capacitado para tramitar las denuncias interpuestas estará facultado para imponer sanciones a los transgresores y si recibirán los interesados las indemnizaciones correspondientes, con esta figura de las reglas del juego la protección de los interesados queda en entredicho.

En síntesis, en Latinoamérica es recurrente la referencia al HABEAS DATA, como forma de tutela de los ciudadanos frente al tratamiento de sus datos personales.

La vinculación de Habeas Data con el Habeas Corpus es mucho más que casual, así lo dice Marvin Carvajal Pérez de Costa Rica, como acción similar al habeas Corpus, esto es que en lugar de traer el cuerpo se trata de traer los datos, que se hará con ellos y qué amplitud de autotutela se ofrecerá es algo que va a depender, en casi todos los casos de la regulación normativa específica o de la interpretación de los tribunales, suele vincularse a su núcleo de tutela los derechos a la honra, a la buena reputación, a la intimidad y el derecho a informarse.⁴³³

En la discusión del problema del procesamiento de datos en América Latina surge de inmediato el concepto de Habeas Data, qué pretende hacer referencia a la posibilidad jurídica de proteger el derecho de los ciudadanos acceder a las informaciones personales que se encuentran disponibles en registros magnéticos y manuales, con el fin de ser revisados y si representan para la persona un perjuicio, también el ser corregidos o eliminados. Deben de tomarse en cuenta los derechos de acceso y control y también las previsiones de carácter técnico que salvaguarden con efectividad los derechos involucrados.

A continuación a manera de muestra de cómo se implementó el Habeas Data y luego como evoluciono la legislación de países latinoamericanos que pertenecen a la RIPDP, comentaremos Argentina porque fue del primer país con legislación en la

⁴³³ Carvajal, Pérez, Marvin Y Chirino, Sánchez, Alfredo, *El Camino hacia la Regulación Normativa del tratamiento de Datos Personales en Costa Rica, en Canales, Gil et al. Coords. Protección de datos de Carácter personal en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005, p. 219 y ss.

Materia, con una Autoridad Controladora Independiente y el país que en 2003, la UE lo certificó como un país seguro., Brasil porque fue el primer país que a nivel Constitución estipuló el Habeas data y Colombia que también ha sido muy activo en el tema, por espacio no podemos analizar los 22 países que pertenecen a esta Red Iberoamericana todos latinos y España y Portugal europeos.

Reconocemos que esta Red ha tenido gran influencia en nuestro continente han invertido mucho tiempo y recursos para sensibilizar a los gobiernos latinoamericanos de legislar al respecto. Por esta Red y por el FIAPP, tuve oportunidad en el 2005 de asistir a un curso de un mes en Madrid España, muy enriquecedor, donde convivimos abogados de todos los países y en esa época solo los Argentinos contaban con una ley y un reconocimiento, si han logrado su objetivo, a la fecha todos los países de la Red tienen leyes y Agencias de Protección de Datos.

A. Argentina

1. Constitución

Brevemente comento. La organización política de la República Argentina se fundamenta en la forma representativa Republicana Federal de gobierno, consagrada en la Constitución adoptada en Santa Fe el 1º de mayo de 1853, por el Congreso General Constituyente de la Confederación Argentina. Este texto fue objeto de reformas en 1860, sustancialmente la incorporación de la provincia de Buenos Aires que estaba separada de la Confederación Argentina en 1853. En 1949, una convención constituyente reemplazó el texto de 1853/1860 por uno nuevo que, a su vez, fue dejado sin efecto por el gobierno provisional mediante la proclama de 27 de abril de 1956 que repuso el texto anterior. El 22 de agosto de 1994, la Convención Nacional Constituyente aprobó reformas a la Constitución Nacional que entraron en vigor el 24 de agosto de 1994. Estas reformas refieren, sustancialmente, a la parte orgánica de la Constitución. Existe Competencia Federal y Provincial, tiene 23 provincias. y con división de Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, sancionan con fuerza de Ley No. 24.430, Sancionada: Diciembre 15 de 1994 y Promulgada: Enero 3 de 1995 la reforma de nuestra materia a La Constitución de la Nación Argentina.

ARTICULO 1º.- Ordénese la publicación del texto oficial de la Constitución Nacional (sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994) que es el que se transcribe a continuación:

Constitución en el capítulo de nuevos derechos y garantías, en su artículo 43. Párrafo tercero: *Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.*

En el párrafo primero se refiere a la acción de amparo, en el segundo que procede la acción por cuestiones de medio ambiente, discriminación, al consumidor, la acción colectiva y en el tercer párrafo estipula la llamada Habeas data pero de su lectura se desprende este nombre porque la Constitución no la designa así. Y en el cuarto párrafo del mismo precepto sí se refiere al habeas corpus, y así lo denomina.⁴³⁴

⁴³⁴ Constitución de la Nación Argentina, <http://pdba.georgetown.edu/Parties/Argentina/Leyes/constitucion.pdf> Ver O'Donnell, Pacho, Historias Argentinas de la Conquista al proceso, edit Sudamericana, Buenos Aires, muestra otro relato posible, no impregnado de la ideología liberal, autoritaria y elitista de la historia oficial, sino uno que abreva en la perspectiva nacional y popular para proponer una valiente revisión de próceres, circunstancias y movimientos hasta hace poco considerados intocables.

Ciertamente la especialista argentina Bastera⁴³⁵, clasifica básicamente en cuatro grupos a los países que contemplan en sus constituciones la protección de datos personales, siendo los siguientes:

“1. El primer grupo está constituido por aquellos países que solamente reconocen en la Norma Constitucional expresamente la acción de habeas data, tal el caso de: Bolivia, Ecuador, Guatemala, Venezuela y México.

2. El segundo grupo está formado por aquellas Cartas Políticas que reconocen la garantía de habeas data sólo en forma implícita, estas son: Costa Rica, El Salvador y Nicaragua.

3. Un tercer grupo estaría conformado por aquellos países que tienen previsión constitucional expresa y ley reglamentaria; ellos son: Argentina, Brasil, Colombia, España, Panamá, Paraguay, Perú y Portugal. *Esta clasificación fue en la primera década de este siglo, ya para el 2020, todos los países de la RIPD cuentan con Ley Reglamentaria de la protección de datos.*

2. Primera Ley

Ley de protección de datos personales: Luego de su consagración constitucional en 1994, la protección de datos personales en Argentina necesitaba de un marco legal que por un lado, reglamentara la acción de habeas data y por el otro, fijase los derechos de fondo que la redacción del art. 43 no había contemplado. De esta manera, varios proyectos fueron presentados para sancionar una ley sobre la temática.

La cual está basada en la española Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal LORTAD, posteriormente reemplazada por la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales LOPDP ambas de España. El entramado normativo en Argentina se completó en 2001 con

⁴³⁵ Bastera, Marcela, *Protección de datos personales*, Argentina, editorial Ediar, 2009, p. 604.

la reglamentación de la ley a través del decreto 1558/0116, que creó la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales DNPDP.

Ley 25.326 de Protección de Datos Personales promulgada el 30 de octubre de 2000, decreto 9957-2000. Que contienen disposiciones sobre los principios generales de protección de datos, los derechos de sus titulares, las obligaciones de los responsables y usuarios de datos, el órgano de control, las sanciones y el procedimiento de recurso judicial llamado habeas data. La autoridad encargada de tutelar la protección de datos es la Dirección Nacional de Protección de Datos.

Derivado de lo anterior, es de destacar que mediante declaración de la Comisión Europea, publicada en el Diario Oficial del 5 de julio de 2003, se determinó que Argentina garantiza un Nivel de Protección adecuado.⁴³⁶

3. Ley Vigente

LEY DE PROTECCION DE LOS DATOS PERSONALES es la misma Ley 25.326

Tiene carácter de orden público de los capítulos I Disposiciones Generales, II Principios Generales, III Derechos de los titulares de los datos IV, Usuarios y responsables de archivos, registros y bancos de datos y del art. 32 Sanciones Penales y Acción de protección de los datos personales. Esta declaración implica que las disposiciones reconocidas son consideradas como parte esencial de los principios que hacen a la existencia de un Estado de derecho y republicano, por lo que cualquier violación a las mismas vuelve nulo el acto en cuestión. Objeto: La ley protege en forma integral los datos personales asentados en archivos, registros, bancos o bases de datos art.1. Asimismo, la ley establece que también gozan de protección los datos almacenados en otros medios técnicos de tratamiento de datos, por lo que no es condición necesaria para la aplicación de la ley que los datos se hallen en una base de datos. Lo importante es que exista un tratamiento de datos.

⁴³⁶ Piñar, José Luis, en García Torres, ob cit p. 32

En cuanto al ámbito de aplicación, la ley regula las bases de datos públicas y privadas.⁴³⁷

El 16 de Agosto de 2019 se llevó a cabo el 8º Encuentro de Seguridad de la Información y Ciberseguridad, donde se comentó el proyecto de reformas a la ley Argentina.

El Director Nacional de Protección de Datos Personales Eduardo Cimato brindó una conferencia sobre los avances que implica el proyecto de Ley de Protección de Datos Personales, el Reglamento General de Protección de Datos Europeo y la figura del Delegado de Protección de Datos (DPO).⁴³⁸ Este proyecto es positivo debido a que elige una protección que tiene como eje central al usuario. A ello, se suma la adopción de mecanismos de prevención y notificación. Cabe resaltar que a su ley en particular, le falta independencia a la autoridad de control de protección de datos personales, ya que ésta dependería sólo del Poder Ejecutivo. Creemos que los legisladores Argentinos deben tener cuidado en que estas normas se ajusten a la realidad de la región, lo cual implica no tomar a la reglamentación europea como el rumbo a seguir siendo conscientes de que pertenece a un contexto muy distinto.

4. Autoridad Controladora

El primer país de Latinoamérica que tuvo ley y autoridad de control de protección de datos con Fundamento Constitucional como lo mencionamos fue Argentina.

La Dirección Nacional de Protección de Datos Personales es el órgano del gobierno de la República Argentina encargado del control de la Ley de Protección de datos personales sancionada en el año 2000, Dependiente de la Agencia de Acceso a la Información Pública.

⁴³⁷ <https://adcdigital.org.ar/wp-content/uploads/2017/01/Legislacion-argentina-sobre-proteccion-de-datos-personales-ADC.pdf>

⁴³⁸ <https://www.argentina.gob.ar/noticias/avances-y-desafios-en-proteccion-de-datos>

La Agencia de Acceso a la Información Pública es la autoridad de aplicación de la Ley de Protección de Datos Personales 25.326 y del Registro Nacional denominado, *No Llame* 26.951. que en México es el equivalente a Condusef y PROFECO para que no te hablen a tus teléfonos para ofrecerte servicios.

A partir del 16 de noviembre de 2017, funciona en el siguiente domicilio: Av. Pte. Gral. Julio A. Roca 710 - Piso 2º - Buenos Aires. ⁴³⁹

La Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, su primer Director duro del 2000 al 2010, José Antonio Travieso, esta Dirección se encuentra facultada para imponer sanciones administrativas que correspondan por violación a las normas de las leyes 25.326 PDP y la ley 26951, no marque.

Y en su página oficial tienen un link donde puedes consultar el registro de infractores, por qué y la sanción, el grado de acatamiento, los recursos planteados, la decisión final recaída, la reincidencia y todo elemento de juicio que sea de interés para la DNPDP.⁴⁴⁰

En Argentina el proceso de cambio normativo comenzó casi contemporáneamente a la aprobación del RGPD, en 2016. La entonces Dirección Nacional de Protección de Datos Personales elaboró un anteproyecto de reforma de la actual legislación, que los rige desde 2000. Recientemente se dio un avance cualitativo importante, en consonancia con los estándares internacionales vigentes, al otorgar desde el año pasado el carácter de autoridad de aplicación en materia de protección de datos personales a un organismo con autonomía funcional como es la AAIP.

⁴³⁹ Para mayor información, ingresar a:
www.argentina.gob.ar/aaip/datospersonales/normativa

⁴⁴⁰ Registro de infractores - Ley 25.326 - creado por artículo 2 Disposición 7/2005 Registro de infractores - Ley 26.951 creado por el artículo 5 Disposición 3/2015,
<https://www.argentina.gob.ar/aaip/datospersonales/responsables/acciones/sanciones>

La reforma legislativa resulta necesaria para que el país tenga en cuenta las transformaciones, a escala global, en materia de protección de datos personales.

Eduardo Bertoni. Doctor en derecho. Director de la Agencia de Acceso a la Información Pública, Argentina. (AAIP)

5. Sanciones

a. Sanciones Administrativas

En el Capítulo VI denominado Sanciones, estipula en el Artículo 31. Sanciones administrativas.

1. Sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que correspondan en los casos de responsables o usuarios de bancos de datos públicos; de la responsabilidad por daños y perjuicios derivados de la inobservancia de la presente ley, y de las sanciones penales que correspondan, el organismo de control podrá aplicar las sanciones de apercibimiento, suspensión, *multa de mil pesos \$ 1.000. a cien mil pesos \$ 100.000.*, clausura o cancelación del archivo, registro o banco de datos. un peso argentino equivale a 0.31 pesos mexicanos.

2. La reglamentación determinará las condiciones y procedimientos para la aplicación de las sanciones previstas, las que deberán graduarse en relación a la gravedad y extensión de la violación y de los perjuicios derivados de la infracción, garantizando el principio del debido proceso.

Y continua la propia ley en el Capítulo VII denominado Acción de protección de los datos personales de los artículos 36 a 43, el procedimiento de esta acción que como se ha multicitado en esta ley si se le llama así Habeas Data.

Procedimiento La acción de protección de los datos personales o de hábeas data procederá:

a) para tomar conocimiento de los datos personales almacenados en archivos, registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proporcionar informes, y de la finalidad de aquéllos;

b) en los casos en que se presuma la falsedad, inexactitud, desactualización de la información de que se trata, o el tratamiento de datos cuyo registro se encuentra prohibido en la presente ley, para exigir su rectificación, supresión, confidencialidad o actualización.

Puede presentarla el titular, su representante, las personas jurídicas y el Defensor del Pueblo.

Procede contra los responsables y usuarios de bancos de datos públicos, y de los privados.

Es competente el Juez del domicilio del actor; el del domicilio del demandado; el del lugar en el que el hecho o acto se exteriorice o pudiera tener efecto, a elección del actor.

Procederá la competencia federal cuando se interponga en contra de archivos de datos públicos de organismos nacionales, y cuando los archivos de datos se encuentren interconectados en redes interjurisdiccionales, nacionales o internacionales.

Procedimiento con fundamento en la ley y por el procedimiento de amparo común y supletoriamente por las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,

Admitida la acción el juez requerirá al archivo, registro o banco de datos la remisión de la información concerniente al accionante. y rendir un informe en un plazo que no podrá ser mayor de cinco días hábiles, el que podrá ser ampliado prudencialmente por el juez.

Al contestar deberá expresar las razones por las cuales incluyó la información cuestionada y aquellas por las que no evacuó el pedido efectuado por el interesado, de conformidad a lo establecido en los artículos 13 a 15 de la ley.

Luego de contestada y habiendo sido producida en su caso la prueba, el juez dictará sentencia. Que puede ser para que:

- En el caso de estimarse procedente la acción, se especificará si la información debe ser suprimida, rectificada, actualizada o declarada confidencial, estableciendo un plazo para su cumplimiento.
- O puede rechazar la acción porque no constituye presunción respecto de la responsabilidad en que hubiera podido incurrir el demandante.

La acción de hábeas data es una modalidad de amparo que permite a toda persona interesada acceder al conocimiento de los datos que consten en registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes, y a exigir su supresión, rectificación, confidencialidad o actualización, en caso de falsedad o discriminación. Esta información debe referirse a cuestiones relacionadas con la intimidad y no puede ser utilizada por terceros sin el derecho reconocido a hacerlo. Hasta el momento, cualquier ciudadano puede interponer un recurso de Hábeas Data.

La naturaleza jurídica del hábeas data según se argumentó en la discusión, de la reforma constitucional, el hábeas data no es un mero interdicto procesal, por lo tanto, es cierto y cumple con los requisitos de amparo.⁴⁴¹

⁴⁴¹ Escobar, Juan F., ídem.

b. Sanciones Penales

En el ARTÍCULO 32. De la Ley 25.326 Señala en relación a las Sanciones Penales. Que se adicionen los artículos 117 bis y 157 bis al Código Penal Federal.

1. Incorpórese como artículo 117 bis del Código Penal, el siguiente:

1°. Será reprimido con la pena de prisión de *un mes a dos años* el que insertará o hiciera insertar a sabiendas datos falsos en un archivo de datos personales.

2°. La pena será de *seis meses a tres años*, al que proporcionará a un tercero a sabiendas información falsa contenida en un archivo de datos personales.

3°. La escala penal se aumentará en la mitad del mínimo y del máximo, cuando del hecho se derive perjuicio a alguna persona.

4°. Cuando el autor o responsable del ilícito sea funcionario público en ejercicio de sus funciones, se le aplicará la accesoria de inhabilitación para el desempeño de cargos públicos por el doble del tiempo que el de la condena.

De la lectura del precepto, inferimos que se refiere a dos conductas de acción dolosas básicamente a *tratar o procesar datos falsos*. y puede ser resultado formal, si hay resultado material y además perjuicio al titular, para alguna persona se duplica la pena de prisión que es muy leve de 6 meses a tres años y solamente no establece multa.

También se agrava la punibilidad cuando el sujeto activo es un servidor público se le inhabilitará por el doble de la pena de prisión.

2. Incorporarse como artículo 157 bis del Código Penal el siguiente:

"Será reprimido con la pena de prisión de un *mes a dos años el que:*

1°. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, *accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales;*

2°. *Revelare a otra información registrada en un banco de datos personales* cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de una ley.

Cuando el autor sea funcionario público sufrirá, además, *pena de inhabilitación especial de uno a cuatro años*".⁴⁴²

Se tipifica el acceso a un banco de datos, violando la seguridad, de forma dolosa, independientemente del resultado. Con sanción de un mes a dos años.

Con la misma sanción castiga la conducta de acción dolosa de revelar la información de un banco de datos que debiera guardar en secrecía. y en ambos se agrava si lo realiza un servidor público inhabilitación de 1 a 4 años.

Lo diferente a nuestro sistema es que en la propia ley de protección de datos, describe los tipos penales y señala que se adicionarán al Código Penal dichos delitos.

Y sí en el CÓDIGO PENAL identificado como Ley 11179 vigente desde 1921⁴⁴³, en 2008 se reformó y se adicionaron estos tipos penales. Se aprecia que el artículo 117 bis que está dentro de TÍTULO II en los DELITOS CONTRA EL HONOR *Artículo incorporado por art. 32 de la Ley N° 25.326 B.O. 2/11/2000* y el precepto 157 bis fue adicionado a su Código penal, o como dicen *Artículo sustituido por art. 8° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008*) está dentro del Título de los delitos contra la Libertad, en

⁴⁴² http://www.redipd.es/legislacion/common/legislacion/Argentina/ley_25326.pdf

⁴⁴³ Código penal, ley 11179, publicada en el Boletín oficial el 3 de Noviembre de 1921, Número 8300, página 826.

el Capítulo III denominado por reforma de 2008. Violación de Secretos y de la Privacidad.⁴⁴⁴

6. *Impacto-Consecuencias*

La Dirección de Protección de Datos Personales inició una investigación sobre Uber 2016

El organismo dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos inició una investigación de oficio a la empresa Uber a fin de verificar el cumplimiento de la legislación Argentina que protege los datos personales y la privacidad.

La DNPD en su carácter de máxima autoridad de aplicación de la ley 25.326 que regula la protección de los datos personales en Argentina, solicitó a Uber que, en el plazo de 10 días, suministre tanto la información que recolecta para brindar el servicio a la Argentina como las medidas de protección que aplica y el destino de los datos.

El director nacional de Protección de Datos Personales manifestó que "ante los acontecimientos que son de público conocimiento, la Dirección inició una investigación de oficio a Uber. Estamos esperando que responda los requerimientos que hicimos a fin de analizar los cursos de acción a seguir:

El requerimiento de la Dirección incluye el pedido para que se informe sobre las medidas de confidencialidad que se aplican a la información que se recolecta y almacena, así como las acciones que ha tomado y tomará Uber para proteger la privacidad de las personas que pudiera verse en riesgo como consecuencia de su actividad.

⁴⁴⁴ Ver el Código Penal texto completo en <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-11179-16546/actualizacion#19>

La legislación argentina prevé que, en caso de encontrarse infracciones a la ley, el organismo de control podrá aplicar sanciones de *multa hasta \$ 100.000 o la clausura o cancelación del archivo, registro o banco de datos*.⁴⁴⁵

Señaló la resolución N° 5173/17, publicada en el Boletín Oficial. El Ministerio informó que esa medida surgió en el marco de una investigación de oficio que se inició durante 2016 con motivo de requerir a Uber que explique las medidas implementadas para dar cumplimiento con la Ley 25.326 de Protección de Datos Personales y demás normas reglamentarias. En tanto, fuentes de Uber consultadas dijeron desconocer la resolución del Ministerio.

El 30 de enero pasado el fiscal de Cámara de la Unidad Fiscal Oeste, Martín Lapadú, solicitó la detención de los directivos de la empresa Uber y el bloqueo preventivo del sitio web a nivel nacional en la causa radicada en la Justicia porteña, en la que se denuncia a la empresa por incurrir en dos contravenciones.

Con lo anterior podemos constatar que la protección de datos en Argentina es una protección cotidiana, y los ciudadanos conocen este derecho.

B. Brasil

1. Constitución

Brevemente, recordemos que: El sistema jurídico brasileño se basa en la tradición romano-germánica, es decir, del derecho civil. La Constitución de la República Federativa de Brasil, en vigor desde el 5 de octubre de 1988, es la ley suprema del país, se caracteriza por su rigor y organiza el país en una República Federativa integrada por la unión indisoluble de los estados, los municipios y el Distrito Federal. Los 26 estados federados tienen autonomía para elaborar sus propias constituciones estatales y leyes. Los poderes de la Unión son el ejecutivo, el

⁴⁴⁵ <http://www.jus.gob.ar/datos-personales/la-direccion-en-los-medios/2016/04/27/la-direccion-de-proteccion-de-datos-personales-inicio-una-investigacion-sobre-uber.aspx>

legislativo y el judicial, independientes y armónicos entre sí. El Poder Judicial federal y local.

La Constitución Política de la República Federativa del Brasil, data de 1988.

La Constitución Brasileña que fue la 1ª ley fundamental en América Latina que reguló sobre la materia de protección de datos. El procedimiento adoptado fue la acción de *HABEAS DATA* esta acción fue concebida como un remedio constitucional contra los abusos de poder e ilegalidades cometidas por servidores o agentes públicos relacionadas en especial a las informaciones y datos relativos de los administrados. A través de ella y según el procedimiento previsto los interesados pueden solicitar la exhibición de sus datos personales a la autoridad responsable de esos registro y si fuere procedente exigir la supresión rectificación o actualización de los mismos su objetivo y ámbito de aplicación en algunos países está limitado para ficheros de titularidad pública y en otros también para ficheros de titularidad privada no se hace distinción en cuanto a que la base de datos este automatizada o no este procedimiento es a instancia de parte interesada, no es un procedimiento que puede iniciarse de oficio, por regla general es un procedimiento abreviado los plazos de presentación de pruebas y alegaciones son cortos y las resoluciones deben hacerse efectivas con prontitud su *tramitación es realizada por un órgano judicial pudiendo dotarse de competencia ya sea a tribunales ordinarios o a una sala determinada del Tribunal Constitucional* las ventajas y desventajas de este procedimiento están subordinadas a la pronta y correcta forma de administrar justicia del país.⁴⁴⁶

La Constitución Federal brasileña considera incluidos dentro del ámbito de tutela del Habeas Data, tanto a la vida privada, como a la honra, el derecho a la imagen y concentra el ámbito de tutela a las informaciones contenidas en bancos de datos pertenecientes a entidades públicas lo que está previsto en el

⁴⁴⁶ Carbajal, Marvin, ob cit. p. 221

TITULO II de los Derechos y Garantías Fundamentales CAPITULO I de los Derechos y Deberes Individuales y Colectivos Art. 5. En dos fracciones que a la letra dicen:

Artículo 5.

LXXII se concederá "habeas data": a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo (...).

LXXVII son gratuitas las acciones de "habeas corpus" y "habeas data" y, en la forma de la ley, los actos necesarios al ejercicio de la ciudadanía.⁴⁴⁷

La inevitable limitación que ofrece una garantía exclusiva en el ámbito procedimental se manifiesta especialmente en la Constitución de Brasil misma que restringe el ejercicio del Habeas Data contra incorrectos datos e informaciones contenidas en bancos de datos públicos, lo que es una decisión incorrecta, si se le evalúa, por ejemplo desde la perspectiva del cambio de posiciones acaecido en la década de los 80 y 90 del pasado siglo, cuando los sujetos particulares adquirieron un enorme poder informático y lo utilizaron para vender datos personales y con ello generar un riesgo insospechado para la capacidad de autodeterminación de las personas.⁴⁴⁸

Nos dice el mismo autor Marvin Carbajal, el habeas data poco va a lograr si conserva esa naturaleza de mera garantía procedimental ya que obligará a poner todas las cartas en el ejercicio posterior de la jurisdicción sería mucho más práctico avanzar en dirección del reconocimiento de un derecho del ciudadano a desarrollar un plan de vida crear condiciones de autorrealización en una sociedad de conocimiento lo que hay de por medio es el problema de otorgar un efectivo status a la persona para que pueda desarrollar su personalidad y definir las condiciones

⁴⁴⁷ Ver Texto completo Constitución de la República de Brasil, http://www.redipd.es/legislacion/common/legislacion/Brasil/constitucion_brasil_1988.pdf

⁴⁴⁸ Marvin Carvajal, ob cit. p. 222

dentro de las cuales quiere interactuar. Así opinaba en 2003 y pasaron casi 15 años más sin una Ley reglamentaria.

2. Primeras Leyes PD

El mandato constitucional ha tenido, hasta la fecha, desarrollo parcial en algunas normativas denominadas *Legislación Sectorial*. Entre las que están:

Ley Nº 12.965 de 2014 Marco Civil de Internet

Ley Nº 12.527 de 2011, la Ley de Acceso a la Información

Ley Nº 9.296, del 24/6/1996, por la que se reglamenta la interceptación de comunicaciones telefónicas (Artículos 1 al 10).

Ley Nº 9.507, del 12/11/1997. Derecho de Acceso a la Información y reglamenta el "habeas data" (Artículo 1).

Código Penal: violación del domicilio, de correspondencia; de comunicación telefónica, divulgación de secreto; violación de secreto profesional.

Ley Complementaria 105. Secreto de las operaciones de instituciones financieras.

Ley Nº 8078/90. Código de Protección y defensa del Consumidor.⁴⁴⁹

Y con estas leyes sectoriales transitaron casi 20 años del siglo XXI, porque será en Brasil por la gran influencia empresarial, que tardaron tanto en legislar; a continuación comentaremos la ley vigente, su proceso legislativo y sus avatares.

3. Ley Vigente

En julio 10 de 2018 el Senado de la República de Brasil aprobó el decreto con proyecto de Ley General de Protección de Datos Personales, el proyecto, que muchos consideran inspirado por el Reglamento General de Protección de Datos europeo (GDPR), para ser sancionada por el presidente brasileño de ese momento, Michel Temer, quien decían estaba presionado por las grandes empresas. Actualmente ya es otro el titular del Ejecutivo, el conservador Jair Bolsonaro, y dicho

⁴⁴⁹ <http://www.redipd.es/legislacion/brasil>

presidente, la detuvo en el veto Presidencial, varios meses, había expectativas, diferendos, por fin la promulgo antes de irse. La Ley N ° 13.709, de 14 de agosto de 2018.

Establece la protección de datos personales y modifica la Ley N ° 12.965, de 23 de abril de 2014 Marco Civil da Internet.

Ley General de Protección de Datos Personales LGPD dada por la Ley N ° 13.853 de 2019. Con la que se crea la Autoridad Nacional de protección de Datos.

El Congreso de Brasil, en un claro compromiso con la dignidad humana, ha dado aprobación en el pasado mes de julio de este 2018 a la ley General de Protección de Datos, muy en la línea de las demás reglamentaciones que en América Latina se han dado, obvio, con particularidades propias que le distinguirán. El retraso que presento Brasil en la aprobación de una ley de protección de datos permitió el diseño de un texto avanzado, que apunta a garantizar el control de los usuarios sobre sus datos personales.

Dentro de los aspectos polémicos que resultan particulares del propósito carioca está la creación de un Consejo Nacional de Protección de Datos como órgano consultor de la Autoridad Nacional del ramo, que a su vez se crea con la ley. Cuerpo consultivo que estará integrado por 23 representantes del sector social, empresarial, científico y tecnológico.

Constituye novedad igualmente el monto de las multas por la violación de datos, que ascendiendo hasta US\$13 millones, deja las fijadas en el ordenamiento colombiano como irrisorias toda vez que allí las multas solo ascienden hasta US\$500 mil.⁴⁵⁰

⁴⁵⁰ Cote, Peña, Luis Fernando, noticias, 28-08-2018, http://www.redipd.org/noticias_todas/2018/tribuna/news/2018_08_28-ides-idphp.php

Quizá uno de los aspectos que llaman más la atención de la norma, es la posibilidad de impugnar las decisiones que excluyan a titulares de beneficios o accesos a servicios, como puede ocurrir con aprobaciones de créditos si la misma ha sido adoptada mediante sistemas algorítmicos computacionales. Esta decisión de seguro busca permitir que la frialdad de los procesos desarrollados por la inteligencia artificial pueda tener una segunda visión desde lo humano con ocasión del reclamo del titular.

Además, como innovación que se ha establecido como obligación es reportar la ocurrencia de incidentes de seguridad no solo a la autoridad, sino también a los titulares, tal cual en el RGPD de la UE.

En otros aspectos que no son polémicos, pero si innovadores encontramos:

La ley brinda una definición amplia de datos personales, considerando que es aquel que refiere a una persona identificada o identificable, lo que incluye números de identificación, datos de ubicación o identificadores electrónicos.

La exigencia, de requerir el consentimiento del titular para el tratamiento de sus datos, el cual debe ser libre e inequívoco. Por otro lado, la empresa que busque tratar la información debe informar expresamente no solo sobre la recopilación, sino también sobre los usos específicos de los datos recopilados, y no puede hacerlo en términos generales o vagos. Además, este consentimiento también debe ser revocable en cualquier momento.

Las nuevas reglas se aplicarán a todas las instituciones que manejan datos personales en sus operaciones o al ofrecer sus productos y servicios, tanto del sector público como del privado.⁴⁵¹

⁴⁵¹ Sousa, Alencar DE, Amanda <https://www.derechosdigitales.org/12309/en-que-consiste-la-ley-general-de-proteccion-de-datos-recientemente-aprobada-en-brasil/>, 17 de julio, 2018.

4. Autoridad Controladora

En la Ley General de Protección de Datos, se prevé en el CAPÍTULO IX AUTORIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN DE DATOS ANPD Y CONSEJO NACIONAL DE PROTECCIÓN DE DATOS Y PRIVACIDAD⁴⁵²

La creación de esta autoridad fue una de las causas que se pospusiera su publicación, se resistían las empresas a que hubiera una autoridad reguladora, después de muchos debates se aprobó la creación de esta autoridad. 17 Ene 2019 ... El Presidente saliente de Brasil, Michael Temer, firmó una Orden Ejecutiva por la que se creaba la Autoridad Nacional Brasileña de Protección.

El Supervisor Nacional de Protección de Datos ANPD, pertenece al Poder Ejecutivo, es un organismo de la administración pública federal que es miembro de la Presidencia de la República, se crea sin ningún aumento en los gastos. Por el momento, pero como en todos los países, siempre que se va a crear una Institución nueva, dice su ley la provisión de puestos y funciones necesarias para la creación y el desempeño está sujeta a autorización expresa física y financiera en la ley de presupuesto anual y permiso en la ley de directrices presupuestarias.

La ANPD garantiza la autonomía técnica y de toma de decisiones.

La aplicación de las sanciones previstas en esta Ley corresponde exclusivamente a la ANPD, y sus poderes prevalecerán, en lo que respecta a la protección de datos personales, sobre las competencias relacionadas de otras entidades u organismos de la administración pública.

Articulará sus actividades con otros órganos y entidades con competencias sancionadoras y normativas relacionadas con el tema de la protección de datos

⁴⁵² Incluido por la Ley N ° 13.853 de 2019 ver artículos 55 a 58.

personales y será el organismo central para la interpretación de esta Ley y el establecimiento de normas y directrices para su implementación.

Otra figura novísima que se crea es el llamado El Consejo Nacional para la Protección de Datos Personales y Privacidad estará compuesto por 23 veintitrés representantes, titulares y suplentes, de los siguientes organismos como del Poder Ejecutivo Federal; del Senado Federal; de la Cámara de Diputados; del Consejo Nacional de Justicia; del Consejo Nacional del Ministerio Público; del Comité Directivo de Internet de Brasil; de las entidades de la sociedad civil relacionadas con la protección de datos personales; de instituciones científicas, tecnológicas y de innovación, de las confederaciones sindicales que representan las categorías económicas del sector productivo, de las entidades que representan al sector empresarial relacionado con el área de procesamiento de datos personales; y de las entidades que representan al sector laboral.

Tan híbrido y participativo que en lugar de democrático, me parece que no se tienen confianza, veremos. Durarán en su mandato de 2 años, con una renovación permitida.

La participación en el Consejo Nacional para la Protección de Datos Personales y Privacidad se considerará como prestación de servicio público relevante y no remunerado.

Así pues Brasil, un país de unos 209 millones de habitantes y considerado uno de los más conectados del mundo, tendrá por fin un organismo para implementar la ley de protección de datos que entrará en vigor en 2020 y que está inspirada en una norma de la Unión Europea UE.

5. Sanciones

a. Administrativas

El sector de tecnología de la información ya es uno de los más importantes del país, tanto que es responsable por cerca de un 7 % del PIB brasileño, generando cerca de 467.000 millones de reales al año (unos 116.000 millones de dólares).

Por el incumplimiento del proyecto de ley puede resultar en multas de hasta el dos por ciento de las ventas brutas en Brasil, pero esa multa se limita a 50 millones de reales, aproximadamente \$ 13M USD por violación. Si bien eso no es nada en comparación con las sanciones del GDPR, ciertamente no es un gran cambio.

Sanciones administrativas se estipulan en la ley, en el Capítulo VIII denominado supervisión, en la Sección I, Sanciones Administrativas en los artículos 52 a 54.

Artículo 52. Los agentes de procesamiento de datos, debido a violaciones de las normas previstas en esta Ley, están sujetos a las siguientes sanciones administrativas aplicables por la autoridad nacional:⁴⁵³

I - Advertencia, indicando el plazo para la adopción de medidas correctivas;

II - Multa simple de hasta el 2% (dos por ciento) de los ingresos de la entidad jurídica de derecho privado, grupo o conglomerado en Brasil en su último año fiscal, excluidos los impuestos, limitado en total a R \$ 50,000,000.00 (cincuenta millones de reales) por infracción;

III - Multa diaria, observando el límite total mencionado en el punto II;

IV - Publicidad de la infracción después de debidamente comprobada y confirmada su ocurrencia;

⁴⁵³ Incluido por la Ley N ° 13.853 de 2019 un real equivale a 4.41 pesos mexicanos.

V - Bloquear los datos personales a los que se refiere la infracción hasta su regularización;

VI - Eliminación de los datos personales a los que se refiere la infracción;

Las sanciones se aplicarán después de un procedimiento administrativo que permita la oportunidad de una defensa amplia, de manera gradual, aislada o acumulativa, de acuerdo con las peculiaridades del caso específico y considerando los siguientes parámetros y criterios:

I - La gravedad y la naturaleza de las violaciones y los derechos personales afectados; II - la buena fe del delinciente; III - la ventaja obtenida o prevista por el infractor; IV - la condición económica del infractor; V - la recurrencia; VI - el grado de daño; VII - la cooperación del infractor; VIII - la adopción reiterada y demostrada de mecanismos y procedimientos internos capaces de minimizar el daño, destinados al tratamiento seguro y adecuado de los datos, de conformidad con las disposiciones del punto II del § 2 del art. 48 de esta Ley; IX - la adopción de una política de buenas prácticas y gobernanza; X - pronta adopción de medidas correctivas; y XI: la proporcionalidad entre la gravedad de la falla y la intensidad de la penalización.

Las disposiciones de este artículo no reemplazan la aplicación de sanciones administrativas, civiles o penales definidas en la Ley N ° 8.078, del 11 de septiembre de 1990, y en la legislación específica. Las sanciones viables, podrán aplicarse a entidades y organismos públicos.

En el cálculo del monto de la multa, la autoridad nacional puede considerar los ingresos totales de la compañía o grupo de compañías, cuando no tiene el monto de ingresos en la actividad comercial en la que infracción, según lo definido por la autoridad nacional, o cuando el valor se presenta de forma incompleta o no se demuestra de manera inequívoca y adecuada.

El producto de la recaudación de multas impuestas por la ANPD, estén o no inscritas en deuda activa, se destinará al Fondo de Defensa de Derechos Difusos.

Otra innovación antes de Sancionar, optar por la mediación, Las fugas individuales o acceso no autorizado puede estar sujeta a una conciliación directa entre el controlador y el titular y, si no hay acuerdo, el controlador estará sujeto a la aplicación de las sanciones de la ley.

La autoridad nacional definirá, mediante su propio reglamento sobre sanciones administrativas por infracciones de esta Ley, que estará sujeto a consulta pública, las metodologías que guiarán el cálculo del valor base de las multas.

La regulación de las sanciones y las metodologías correspondientes establecerán las circunstancias y condiciones para la adopción de una multa simple o diaria.

El monto de la multa diaria tendrá en cuenta la gravedad de la ausencia y el alcance del daño causado, y será justificado por la autoridad nacional.

Muy bien especificadas sus sanciones administrativas, Multas.

b. Sanciones Penales

La nueva Ley que está en la *vacatio legis* febrero de 2020, (espero sea antes mi examen profesional), no establece sanciones penales, solamente administrativas, así solo nos remitimos al Código Penal que estipula delitos en materia de violación del domicilio, de correspondencia; de comunicación telefónica, divulgación de secreto; violación de secreto profesional, *no exprofeso la protección de datos.*⁴⁵⁴

Analizamos la SECCIÓN II de delitos contra la inviolabilidad del domicilio, a partir del artículo 150 Inviolabilidad de correspondencia art 151. En el art 152 agrava la

⁴⁵⁴ DECRETO-LEI N.º 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta a seguinte Lei:

http://www.redipd.es/legislacion/common/legislacion/Brasil/Brasil_codigo_penal.pdf

pena por aprovecharse de la condición de empleado del establecimiento que tiene acceso. De 3 meses a dos años., aún bajas.

El más identificado con nuestro tema SECCIÓN IV de crímenes contra la inviolabilidad de los secretos divulgación del secreto.

En el artículo 153-divulgar a alguien, sin causa, contenido de un documento en particular o correspondencia confidencial, de la que es un destinatario o titular, y cuya divulgación puede *producir daños a otros*: sanción-detención, *de 1 (uno) a 6 (seis) meses*, o multa. Y Divulgar, sin causa, *información confidencial o reservada*, tal como se define en la ley, *contenida o no en los sistemas de información o en la base de datos de la administración pública*.

La sanción es de prisión, *de 1 (uno) a 4 (cuatro) años*, y multa.

Solo se persigue por querrela y cuando el daño es resultado de la administración pública, la acusación penal será de oficio.

En este precepto analizamos que es una conducta de acción dolosa divulgar información de base de datos en la administración pública, sin consentimiento, independientemente de que se cause un daño o perjuicio.

Violación del secreto profesional en el artículo 154.

La aseguradora *Aon* dice que Brasil es uno de los países más atacados en el mundo cibernético, estimando 120 millones de datos robados apenas en el primer semestre de 2018.⁴⁵⁵

Para Arthur Sabbat, del gabinete de seguridad electrónica del Gobierno, la regulación es esencial para la seguridad nacional y para las relaciones de Brasil con otros países.

⁴⁵⁵ João Escobar, EFE Sao Paulo 30 May. 2019, Agencia EFE
<https://www.efe.com/efe/america/tecnologia/brasil-ya-tiene-su-ley-de-proteccion-datos-mas-vale-tarde-que-nunca/20000036-3989178>

Tenemos que comprender la importancia de los datos y tratarlos como tema de seguridad, sea interna, sea en las relaciones de Brasil en el mundo, aseguró a EFE.

Pero todavía no se tipificaron delitos, se quedaron en sanciones administrativas en la novísima ley del año 2019.

5. Impacto consecuencia

No encontramos ejemplos y menos sanciones todavía no entran en vigor apenas se está entendiendo y sensibilizando la importancia de la ley para las empresas, encontramos blogs y anuncios como este:

El cumplimiento es algo complicado: las leyes son largas y la paciencia de los reguladores y auditores del gobierno es corta. Doblemente así cuando se trata de cumplimiento de datos internacionales. Pero no tiene por qué serlo, hemos estado trabajando en los libros para que no tenga que hacerlo, tratando de darle sentido al laberinto de jerga y términos legales que es el emergente panorama del cumplimiento de datos internacionales.

Los requisitos específicos.

De acuerdo con la ley, las organizaciones reguladas deben adoptar medidas de protección contra los ataques cibernéticos y deben implementar dichas medidas cada vez que creen nuevos productos. La Autoridad de Protección de Datos de Brasil tiene la capacidad de realizar auditorías de privacidad para garantizar que las organizaciones cumplan con estos requisitos. La ley requiere que todo el procesamiento de datos personales que se lleva a cabo se registre, con detalles que indiquen el tipo de datos recopilados, el propósito previsto, la base legal, el tiempo de retención y las prácticas de seguridad empleadas en el almacenamiento, como el cifrado.

Requisitos de transferencia de datos y restricciones:

La ley de Brasil impone restricciones significativas a la transferencia de datos personales, especialmente a través de las fronteras.

Las transferencias transfronterizas solo se permiten a las naciones que la Autoridad de Protección de Datos de Brasil determina que tienen un nivel de protección de datos igual o adecuado, a menos que la DPA apruebe lo contrario. Otras bases legales para la transferencia de datos a través de la frontera incluyen cláusulas contractuales estándar entre los controladores de datos y el sujeto, y los casos en que el interesado ha dado su consentimiento específico.⁴⁵⁶

La información personal robada, alimenta un próspero mercado negro para los ciberdelincuentes a nivel mundial. Los gobiernos de todo el mundo han respondido con disposiciones cada vez más estrictas respecto a la recopilación, la retención, el procesamiento y el intercambio de esa información. El incumplimiento de estas normas puede acarrear multas severas. Este documento técnico cubre los siete controles de seguridad clave para garantizar el cumplimiento normativo al transferir datos externamente.

- Cumplimiento
- Seguridad de las comunicaciones
- Seguridad de las políticas sobre seguridad de la información
- Control de acceso
- Criptografía
- Seguridad física y ambiental⁴⁵⁷

Cabe resaltar que es significativo estudiar este país, lo que representa Brasil en materia de comercio transfronterizo en el continente.

⁴⁵⁶ <https://blog.ipswitch.com/es/entendiendo-la-ley-general-de-proteccion-de-datos-en-brasil>

⁴⁵⁷ <https://es.ipswitch.com/recursos/libros-electronicos/7-pasos-para-el-cumplimiento-de-la-legislacion-sobre-la-proteccion-de-datos?hsCtaTracking=2b52a346-0e3c-4a5e-ac2e-b2e3a52a13b5%7C3f901f40-59c3-4>

C. Colombia

El Estado Colombiano se rige por la Constitución de 1991. Con esta nueva Constitución Política se abrió en Colombia un proceso de participación ciudadana y, más concretamente, un nuevo marco democrático fundamentado en el reconocimiento legal de los derechos fundamentales para todos los colombianos. En tal sentido, la carta constitucional es considerada como una de las más avanzadas del mundo. Colombia es un estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, con autonomía en sus entidades territoriales, Colombia tiene un sistema político Republicano, Democrático y representativo en la cual existe una clara división de poderes que son el Ejecutivo, el Legislativo, Judicial.

1. Constitución

La Constitución de Colombia en el año 1991 asumió la problemática; se evidenció la preocupación por los avances tecnológicos en materia de informática cuando lo regula en su artículo 15. Sin seguir al diseño brasileño de reconocer como garantía específica el hábeas data, incorpora un derecho específico que vincula con el derecho a la intimidad y al honor. Destaca, el hecho de conceder la posibilidad de acceder a la información que conste en registros públicos y privados.⁴⁵⁸

A la letra dice el Artículo 15.

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de

⁴⁵⁸ Ojeda Bello, Zahira. El derecho a la protección de datos personales desde un análisis histórico-doctrinal. *Tla-melaua* [online]. 2015, vol.9, n.38 citado 2019-08-14], pp.58-71. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-69162015000200058&lng=es&nrm=iso. ISSN 2594-0716.

datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

Como podemos observar la Constitución de Colombia, protege en el precepto 15 las garantías de derechos arco en entes públicos y privados desde fines del siglo pasado.

Según la Corte Constitucional define el contexto normativo de axiológico dentro del cual debe moverse integralmente el proceso informático según este marco general existen unas reglas generales que deben ser respetadas para poder afirmar que el proceso de acopio uso y difusión de datos personales sea constitucionalmente legítimo las mencionadas reglas se derivan de la aplicación directa de las normas constitucionales Del proceso informático esto lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia 307/ 99. Al igual que el artículo 8º de la Carta Europea de Derechos Humanos.

La Constitución colombiana concibe el habeas data como un derecho fundamental autónomo diferente del derecho a la intimidad y como un mecanismo de protección de otros derechos fundamentales frente al eventual negligencia, o a los posibles excesos en el tratamiento de datos personales.

En efecto, así como el constituyente consagró el Habeas Corpus para garantizar la libertad de las personas de la misma forma elevó a canon constitucional el Habeas Data como garantía y mecanismo de protección de derechos fundamentales la intimidad la información el buen nombre, el honor, la honra, dando cumplimiento al principio de efectividad de los derechos y deberes sociales erigido a esa categoría. El Habeas Data es además un derecho fundamental autónomo que tiene la función primordial de equilibrar el poder entre el sujeto concernido por el dato y aquel que tiene la capacidad de recolectarlo almacenarlo usarlo y transmitirlo. ⁴⁵⁹

⁴⁵⁹Remolina, Angarita, ob cit., esto lo dijo la Corte Constitucional de Colombia en resolución 257 diagonal 2002, citada por página 164 y sucesivas en su exposición Protección de Datos personales y el hábeas data en Colombia avances retos y elementos para su regulación.

En síntesis el habeas data en Colombia tienen su fundamento en los artículos 15:20 de su Constitución tiene una naturaleza jurídica de derecho autónomo y señala 3 situaciones 1º un derecho humano fundamental 2º a nivel procesal puede ser empleado como mecanismo de protección para garantizar ese derecho y otros como la libertad o la dignidad y la 3ª fase se considera que la jurisprudencia colombiana es la construcción esencial del derecho del habeas data que lo eleva a derecho fundamental existe una guía de mecanismos constitucionales de protección de Derechos Humanos en la oficina de Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos.

La jurisprudencia de la corte a impuesto obligaciones al cargo del administrador de un banco desde 1995 ya señalaba que se tenían que respetar los derechos de las personas y que los datos debían conseguirse por medios lícitos y que no se pueden incluir datos que pertenezcan a la esfera íntima del individuo además se debe registrar información veraz e imparcial completa y suficiente e indemnizar los perjuicios causados por la falta de diligencia o por posibles fallas en el manejo de tratamiento o administración de datos personales guiar el criterio de la Corte Constitucional de Colombia.⁴⁶⁰

En Colombia surgen las problemáticas y conflictos al interior del sistema financiero donde los deudores morosos y los usuarios cumplidos fueron reportados en centrales de riesgo que penalizaban su incumplimiento algunos de manera injusta por eso la Corte Constitucional colombiana buscó garantizar el buen nombre y la intimidad y el contenido de la información ése es el núcleo esencial de la esfera del derecho a la intimidad lo que en México se llama el Buró de crédito también había ya problemas en relación a la Seguridad Social, a los registros de las condenas penales al buen nombre y por eso se evidenció la necesidad del derecho de habeas data un ejemplo emblemático fue en la Universidad en las certificaciones de estudio que informaron las sanciones disciplinarias que fueron impuestas por plagio a un estudiante quién solicitó el derecho al olvido .

⁴⁶⁰ Ibidem p. 177

2. Primeras Leyes

La 1ª ley se presentó en el año 1991 otro proyecto de ley número 63 de 1991 y así se estuvieron presentando proyectos hasta el año 2002 no se ponían de acuerdo si fuera una ley sectorial o una ley Integral.

Ley Estatutaria N° 1581, de 17 de octubre de 2012, Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales.

Decreto 1377, de 27 de junio de 2013, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley N° 1581.

Ley Estatutaria N° 1266, de 31 de diciembre de 2008, por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales.

Ley 1273, de 2009. Modifica el Código Penal, y crea un nuevo bien jurídico tutelado denominado de la protección de la información y de los datos. Se preservan integralmente los sistemas que utilicen las tecnologías de la información y las comunicaciones, entre otras disposiciones.

Decreto 1727, de 15 de mayo de 2009. Por el cual se determina la forma en la cual los operadores de los bancos de datos de información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países, deben presentar la información de los titulares de la información.

Decreto 2952, de 6 de agosto de 2010. "Por el cual se reglamentan los artículos 12 y 13 de la Ley 1266.

Hay unas leyes básicas que hablan de datos personales, que estipulan el Habeas Data como derecho fundamental, como la Ley 1266 de 2008, que tiene el calculador de riesgo crediticio, la Ley 1273 que crea tipos penales a través de la información de datos, y la Ley 1581. Luego viene el decreto 1377 de 2013, que es la figura única de la SIC, una regulación mucho más específica en temas de Habeas Data.

A nivel legal en relación a la protección de los datos se promulgaron primero, dos leyes estatutarias cuyo objeto era la regulación de derechos y deberes fundamentales de las personas sus procedimientos y recursos para su protección,

la ley estatutaria 1.266 de 2008 cuyo objeto era desarrollar el derecho constitucional de todas las personas a conocer actualizar y rectificar las informaciones que de ellos tenían en los bancos de datos.⁴⁶¹

3. Ley Vigente

La ley actual de 2012. Existen varias leyes pero la fundamental es la Ley Estatutaria 1581 por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales 17 de octubre de 2012, Decreto n.º 1377 en el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1581 de 2012 27 de junio de 2013. Decreto n.º 866 reglamenta el artículo 25 de la Ley 1581, relativo al Registro Nacional de Bases de Datos 13 de mayo de 2014.

Con la entrada en vigencia en la Unión Europea del Reglamento General de Protección de Datos (GDPR), el 24 de mayo de 2018, se ha puesto de manifiesto la necesidad de actualizar los reglamentos asociados en América Latina. Si bien en algunos países de nuestra región existían normas, reglamentos o leyes relativas a la protección de datos en forma previa, su entrada en vigor ha impulsado variadas reformas a dichos cuerpos legales. Países como Colombia, Argentina y Chile cuentan con legislaciones al respecto que están en proceso de ser actualizadas a través de proyectos de ley en trámite o ya en vigor.

4. Autoridad Controladora

Super Intendencia de Industria y Comercio, atribuciones el área de Consumidor, Propiedad Industrial, Metrología, Comercio y Protección de Datos.⁴⁶²

El artículo 19 de la ley vigente estipula que la Autoridad de Protección de Datos es La Superintendencia de Industria y Comercio, a través de una Delegatura para la Protección de Datos Personales, ejercerá la vigilancia para garantizar que en el Tratamiento de datos personales se respeten los principios, derechos, garantías y

⁴⁶¹ Prada Alexander y Velandia Carolina, *La Protección de los Datos Digitales*, en Carvajal Evelyn (coord..) ob cit. p. 194

⁴⁶² <http://www.sic.gov.co/proteccion-de-datos-personales>

procedimientos previstos en la ley. Así mismo determino que: El Gobierno Nacional en el plazo de seis (6) meses contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de la ley incorporará dentro de la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio un despacho de Superintendente Delegado para ejercer las funciones de Autoridad de Protección de Datos.

La Superintendencia de Industria y Comercio tiene a su cargo la posibilidad de imponer las sanciones que están establecidas en la ley y las sanciones se refieren a muchas de carácter personal e institucional. Son de hasta 2.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes, y suspensiones de las actividades en relación con el tratamiento de datos artículo 21. (el peso colombiano equivale a .0057 pesos mexicanos.)

5. Sanciones

a. Administrativas

La misma Ley Estatutaria 158117 vigente estipula en el capítulo 2 denominado PROCEDIMIENTO Y SANCIONES del art 22 y sucesivos, destaca el precepto 23. Que señala monto de estas Sanciones.

La Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer a los Responsables del Tratamiento y Encargados del Tratamiento las siguientes sanciones: a) Multas de carácter personal e institucional hasta por el equivalente *de dos mil (2.000)* salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción.⁴⁶³ Las multas podrán ser sucesivas mientras subsista el incumplimiento que las originó. b) Suspensión de las actividades relacionadas con el Tratamiento hasta por un término de seis meses. En el acto de suspensión se indicarán los correctivos que se deberán adoptar. Cierre temporal de las operaciones relacionadas con el Tratamiento una vez transcurrido el término de suspensión sin que se hubieren adoptado los correctivos ordenados por la Superintendencia de

⁴⁶³ En Colombia se usa el peso colombiano 1 peso es igual a .0058 pesos mexicanos, <http://www.colombia.travel/es/informacion-practica/convertidor-de-moneda>

Industria y Comercio. Cierre inmediato y definitivo de la operación que involucre el Tratamiento de datos sensibles.

Las sanciones indicadas sólo aplican para las personas de naturaleza privada. En el evento en el cual la Superintendencia de Industria y Comercio advierta un presunto incumplimiento de una autoridad a las disposiciones de la presente ley, remitirá la actuación a la Procuraduría General de la Nación para que adelante la investigación respectiva.

Reglas para graduar las sanciones atendiendo los siguientes criterios, en cuanto resulten aplicables: a) La dimensión del daño o peligro a los intereses jurídicos tutelados por la presente ley. b) El beneficio económico obtenido por el infractor o terceros, en virtud de la comisión de la infracción. c) La reincidencia en la comisión de la infracción. d) La resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de vigilancia de la Superintendencia de Industria y Comercio. e) La renuencia o desacato a cumplir las órdenes impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio. f) El reconocimiento o aceptación expresas que haga el investigado sobre la comisión de la infracción antes de la imposición de la sanción a que hubiere lugar.⁴⁶⁴

Como observamos es un amplio abanico de criterios para imponer las multas.

A partir de 2018 por otra parte, como innovación se ha establecido como obligación el reportar la ocurrencia de incidentes de seguridad no solo a la autoridad, sino también a los titulares, tal cual, en el RGPD de la UE, circunstancia que aun cuando en Colombia no está exigido normativamente, la doctrina y la jurisprudencia lo contemplan como deber del Responsable y o del Encargado, en cumplimiento de la obligación de evitar la expansión de los efectos derivados del incidente. Violación de la comunicación telegráfica, radioeléctrica o telefónica o intervención de comunicaciones de 1 a 6 meses o multa.

⁴⁶⁴ Ver ley de protección de Datos de Colombia, http://www.redipd.es/legislacion/common/legislacion/Colombia/Ley_1581_2012_COLOMBIA.pdf

b. Sanciones Penales⁴⁶⁵

En el año 2009 se reformo su Código Penal con la LEY No. 0.1273 5 de Enero de 2009 por medio de la cual se modifica y SE CREA UN NUEVO BIEN JURÍDICO TUTELADO - DENOMINADO *DE LA PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN Y DE LOS DATOS*· y se preservan integralmente los sistemas que utilicen las tecnologías de la información y las comunicaciones, entre otras disposiciones".

Nos llama la atención en nuestra investigación es el único País que le llama así Creación de un Nuevo Bien Jurídico tutelado expreso con nuestro tema Protección de los Datos del siguiente tenor:

Capitulo primero De los atentados contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y de los sistemas informáticos.⁴⁶⁶

Destaca el primer precepto porque tipifica una conducta relacionada con el fondo de nuestro trabajo.

Artículo 269 A: ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO. El que, sin autorización o por fuera de lo acordado, acceda en todo o en parte a un *sistema informático protegido o no con una medida de seguridad*, o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, incurrirá en *pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses y en multa de 100 a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes*.

Como hemos venido analizando con las nuevas leyes, los encargados y responsables de tratar datos deben tomar medidas técnicas, materiales para garantizar la seguridad de los datos, aquí se tipifica esta conducta, no aclara si solamente dolosa o también culposamente, y otro aspecto que llama la atención es

⁴⁶⁵ Código Penal LEY 599 DE 2000, https://leyes.co/codigo_penal.htm

⁴⁶⁶ Leer artículos 269 A al 269 J Ley No. 0.1273 del 5 de enero 2009,

que estipula las sanciones de prisión en meses, nosotros acostumbrados en años, se convierten a 4 años a 8 años, y Multa. en salarios mínimos.⁴⁶⁷

Contempla otros delitos que no inciden directamente con nuestra tesis, pero si son de enunciarse como, Obstaculización Ilegítima, impida el funcionamiento de sistema informático o red de telecomunicación. Interceptación de comunicaciones, daño Informático, uso de software malicioso. Suplantación de sitios web para capturar datos personales. Phishing con penas que varían la mínima 36 meses máxima 96 meses. Todas estas figuras en el Capítulo I, y en especial cabe destacar:

Artículo 269 F: VIOLACIÓN DE DATOS PERSONALES. El que, sin estar facultado para ello, con provecho propio o de un tercero, obtenga, compile, sustraiga, ofrezca, venda, intercambie, envíe, compre, intercepte, divulgue, modifique o emplee códigos personales, datos personales contenidos en ficheros, archivos, bases de datos o medios semejantes, incurrirá en pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses y en multa de 100 a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El que sin derecho trate datos personales que están en ficheros, archivos o bases de datos no especifica se entiende que tanto públicos como privados, y otro elemento normativo para provecho propio o de un tercero, no importa que cause perjuicio o no al titular y que este se entere o no y la misma pena que los anteriores delitos de 4 a 8 años de prisión y la misma multa.

Por otra parte también es diferente un artículo exprofeso con las agravantes.

Artículo 269 H: Circunstancias de agravación punitiva: las penas de acuerdo con los artículos descritos en este título se aumentarán de la mitad a las tres cuartas partes si la conducta se cometiere:

⁴⁶⁷ El salario mínimo en el 2019 en Colombia será de \$828,116, es decir, un 6% más que en el 2018, informó este jueves el presidente Iván Duque. <https://www.elpais.com.co/economia/salario-minimo-2019-asi-quedo-el-aumento-en-colombia.html>

Conversión aproximada es de 82 mil pesos colombianos a 828 mil pesos colombianos.

1. Sobre redes o sistemas informáticos o de comunicaciones estatales u oficiales o del sector financiero, nacionales o extranjeros. 2. Por servidor público en ejercicio de sus funciones 3. Aprovechando la confianza depositada por el poseedor de la información o por quien tuviere un vínculo contractual con este. 4. Revelando o dando a conocer el contenido de la información en perjuicio de otro. 5. Obteniendo provecho para si o para un tercero. 6. Con fines terroristas o generando riesgo para la seguridad o defensa nacional. 7. Utilizando como instrumento a un tercero de buena fe. 8. Si quien incurre en estas conductas es el responsable de la administración, manejo o control de dicha información, además se le impondrá *hasta por tres años, la pena de inhabilitación para el ejercicio de profesión relacionada con sistemas de información procesada con equipos computacionales.*

Por último, en el análisis de este ordenamiento en su *capítulo segundo de los atentados informáticos y otras infracciones* tipifica: *hurto por medios informáticos o suplantación de identidad artículo 2691 y en el siguiente articulo transferencia no consentida de activos. El que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática, con pena más alta que las anteriores y ocho (48) a ciento veinte (120) meses y en multa de 200 a 1500 salarios mínimos y aumenta según la cantidad defraudada.*

6. Impacto o Consecuencias

Es noticia el que las fuerzas de seguridad pueden forzar el desbloqueo de un dispositivo con datos biométricos de un sospechoso, obligándolo a que ponga su huella dactilar a que lo desbloquee el mismo. La Corte dice que no porque se pone en riesgo la intimidad de la persona.

Alexander Diaz dice. No lo pueden hacer, toda vez que los ficheros almacenados en el smartphone hacen parte del Derecho a la Intimidad (Ley 1581 de 2012) del

propietario del equipo y acceder a él, requerirían de una orden previa del Juez de Garantías.⁴⁶⁸

Uso de fotografía Tipificación de la conducta del apoderamiento de imágenes en perfiles públicos. Y difundirlas como propias en perfiles de terceros sin autorización. Iniciativa de senador para tipificar delito de Propuesta sobre penalizar la publicación de videos íntimos sin consentimiento, con pena de cárcel.

El tipo penal ya está desarrollado en Colombia desde 2009 con la Ley 1273 de Delitos Informáticos, bajo el epígrafe VIOLACIÓN DE DATOS PERSONALES, Se consume cuando se divulgan datos personales sensibles como son las imágenes explícitas de la intimidad.⁴⁶⁹

Observamos que Colombia a nivel legislativo es un país muy avanzado en la protección de los datos personales con esto terminamos el análisis de países latinoamericanos y su actual estatus.

⁴⁶⁸ @Alediaganet, Alexander Diaz G., experto en Protección de Datos, Bogotá Colombia. Abogado. Digital, <https://www.delitosinformaticos.mx/que-es-un-delito-informatico/ciberdelitos-mas-comunes/ingenieria-social/phishing/>

⁴⁶⁹ Dice Alexander Diaz. @alediaga 29 de agosto 2019

CAPÍTULO CUARTO

MARCO TEÓRICO

Introducción

Brian Acton, el cofundador de WhatsApp pide sin parar que borres tu cuenta de Facebook, impartió una conferencia en un curso de pregrado, llamado Informática 181, en la Universidad de Stanford en la que ha dado un consejo a los alumnos que han acudido escuchar, y de paso, a todos los usuarios de su invento: Que borren ya su cuenta de Facebook. Acton habló sobre por qué vendió WhatsApp a Facebook, y por qué se fue, después de trabajar durante tres años, y criticó el impulso de priorizar la monetización sobre la privacidad del usuario.

Según Acton, las compañías como Facebook o Google han acumulado un enorme poder gracias a todo lo que saben de sus usuarios, pero sin embargo no tienen la capacidad para manejar esa información de manera correcta o legal, porque no están preparadas para ello: solo les interesa ganar dinero, y cada vez más, y no les importa la manipulación a la que se vean sometidos sus usuarios.

Si tienes más de 30 años, es probable que WhatsApp sea una de las aplicaciones que más te haya sorprendido en la vida. No en vano, es una aplicación que ofrece gratis algo que las operadoras cobraban y mucho en el pasado. Antes de la llegada de este servicio, mandar un SMS podía llegar a valer 60 céntimos de euro luego bajó a 145 céntimos y luego fue gratis.

La aplicación puede ser gratis porque sus creadores, montaron la empresa y la tecnología necesaria para que funcionara su servicio a base de rondas de financiación que son inversores que pagan grandes cantidades de dinero a cambio de un porcentaje de propiedad sobre la empresa.

En 2004, WhatsApp tenía 600 millones de usuarios en todo el mundo. Y por eso Facebook pagó 22.000 millones por ella, aunque no tuviera ni un euro de ingresos.

la red social busca la forma de ganar dinero con ella, es espiando los mensajes que sus usuarios se mandan, en busca de intereses.

Pero de momento al menos que se sepa, Zuckerberg y los suyos no han dado el paso de espiar los mensajes que te mandas por WhatsApp. Eso sí lo hace en el Messenger de Facebook y el servicio de mensajería privada de Instagram, porque Acton, cifró punto a punto las palabras que envías, es decir, las codificó para que nadie las pudiera espiar, ni siquiera Facebook. Pero parece, por las palabras de Acton, que la red social sí que puede tener acceso a esa información. Y por eso pide una y otra vez que te borres de la red social.⁴⁷⁰



Imagen 5. Brian Acton, co- fundador de WhatsApp (Patrick T. Fallon/Bloomberg vía Getty Images)



Imagen 6. Mark Zuckerberg empresario-dueño de facebook y WhatsApp.

Como ya lo mencionamos en el capítulo segundo de esta tesis, cuando se fundaron cada una de las redes sociales.

⁴⁷⁰ <https://es.yahoo.com/finance/noticias/por-que-el-cofundador-de-whatsapp-pide-sin-parar-que-borres-tu-cuenta-de-facebook-141639808.html> tecnología y finanzas, 18-03-2019-11:55 am

Consideramos importante, relevante, citar este artículo explica como el mismo creador de WhatsApp que trabajo en faceboock, advierte, como las redes sociales, poseen información, nuestros datos, es una realidad, No creemos que los usuarios de dichas redes sociales le hagan caso, es una gran herramienta, si no son esas serán otras las que usen, por eso nuestra tesis de que se tipifique la violación de tus datos personales. Pasemos hacer el análisis de la evolución de las teorías del delito, luego el análisis de la norma penal conforme al funcionalismo y nuestra propuesta.

I. Breve Evolución de la Teoría del Delito

No deseo empezar este capítulo con el lugar común de concepto de delito, el jurado que va a evaluar este trabajo lo conoce y no es un libro para estudiantes de derecho, por ello es por lo que directamente abordo la evolución de la teoría del delito, para entender en donde nos encontramos parados en la segunda década del Siglo XXI.

Hay consenso en la Doctrina que esta teoría se divide en cuatro grandes épocas o etapas.

Nos dice el tratadista argentino Zafaronni que la teoría del delito tiene un doble valor, primero por su utilidad y segundo por su necesidad, coincido con él. Para el Teoría del Delito es la parte de la ciencia del Derecho penal que se ocupa de explicar, que es el delito en general, es decir cuáles son las características que debe tener cualquier delito.⁴⁷¹

Y explica que al final del proceso jurídico penal se divide en a) un primer orden sirve para verificar si están dados los presupuestos para requerir de la agencia judicial una respuesta que habilita el ejercicio del poder punitivo, b) dados esos presupuestos un segundo sistema que pregunta cómo debe responder la agencia

⁴⁷¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho penal*, Cárdenas Editores y Distribuidores, 1986, p. 333.

jurídica a esos requerimientos, al primer sistema se le llama Teoría del Delito y al segundo Teoría de la Pena o Teoría de la Responsabilidad Penal o Punitiva.⁴⁷²

Otro reconocido juspenalista Giuseppe Maggiore, ubica a la Teoría del Delito, dentro de la Teoría General del Derecho, y dice. Sí la Teoría del Derecho es Ciencia, con los mismos títulos que la ciencia general del derecho, debe tener una estructura sistemática y una organización lógica que responda a criterios, de rigurosa necesidad... La Dogmática es una filiación directa de la lógica y de ella ha de tomar sus divisiones, problemas y leyes.⁴⁷³

Nos dice el mexicano Nava Garcés, El concepto de delito lo podemos obtener de los elementos constitutivos del mismo, pero más aún de la metodología con la que se ubiquen sus caracteres, en base a ellos se puede determinar el sistema penal en el que se inscribe el concepto.⁴⁷⁴

Según el sistema es el concepto y el objeto de estudio.

Me gusta la definición clara de Muñoz Conde. *La teoría del delito es un sistema de hipótesis que exponen, a partir de una determinada tendencia dogmática, cuáles son los elementos que hacen posible o no la aplicación de una consecuencia jurídico penal a una acción humana*⁴⁷⁵

En la evolución de lo que hoy conocemos como Teoría del Derecho Penal, tuvo que pasar a través de diferentes etapas, mismas que referiremos en este capítulo. En el devenir, se formaron las Escuelas Penales, las cuales como lo menciona González Quintanilla⁴⁷⁶ son el cuerpo orgánico de concepciones contrapuestas

⁴⁷² Ídem

⁴⁷³ Maggiore Giuseppe, derecho penal, vol. I, *El Delito*, traducción de José J, Ortega Torres, 2ª edición, Themis, Bogotá, p. 268

⁴⁷⁴ Nava, Garcés, Albert E, *Delitos Informáticos*, editorial Porrúa, México, 2007, p. 64

⁴⁷⁵ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal*. Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 203.

⁴⁷⁶ González Quintanilla, José Arturo, *Derecho penal mexicano*, 6a. ed., Porrúa, México, 1993, pp. 504.

sobre la legitimidad del derecho de penar, sobre la naturaleza del delito y sobre el fin de las sanciones. Es decir, la base filosófica de la teoría del delito.

Causalismo positivismo, después método axiológico, luego normativo y axiológico. Jacobs normativismo extremo y Roxin normativismo moderado, corriente a la que se adhiere, el iuspenalista Mexicano, Doctor Daza Gómez, así lo ha manifestado en sus clase, charlas y conferencias y libros.

Recordemos que la evolución de la dogmática sienta sus principios en diferentes principios filosóficos.

El causalismo – en el derecho positivo y axiológico. El finalismo -en el ontológico. El funcionalismo en el normativo valorativo, teleológico, ontología⁴⁷⁷ prevención general positiva, ecléctico⁴⁷⁸.

⁴⁷⁷ La Ontología es el estudio del ser. Su enfoque se sitúa en la resolución de varias preguntas relacionadas con la existencia: ¿qué cosas existen?, ¿a qué categorías pertenecen?, ¿son los números propiedades físicas o solo ideas?, ¿existe tal cosa como realidad objetiva?, entre muchas otras cuestiones. El término Ontología es definido por la Real Academia de la Lengua Española como el estudio filosófico del “ser en general y de sus propiedades trascendentales”, es decir, de lo que se aplica neutralmente a todo lo que es real. Este vocablo proviene del griego antiguo, léxicamente está compuesto por dos voces provenientes de la misma lengua, ontos y “logos Ontos o «οντος» traduce “el ser”, y “logos” o «λόγος» significa, mal traducido, “teoría”, “estudio” o “ciencia”. Digo mal traducido porque λόγος es uno de esos vocablos que al ser traducido al Castellano pierde su esencia del griego. La Ontología fue llamada “primera filosofía” por Aristóteles en el libro IV de su obra “La Metafísica”. El término latino Ontología, como “ciencia del ser”, fue inventado por el filósofo y pedagogo alemán Jacob Lorhard (Lorhardus) y apareció por primera vez en su obra *Ogdoas Scholastica* en su 1ª edición en el año 1606. Entró en circulación general luego de ser popularizado por el racionalista alemán y filósofo Christian Freiherr von Wolff en sus escritos latinos, especialmente en *Philosophia Prima sive Ontología* (1730; “First Philosophy u Ontology”). La epistemología es una rama de la filosofía que se ocupa de estudiar la naturaleza, el origen y la validez del conocimiento. La palabra epistemología está compuesta por las palabras griegas ἐπιστήμη (epistémē), que significa ‘conocimiento’, y λόγος (lógos), que traduce ‘estudio’ o ‘ciencia’.

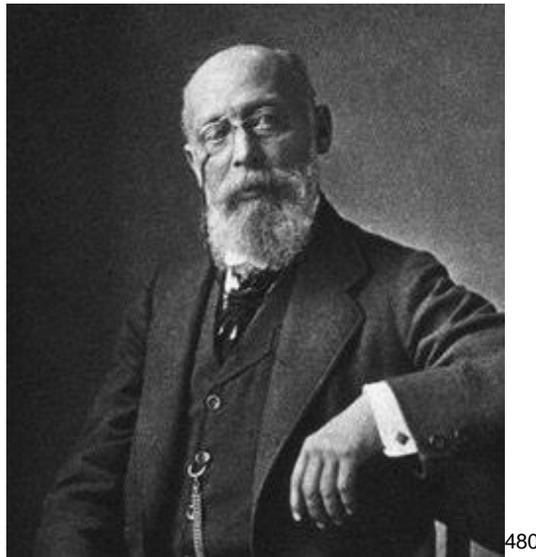
<https://www.bing.com/search?q=significado+de+epistemol%C3%B3gico&form>

⁴⁷⁸ Daza, Gómez Carlos, “*El funcionalismo hoy*”, Revista Facultad de derecho, UNAM, biblioteca virtual IIIJ, biblio jurídicas. UNAM. Mx, pp. 95 y ss. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/227/dtr/dtr4.pdf>

Así, antes del siglo XVIII, sólo existían opiniones o elucubraciones sobre el delito, la pena, su fundamento y su fin, y no fue hasta 1764, al margen de las meras especulaciones filosóficas, con fines políticos, funcionales y pragmáticos, que surge a la luz del libro de “Beccaria”,⁴⁷⁹ en él contenido primordialmente implica una ardiente acusación contra la barbarie del Derecho Penal del antiguo régimen. Dando surgimiento a la Escuela Clásica.

A. TEORÍA CLÁSICA

Principal exponente Frank Von Liszt



480

Teoría Clásica, Causalista. De 1886-1920.- Como reacción al pensamiento del positivismo sociológico y obviamente a su metodología que había llevado al Derecho Penal al campo de la sociología, pero que, a la vez, recoge también la influencia de aquel, se manifestó en Alemania el pensamiento de Franz Von Liszt. Bajo la influencia del positivismo, el concepto del delito aparece recogido y estudiado en un plano naturalístico y causal, por lo que ese esquema lo lleva a

⁴⁷⁹ Beccaria, César, *De los Delitos y de las penas, facsimilar de la edición príncipe en Italiano 1764*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 327.

⁴⁸⁰ Imagen Von Liszt,
<https://www.google.com/search?q=fotografia+de+frank+von+list&rlz=>

plantear el análisis del delito bajo el binomio de los elementos objetivo y subjetivo, apareciendo la concepción del delito como un hecho en sentido objetivo y causal, denominado como comportamiento o conducta, conteniendo el resultado y el nexo causal. Para determinar la existencia del delito se une también, el análisis de la antijuricidad, entendida como un juicio de valor objetivo relativo a la contradicción del hecho con el derecho, con lo que se integra el elemento objetivo del delito. El elemento subjetivo, está constituido por el nexo de relación psicológica entre el querer del agente y la causa de la producción del resultado, que es el ámbito en que se precisa la culpabilidad.

El protagonismo de la Ciencia del Derecho Penal desarrollada inicialmente por la Ciencia del derecho italiano, la escuela clásica elabora la ciencia del derecho penal acorde a las exigencias del liberalismo de esa primera época. Resultado de su actividad fue el Código Italiano de 1889, que Jiménez de Azúa calificó como la obra más perfecta de la escuela clásica.⁴⁸¹

Aunque si el concepto escuela se entiende, como un grupo que se reúne con una determinación de trabajo, un método, para responder a determinados presupuestos filosóficos penales, no hay escuela clásica porque esta denominación se dio a posteriori con un sentido despectivo se refería Enrique Ferri,⁴⁸² con ello se pretendía identificar a todos los autores con anterioridad a la aparición del positivismo criminológico antes del positivismo había varias direcciones doctrinales., todos los penalistas que realizaron su obra entre la Ilustración y el positivismo.⁴⁸³

Esta escuela empezó con el pensamiento de Beccaria continuando en Italia por Filagieri, con su ciencia de la legislación, y Romagnosi con la obra Génesis del Derecho Penal, se consideran antecesores de la escuela clásica que aparece

⁴⁸¹ Jiménez de Asúa, *Principios de derecho penal, la ley y el delito*, 3 ed., Buenos Aires, Argentina, editorial Sudamericana Abeledo-Perrot, 1958, pp. 48 y ss. pp. 575.

⁴⁸² Ferri, E. (1887). *Los nuevos horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal*, Madrid: Centro Editorial de Góngora. Ferri, E. (1933). *Principio de Derecho Criminal*. Madrid: Editorial Reus.

⁴⁸³ Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, et al., *Lecciones de Derecho penal*, parte general, 2ª edición, España 1999, Editorial praxis, pp. 80 y ss., p. 440.

vinculada a Carmignani, Rossi y Carrara, siendo el Programa de este último la obra cumbre de la llamada escuela clásica.

Fuera de Italia, precursores son Feuerbach⁴⁸⁴ y Bentham,⁴⁸⁵ con estudios en el derecho penitenciario.⁴⁸⁶

Nos dice el Doctor Daza en su obra Teoría General del delito que Von Liszt y Beling pertenecen al positivismo científico de la segunda mitad del Siglo XIX.

Y que la dogmática clásica jurídico penal utiliza fundamentalmente la distinción entre el aspecto externo, objetivo y el aspecto interno subjetivo del delito. y esta teoría presenta los siguientes elementos: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad; y la parte subjetiva corresponde a la culpabilidad con sus especies o elementos, dolo y culpa.⁴⁸⁷

En su conjunto, las aportaciones de esta escuela están en la base de los Códigos Penales Europeos del siglo XIX, así se trata de normas que reflejan una humanización en general del sistema punitivo frente a las normas penales.⁴⁸⁸

Teoría del causalismo naturalista los que se consideran padres de esta sin duda son, Franz von Liszt, Ernest von Beling⁴⁸⁹ Se caracteriza por concebir a la acción en términos físicos o naturalísticos, integrada por un movimiento corporal y el

⁴⁸⁴ Las ideas de Feuerbach significaron un vigoroso impulso para el desarrollo de la cultura progresista alemana. Su materialismo ejerció fecunda influencia sobre muchos pensadores avanzados. Paulatinamente, Feuerbach expresa su crítica de la teología y se aproxima al materialismo. Ver Rodríguez Manzanera, Luis, *Penología*, 7 ed., México, Porrúa, 2005, pp. 56-86.

⁴⁸⁵ Bentham, Jeremy, Fue famoso por su propuesta de las prisiones en panóptico, un edificio en que todo se vigila desde un solo lugar, sin ser visto, y los presos terminan interiorizando la mirada del vigilante. Se le considera el padre del utilitarismo. Bentham Jeremy, *Panóptico*, Madrid, Ediciones Utopía, 2011, p. 160.

⁴⁸⁶ Berdugo, Gómez, ob, cit., p. 80.

⁴⁸⁷ Daza, Carlos, ob cit., p. 33.

⁴⁸⁸ Berdugo ídem.

⁴⁸⁹ Beling, Ernest Von, *Esquema de Derecho Penal*, lex, Madrid, ediciones Olejnik, 2018, p. 186.

resultado de una modificación en el mundo exterior, unidos por un nexo causal. Distingue las fases internas de ideación, deliberación, a resolución y externa de la exteriorización, preparación, a la ejecución del delito. Distingue entre elementos objetivos tipicidad y antijuridicidad y subjetivos culpabilidad del delito. El tipo se limita a elementos de carácter externo, negando la posibilidad de justificar alguna acción, cuya valoración jurídica solo puede tener cabida dentro del análisis de la antijuridicidad, y siempre desde un punto de vista objetivo. En la culpabilidad se analizan elementos subjetivos y psíquicos del agente, siendo la imputabilidad el presupuesto de esta.⁴⁹⁰

Se dice que entre los aportes de esta escuela clásica están el que se finalizó la barbarie y las injusticias derivadas de la aplicación del derecho penal que representaba para la época de aquel entonces y se procuró humanizarla por medio del respeto a la ley, del reconocimiento a las garantías individuales y de la limitación al poder absoluto del Estado, pero es importante destacar la relevancia que represento para el derecho penal estableciendo las bases y fundamentos que regirían a las escuelas posteriores a esta, como también un gran fundamento a la estructura del derecho penal garantista que conocemos hoy en día.

En relación a la Pena, los conceptos básicos de esta escuela son los siguientes:

⁴⁹⁰ Bacigalupo, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, Juricentro, San José, 1985, p. 143. Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método*, 2ª ed., reimpr., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003, p. 187. Ver Barrita L. F. (1996). *Manual de Criminología*, México, Edit. Porrúa. Beccaria, C. (1982). *De los delitos y de las penas*, Madrid: Alianza Editorial, S. A. Carrara, F. (1944). *Programa del curso de Derecho Criminal*, tomo I. Buenos Aires: De palma. Jiménez de Asúa, L. (1966). *Tratado de Derecho Penal*, I México: Porrúa., Marchiori, H. (2004). *Criminología: teorías y pensamientos*. México, D.F.: Porrúa. Rodríguez Manzanera, L. (2007). *Criminología*. 22o edición. México: Porrúa. 23 Sainz C. J. (1975). *La Ciencia del Derecho Penal y su Evolución*. Barcelona: Bosh, S.A. Villalobos, I. (1948). *La Crisis del Derecho Penal en México*. México: Jus. Werhner, (1974). *Historia de la criminología*, Edit. Barcelona. http://www.psicologia.unam.mx/documentos/pdf/publicaciones/Apuntes_acerca_de_dos_escuelas_criminologicas_Clasica_y_positivista_Alvarez_Diaz_Montenegro_Nunez_Manuel_Martinez_TAD_7_8_9 Ver Enrico Ferri, *Ciencia positiva*, Madrid, ediciones Olejnick, 2019.

- 1.- El Punto cardinal es el delito, hecho objetivo, y no el delincuente.
- 2.- El método es deductivo y especulativo.
- 3.- Sólo puede ser castigado quien realice un acto previsto por la ley como delito y sancionado con una pena.
- 4.- La pena sólo puede ser impuesta a los individuos moralmente responsables libre albedrío.
- 5.- La represión penal pertenece al Estado exclusivamente, pero en el ejercicio de su función, el Estado debe respetar los Derechos del hombre y garantizarlos
- 6.- La pena debe ser estrictamente proporcional al delito y señalada en forma fija.
- 7.- El Juez sólo tiene facultad para aplicar automáticamente la pena señalada en la ley por cada delito.⁴⁹¹

Posteriormente, le cedió el paso a la Escuela Positiva.

En síntesis: La acción es manifestación de la voluntad, es movimiento corporal que produce una modificación. manifestación en el mundo exterior.

Tipo describe la Conducta prohibida, solo tiene elementos objetivos.

La Antijuridicidad es la Ausencia de Causas de Justificación.

La Culpabilidad es la relación anímica del sujeto con el hecho aquí está ubicado el dolo con intención.

Después surge la escuela denominada Neoclásica.

⁴⁹¹ Ver Rodríguez Manzanera, *Penología*, 7a edición, México, Porrúa México, 2015, pp. 59 y ss.

B. TEORÍA NEOCLÁSICA.

Como su principal exponente se identifica a Edmund Mezger.



Acción típicamente antijurídica y culpable, en 1935 modifico su definición de la siguiente forma, acción típicamente antijurídica, personalmente imputable, conminada con una pena, se observa un proceso inverso al de Beling, concretando en la inclusión de la punibilidad, en la definición posterior.⁴⁹² para efectos académicos la ubican entre los años 1920 y 1940.

En esta teoría la Acción es una conducta humana. Explican la omisión que los causalistas, no podían explicar, porque si la acción es movimiento corporal, como con el ejemplo clásico del guardabarrera del tren, que omite levantar la barra, no hace una acción.

Introduce, dentro del Tipo Elementos Descriptivos, así como Elementos Normativos aquí van a valorar y Elementos Subjetivos del tipo van a estar a lo que el sujeto

⁴⁹² Reynoso, Dávila Roberto, *Teoría general del delito*, 2ª edición, México, editorial Porrúa, 1997, p. 15.

quería. Todo en base a la valoración. Antijuridicidad lesiona bienes jurídicos protegidos.

En la culpabilidad al dolo y la culpa le agregan el reproche.

Entre los discípulos de Mezger, están Mayer, y Jiménez de Asúa.

Nos sigue diciendo el autor, Reynosa Dávila, que Luis Jiménez de Asúa partiendo del cuadro de Guillermo Sauer, construye un completo esquema de los aspectos positivos y negativos de los caracteres del delito.

Francesco Carrara consideraba como elementos constitutivos del delito la fuerza física como elemento objetivo y la fuerza moral como elemento subjetivo.⁴⁹³

Según el número de elementos del delito que se consideran determinaban las concepciones bitómicas, tetratómicas y así hasta la heptatómica, partidario de esta última el maestro de nuestra facultad Celestino Porte Petit y el gran Maestro Fernando Castellanos Tena, decía: Nos adherimos sin reserva a quienes niegan el carácter de elementos esenciales a la imputabilidad, a la punibilidad y a las condiciones objetivas de punibilidad.⁴⁹⁴ Entendiéndose como elemento positivo del delito todo aquello que es necesario se presentara para que el delito exista.

Curse la carrera de licenciatura de 1979 a 1983, en la facultad de derecho de la UNAM, y según Diaz Aranda en su libro, señala que entre los autores mexicanos, en lo fundamental siguen los postulados del sistema neoclásico, entre otros, están el ahora Maestro Emérito, Raúl Carranca y Rivas, Fernando Castellanos Tena, Ricardo Franco Guzmán, Sergio García Ramírez también Maestro Emérito;

⁴⁹³ Ídem.

⁴⁹⁴ Castellanos, Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, México, editorial Porrúa, 1976, p. 130, quien no en esa generación, curso delitos I con este texto.

Francisco González de la Vega, Eduardo López Betancourt, Cesar Augusto Osorio y Nieto, e Ignacio Villalobos.⁴⁹⁵⁻⁴⁹⁶

Siguiendo al maestro, Daza,⁴⁹⁷ podemos afirmar que ha esta concepción se la ha llamado Teoría Normativa o causalismo valorativo. Para él Reinhard Frank, profesor de la Universidad de Múnich, es el padre de esta escuela, y para tal doctrina la acción es comprendida así:

Acción Se concibe como conducta humana, una manifestación de la voluntad, en el mundo exterior.

El acto interno de la voluntad y la manifestación externa son requisitos de la acción.

Tipicidad, sigue diciendo nuestro autor en consulta, Se le considera como *rattio essendi* de la antijuridicidad, se habla así del tipo del injusto. En su condición de mera descripción, exenta de valoración, como pugnaba la teoría clásica, se ve afectada por el descubrimiento de los elementos normativos del tipo, y los elementos subjetivos del injusto.

Antijuridicidad, Nos dice, que para este tema refiriendo a Bustos Ramírez en relación a la afirmación de Beling, que el tipo es ajeno al valor. Explica que la antijuridicidad es una lesión objetiva de las normas de valoración, la acción típica

⁴⁹⁵ Díaz, Aranda, Enrique, *Lecciones de derecho penal, para el nuevo sistema de justicia en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 21 y ss. p. 208.

⁴⁹⁶ *De ellos tres fueron mis maestros en la Licenciatura, En el primer curso de delitos Castellanos Tena, curse con su libro, en el segundo curso el Dr. Betancourt, y también fue mi maestro de Pedagogía en la Maestría en Ciencias Penales, En el posgrado el Dr. Carranca y el Doctor Ricardo Franco, y trabaje en la PGR, siendo el Director de averiguaciones previas, el Maestro Cesar Osorio habiendo sido mi jefe directo en Averiguaciones Previas, y el Dr. García Ramírez, fue Procurador de la PGR, cuando yo fungí como coordinadora de asesores del Subprocurador García Torres, así que con esos Maestros de Maestros, en mi carrera, académica y profesional, he aprendido, los honro.*

⁴⁹⁷ Daza, Gómez, Carlos, *Teoría General del delito, sistema finalista y funcionalista*, 5ª edición, México, Flores editor y distribuidor, 2006, p. 36

surge como la creación de una lesión, en la medida que no hay causas de justificación. Esta es la forma en que se afirma la valoración de la tipicidad y la antijuridicidad, con lo cual se verifica la existencia de elementos normativos, específicos del tipo.⁴⁹⁸

Y por último comentamos la Culpabilidad, para esta teoría, neoclásica uno de los cambios significativos es precisamente, que la culpabilidad, ya no la explican como un vínculo del psicologismo, si no con una concepción normativa, es un juicio de reproche, al autor, por haber realizado un hecho típico y antijurídico, pudiendo haber actuado conforme lo ordena el derecho, la culpabilidad además de tener un carácter psicológico, es un desvalor, es un juicio de reproche, para esta doctrina la imputabilidad el dolo y la culpa son formas de ella.⁴⁹⁹

Para concluir este breve espacio de la teoría causalista, neoclásica, cabe subrayar que la culpabilidad adquiere en este sistema una gran importancia porque no solo se incluye la capacidad psíquica del sujeto y luego en el neoclásico el aspecto normativo, en ambos el carácter doloso e imprudente de la infracción, entendidas como dos formas de reproche que se diferencian por su gravedad y su grado de conexión con la voluntad del autor.⁵⁰⁰

Berdugo Gómez de la Torre, explica que la distribución y contenido de los elementos del sistema causalista evoca una especie de imagen cónica, cuya parte superior es muy estrecha donde están tipicidad y antijuridicidad y ensanchándose en su parte inferior donde está la culpabilidad. Y que el sistema finalista ofrece una imagen diferente, similar a la de un cilindro, pues en él se equilibran más la importancia de los distintos elementos, sin que exista preponderancia de unos sobre otros., la tipicidad y la antijuridicidad adquieren mayor protagonismo, pero ello no resta

⁴⁹⁸ Ibidem, p. 35

⁴⁹⁹ Ídem.

⁵⁰⁰ Berdugo Gómez, ob cit p. 129

importancia, al análisis de la culpabilidad, que sigue constituyendo una preocupación esencial para la teoría del delito.⁵⁰¹

En síntesis, para la teoría neoclásica:

La Acción causa un resultado en el mundo exterior.

La Tipicidad que antes solo era objetiva, agrega estos nuevos elementos, normativos y subjetivos.

La antijuridicidad va a aparecer con algunos elementos subjetivos valorativos.

Y la Culpabilidad sigue con el dolo y la culpa, pero enfatiza el reproche.

La Teoría Causalista y Neocausalista es la que se enseñó en la Facultad de Derecho todo el siglo XX; considera al delito como un comportamiento humano dependiente de la voluntad que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior; trata a la conducta como un factor causal del resultado, sin tomar en cuenta la intención que llevó al sujeto a cometerla.

Los causalistas explican la acción delictiva como un proceso causal natural y extrajurídico, libre de valor, como una causalidad sin tomar en cuenta la voluntad rectora.

Y para los causalistas, el tipo penal solamente tenía elementos objetivos; en la culpabilidad, se encuentra el dolo y la culpa, que fue una de las principales críticas que emitieron los llamados finalistas.

La Escuela Clásica no podía explicar los delitos de omisión, cuando hay olvido no hay nexo causal entre el sujeto y el acto.

⁵⁰¹ Ídem.

C. TEORÍA FINALISTA

Su principal exponente Hans Welzel.



502

Planteada en la tercera década del siglo XX, procuró seguir el análisis científico de la ley penal, intentando superar las contradicciones que se apuntaban en los esquemas precedentes de la dogmática penal, para efectos doctrinarios la ubican en **de 1940 a 1970**.⁵⁰³

Welzel traslada el planteamiento de la filosofía del derecho al ámbito penal con su *Studium Zum System des Strafrechts. Estudio sobre el Sistema del Derecho Penal*, publicado en 1939.

⁵⁰²Imagen de Welzel,

https://www.google.com/search?q=fotografia+de+Hans+Welzel&rlz=1C1EJFA_

⁵⁰³ Díaz Aranda, ob. cit., p. 58. aunque consideramos que es a la fecha, porque aún el funcionalismo se basa en esta escuela.

El Autor colombiano, Fernando Velásquez⁵⁰⁴ señala que, en el período de la postguerra, una vez derrotados los extravíos del nacionalsocialismo, La doctrina finalista nace con Hans Welzel y fue desarrollada por este autor a partir de principios de los años treinta, aunque la utilización de la palabra *finalidad* para caracterizar la acción se produce a partir de 1935, con su libro Derecho Penal Alemán.

La inicial concepción fue dando paso a diversas modificaciones a medida que se sometía a revisión toda la teoría del delito imperante hasta el momento.⁵⁰⁵ Poner las bases de la nueva construcción de esta estructura sistemática penal. Que quiso establecer de nuevo, el ser real de la acción humana en el concepto central de la teoría del delito, desde un punto de vista ontológico, de manera Aristotélica.

Es decir, el finalismo comenzó con la formulación del concepto de acción como un concepto ontológico, estudio del ser, no jurídico y final, no causal. Acción es actividad final humana, no causación de resultados. *La causalidad es ciega, la finalidad es vidente*. La acción del sujeto esta llevada por una voluntad final, el fin del resultado es lo que el sujeto quiere.

El delito para la Escuela Finalista es una acción injusta y culpable. Dicha injusticia nace de la trilogía, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

La finalidad consiste en una determinación de la causalidad por la voluntad, es decir, en la dirección consciente del curso causal hacia una meta u objetivo previamente propuesto por la voluntad. El hombre se propone fines y, gracias a su previo conocimiento de las leyes naturales, puede anticipar el curso y los resultados de su actividad, dentro de ciertos límites, puede también seleccionar los medios causalmente necesarios para alcanzar el fin y poner en marcha el proceso causal exterior que conduzca a la realización del objetivo.

⁵⁰⁴ Velásquez, Velásquez, Fernando, *Fundamentos de Derecho Penal*, parte general, Colombia, editorial Jurídicas, Andrés, Morales, 2018, p. 957

⁵⁰⁵ López Barja de Quiroga, Jacobo, *Derecho penal. Parte general: Introducción a la teoría jurídica del delito*, cit., T. I, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales pp. 83-84. p. 309.

En concreto la naturaleza final de las acciones del hombre y su libertad, no pueden ser desconocidas a la hora de determinar el contenido de los elementos de la teoría del delito. *Welzel y sus seguidores entre los que se encuentran, Maurach, Kaufmann, y Hirsch* elaboran un sistema que se aparta del positivismo y del neokantismo, en el contenido de los elementos y en sus consecuencias prácticas.

506

Para el sistema Finalista, la voluntad va primero mentalmente hacia el fin se lo representa, lo anticipa y desde él regresa a los medios para poner en marcha el curso causal con los medios elegidos, conduciendo el proceso hacia la realización del objetivo.⁵⁰⁷ La acción es considerada siempre como una finalidad determinada de actuar conscientemente en función de un resultado propuesto voluntariamente.

La acción, el dolo y la culpa se ubican en el tipo, pues al ser la acción algo final tendiente a un fin, el legislador no puede sino prever acciones provistas de finalidad dolo, culpa y elementos subjetivos específicos del injusto.

Esta Escuela define el delito como una acción injusta culpable. Ofrece como estructura del delito los elementos que se desprenden de allí:

Para el jurista Carlos Daza, La conducta humana es ejercicio de acción, por ello posee una estructura lógica objetiva, final debe ser un concepto ontológico, La acción es conducta humana, conducida por la voluntad hacia un determinado fin La finalidad perseguida y por tanto el contenido de la voluntad del sujeto, forman parte de la acción, para el mismo autor sus elementos son:⁵⁰⁸

La Acción.

⁵⁰⁶ Berdugo, Gómez, ob cit, pg. 91 Para más abundamiento consultar Mir Puig, S, *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, edit. Bosch, 1976 y Sainz, Cantero J.A, *La ciencia del derecho penal y su evaluación*, Barcelona, Editorial Bosch, 1970.

⁵⁰⁷ Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho penal fundamental*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 1995, Vol. I, pp. 268-269.

⁵⁰⁸ Daza Gómez, C, teoría. ob cit, p. 38.

En la teoría finalista el dolo pertenece al injusto, siendo natural y final, apartándolo de la culpabilidad. La antijuridicidad es un predicado de la acción.⁵⁰⁹

Es la forma como el ser humano, con una finalidad, realiza o determina la realización de un suceso. La acción, pues, no siempre se realiza con una finalidad. Tiene un contenido subjetivo. No es un simple suceso causal productor de un resultado, como dicen los causalistas.

Tipicidad

En la tipicidad hay una parte objetiva y otra subjetiva del tipo, la primera es la objetivación de la voluntad, integrante del dolo y comprende características externas del autor; la parte subjetiva está formada por el dolo y los elementos subjetivos. El dolo se agota en la finalidad dirigida al tipo objetivo; el dolo no se extiende sobre ella, no comprende el conocimiento de la antijuridicidad.⁵¹⁰

En otras palabras, El tipo penal es mixto; tiene una parte objetiva son los elementos de la descripción legal y otra parte subjetiva, constituida por el dolo de la acción. Pero este dolo, a diferencia de lo que sostiene la teoría dogmática que exige que en el haya conciencia de tipicidad y antijuridicidad, el dolo en la teoría finalista es un simple comportamiento intencional exento de conciencia de la ilicitud.

Antijuridicidad

Es un juicio de valor el cual expresa, que la acción puede ser contraria a la norma, y lo será, cuando no exista causa de justificación, toma en cuenta la conducta externa del autor.

Al injusto solo le importa el fin que el sujeto se ha propuesto. Injusto es la acción antijurídica personal referida al autor.⁵¹¹

⁵⁰⁹ Ídem.

⁵¹⁰ Ibidem p. 39.

⁵¹¹ Ídem.

Acción Injusta. No basta con que una acción se adecua a una norma penal. Para que seas una *acción injusta se requieren dos situaciones: 1. que se adecue al tipo y coincida con sus elementos, y 2. que sea antijurídica, o sea, que se realice sin causas de justificación.*

En la antijuridicidad distingue el aspecto formal, lo contrario a la norma y el material lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Desaparece el concepto de imputabilidad que es absorbido por la culpabilidad la cual consiste en un juicio de reproche.⁵¹²

La culpabilidad es el juicio de reproche que se hace sobre determinada conducta. Para que una acción injusta sea culpable se requieren dos elementos: capacidad de culpabilidad que es lo que se denomina imputabilidad y el conocimiento potencial de la antijuridicidad. Por lo primero, se exige que el autor haya podido, en el momento del hecho, comprender la criminalidad de su acto y comportarse de acuerdo con esa comprensión.

Por lo segundo, que el autor haya tenido conocimiento actual de la antijuridicidad teoría del dolo, o bien, solamente conocimiento potencial de esta teoría de la culpa.

Así entonces por Culpabilidad hemos de entender “reproche”. El tipo penal consta de una parte objetiva que son los sujetos y los objetos, y de otra subjetiva, equivalente al hecho doloso, culposo o preterintencional. Nos dice el Doctor Daza, esta teoría es iniciada por Von Weber y Graf Zu Dhona y seguida por Hans Welzel, Niese, Reinhart, Maurach, Günter Stratenwerth, Armin Kaufmann, Claus Roxin, Günter Jakobs⁵¹³

⁵¹² Welzel, Hans, *Estudios de derecho penal. Estudios sobre el sistema de derecho penal. Causalidad y acción. Derecho penal y filosofía*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2003.

⁵¹³ Daza Gómez, ob cit. p. 38. Para mayor abundamiento ver Hans Welzel (1904-1977): Welzel nació en la ciudad de Artern, región de Thüringen, en el seno de una familia católica, religión que Hans no profesó. Inicialmente estudió matemáticas y después Filosofía y Derecho en la Universidad de Jena. En 1975, los principios de carácter sistemático del finalismo propuestos por el, son incorporados a la parte general del Código Penal Alemán, por la comisión encargada de la reforma

Para los finalistas es inexistente el delito. No hay delito si no hay tipicidad objetiva, es decir, cuando la acción desplegada y la descripción típica no coincide. Si no hay adecuación de tipicidad no hay delito, aunque haya un daño. Tampoco hay delito por falta de tipicidad subjetiva, cuando se actúa sin dolo, culpa o *preterintencional* y menos aún hay delito cuando el sujeto actúa amparado por una causal eximente de responsabilidad porque se excluye la antijuridicidad.

respectiva en la que Welzel tuvo destacada intervención. La filosofía de las estructuras lógico- objetiva de las cosas y el consiguiente carácter óntico de la conducta humana que, al decir de Welzel, precedía a toda valoración jurídica e imponía límites muy precisos a la aparente libertad del legislador para elaborar las leyes, todavía genera polémicas entre normativistas y ontologista.

Welzel es incluso reconocido precursor de la teoría de la imputación objetiva que, en el funcionalismo de Roxín, se ha consolidado como criterio normativo adicional a la causalidad, en los delitos de resultado material.

HELMUTH VON WEBER, (1893-1970) fue un jurista destacado alemán que estructuró la teoría del sistema penal. WEBER no se le puede considerar finalista en el buen sentido de la palabra, ya que el concepto de acción es tomado como análisis del derecho vigente y no del concepto ontológico de acción (estructuras lógico-objetivas), se destacó más bien por rechazar el dolo en sede de la culpabilidad y por haberle ubicado en el tipo, rechaza que lo objetivo sea la tipicidad y la culpabilidad este en el tipo, de allí que comience la creación de la teoría finalista. ALEXANDER GRAF ZU DOHNA (1661-1728) quien tomó, cimiento, y le dio un impulso a esta teoría que había comenzado con WEBER, así el mismo WELZEL no lo haya reconocido inicialmente y también el de haberse tratado al profesor GRAF ZU DOHNA de exponer teoría valorativista (causalistas) o de la teoría dominante de la época.

GRAF ZU DOHNA prohió una teoría normativa de la culpabilidad y no aceptaba la teoría psicológica propia de la teoría causalista (Cfr. Graf Zu Dohna, Alexander (2005). Estructura de la teoría del delito. Bogotá: Leyer), acepto la existencia del tipo objetivo y del tipo subjetivo (separadamente), destacó el objeto de la valoración y la valoración del objeto, y describía que la antijuridicidad y la culpabilidad estaba referida a la tipicidad.

Se fundamentaba en que hay veces en que existe el dolo, sin haber culpabilidad, esto era un exabrupto para teoría causalista, porque precisamente el dolo se situaba en la culpabilidad, por lo que si existía dolo existía también culpabilidad y es el lado subjetivo es el que destaca si hay dolo o no y la culpabilidad se redujo a mero juicio de reproche (lo dejó vacío, respondían los críticos).

<https://www.studocu.com/es/document/universidad-cooperativa-de-colombia/derecho-penal/apuntes/escuela-finalista-se-brinda-una-explicacion-asi-como-los-elementos-que-comprenden-la-escuela/2577328/view>

No hay delito si la acción y descripción legal no coinciden.

Si la acción no está prevista como delito, se da la denominada Atipicidad.

Tampoco hay delito si el sujeto no actúa con dolo o culpa.

Distingue entre error del tipo, excluye al dolo y a la punibilidad y el error de prohibición elimina la conciencia de antijuridicidad, al ser invencible elimina la punibilidad, y si es vencible, subsiste en distinto grado.

Tampoco lo hay si concurren causales de justificación. También se desnaturaliza el delito si la conducta es producida por Error.

Distingue esta Escuela dos clases de Error: Uno, si el autor se equivoca al realizar la conducta, sobre los elementos del tipo penal, estaremos frente a un Error de Tipo; si el autor desconoce que su conducta estaba definida como delito, se presenta el Error de Prohibición.

Es decir que niega que *haya culpabilidad, juicio de reproche*, si la conducta obedece a *error*, y distingue dos clases de error: *error de tipo y error de prohibición*. Si el autor se equivoca en la descripción de alguno de los elementos que hacen típica una conducta, incurre en error de tipo; y, si yerra o se equivoca en la existencia del tipo, o sea, que no sabía que esa conducta era prohibida, no se le reprochara su conducta por error de prohibición.⁵¹⁴

En otras palabras. Para el finalismo no hay lugar a reproche o culpabilidad cuando aun habiendo delito, el agente que lo causo es un inimputable o siendo el agente imputable, al momento de realizar el hecho delictuoso, no tenía conciencia de que estaba cometiendo un injusto o de la antijuridicidad de la conducta.

Teorías de la Reacción Penal.

⁵¹⁴ ver Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, Caracas Venezuela, Monte Ávila Editores Latinoamericanos, 1992, pp. 89 y ss.

Para el Finalismo, la pena, que es consecuencia de haber obrado con culpabilidad, tiene tres fines:

Preventivo, dado por la amenaza de la carga aflictiva;

Retributivo, dado por la aplicación de la sanción;

Resocializador del autor del ilícito que se deriva de la ejecución de esa pena.

La responsabilidad penal no existe si en la acción faltan los elementos subjetivos: dolo, culpa o *preterintencional*, o si quien incurre en el hecho actúa en concurrencia de una causal ex culpante de responsabilidad, como el caso fortuito, la fuerza mayor, el error de tipo o prohibición.

Como sabemos, Posteriormente, en la Teoría de la Pena, se le cedió el paso a la Escuela Positiva, la cual de manera preponderante, en esta rama del pensamiento se toma en cuenta “la personalidad del reo como criterio determinante en las disposiciones y las finalidades del Derecho Penal”.

Las directrices conceptual-básicas de la Escuela Positiva se pueden resumir de la siguiente manera:

1.- El punto de mira de la justicia penal es el delincuente, pues el delito no es otra cosa que un sistema revelador de un estado peligroso.

2.- La sanción penal, para que derive del principio de la defensa social, debe estar proporcionada y ajustada al “estado peligroso” y no a la gravedad objetiva de la infracción.

3.- El método es el inductivo, experimental.

4.- Todo infractor de la ley penal, responsable moralmente o no, tiene responsabilidad legal. “la voluntad está determinada por influjos de orden físico, psíquico y social”.

5.- La pena tiene una eficacia muy restringida; importa más la prevención que la represión de los delitos, y por tanto, las medidas de seguridad importan más que las penas mismas.

6.- El Juez tiene facultad para determinar la naturaleza delictuosa del acto y para establecer la sanción, imponiéndola con duración indefinida para que pueda adecuarse a las necesidades del caso.

7.- La pena, como medida de defensa, tiene por objeto la reforma de los infractores re adaptables a la vida social, y la segregación de los incorregibles.

La Tercera Escuela, es una posición ecléctica entre las dos escuelas anteriores, tomando conceptos fundamentales de los clásicos y también de los positivistas, estimando al delito como un fenómeno individual y social, orientándose al estudio científico del delincuente y de la criminalidad; niega el libre albedrío si éste es considerado en toda su dimensión; acepta el principio de la responsabilidad moral distinguiendo entre imputables e inimputables; sin embargo, no se estima al delito como un acto realizado por alguien con libertad absoluta, sino que existen motivos que determinan y coaccionan psicológicamente al infractor; se inclina más por estimar la pena como una defensa social.⁵¹⁵

Consecuencias en el ámbito político y del derecho esta escuela finalista, genera la separación tanto el dolo como de la culpa, pues se deberán tomar en cuenta al estudiar la conducta y el tipo de delito plantean la teoría de la retribución: considera que la pena tiene en si misma su finalidad y en ella agota la función que debe desempeñar al autor de un mal (delincuente) se le impone en justa retribución un mal la pena.

Teoría de la prevención general: se apoya moderadamente en las ideas de Anselmo Von Feurbach expuestas a principio del siglo XIX donde atribuye a la pena una función de intimidación de carácter general. Desarrollan el fin de la pena como una

⁵¹⁵ Rodríguez Manzanera, ob cit pp. 61-64

manera restablecer el orden externo de la sociedad violada por la actividad delictiva y el delincuente. Esta escuela trajo como consecuencia superar la teoría causal de la acción establecen la Responsabilidad Penal pues no existe si en la acción faltan los elementos subjetivos: Dolo, culpa o preterintencional.

Después de esta disertación sobre la pena por último en relación al Sistema Finalista otra figura.

El finalismo, también aborda la figura de la *Tentativa*. La voluntad de la conducta humana reúne una fase interna, la cual acontece en el pensamiento y la inteligencia; esta se da cuando se planea y se está seguro de que se quiere y una fase externa en la que el autor exterioriza su voluntad. Una vez propuesto el fin, seleccionados los medios y ponderados los efectos concomitantes, el autor procede a su realización en el mundo externo.

Resumiendo, los aportes del finalismo, queda claro que en toda acción hay una etapa objetiva y una etapa subjetiva. Se entiende que al realizar la acción el sujeto se representa un resultado, por ello, el poder actuar de otro modo siempre está presente; en tal medida, si siendo libre decidió hacer algo incorrecto su conducta será reprochable. Como todo se dirige a la acción final, el dolo se traslada al tipo.

Según el finalismo, el error de tipo tiene que ver con los elementos del tipo penal, incluyéndose el dolo ejemplo, matar a otro. En una obra de teatro, un actor piensa que está disparando con un arma de foguero, pero le pusieron una de verdad y termina matando.⁵¹⁶

Postulados vigentes, en nuestro Sistema Jurídico Mexicano. Esta teoría se apoya en los mismos elementos de la conducta, que se tienen en cuenta en el sistema actual: tipicidad, antijuricidad, culpabilidad.

⁵¹⁶ Welzel, Hans, *Estudios de derecho penal*. Estudios sobre el sistema de derecho penal. Causalidad y acción. Derecho penal y filosofía, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2003.

Peña González, Oscar, Almanza, Altamirano, Juan, pp. 338 y ss.

En el sistema finalista: La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten una acción en un delito. La culpabilidad es la responsabilidad personal por el hecho antijurídico.

La tipicidad, porque la conducta se encuentre prevista en el código penal de manera clara, inequívoca y expresa.

Antijuridicidad, que el autor de la conducta delictiva ponga en peligro sin justa causa un bien jurídicamente tutelado.

La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad están relacionadas lógicamente de tal modo que cada elemento posterior del delito presupone el anterior. Otro aporte que se encuentra vigente es resaltar un derecho penal de acto, y no de autor puesto que lo que se tiene en cuenta, no son los factores físicos ni biológicos del autor del delito sino la conducta exteriorizada de este.⁵¹⁷

En Síntesis:

La ACCIÓN es final, puede determinar los objetivos.

TIPICIDAD En lo Objetivo Es la descripción de la conducta prohibida por la norma, con elementos Subjetivos del tipo el Dolo y la Culpa

ANTI JURIDICIDAD es el Injusto personal.

CULPABILIDAD posibilidad de obrar de otra manera; es el Reproche.

⁵¹⁷ Ver Plasencia Villanueva, *Teoría del Delito*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, Franz Von Liszt, *Tratado de Derecho Penal*. Valencia. España, Valletta Ediciones, 2006. Santiago Mir Puig, *Introducción a las bases del derecho penal*, Buenos Aires, Montevideo Editorial, 2003.

D. TEORÍA FUNCIONALISTA

Principal exponente Claus Roxin



518

Para efectos teóricos la ubican De 1970 a la fecha, En México a partir de los años 90's.

En la denominada Teoría del funcionalismo, se identifican a Claus Roxin: como exponente del funcionalismo moderado y a Günther Jakobs del funcionalismo sociológico o radical. El funcionalismo moderado reconoce los elementos del delito propuestos por el finalismo, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, pero con una orientación político-criminal, puesto que los presupuestos de la punibilidad deben estar orientados por los fines del Derecho Penal, por lo que estas *categorías jurídicas* no son sino instrumentos de una valoración político-criminal. Sustituye la categoría lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientadas a valoraciones jurídicas; pues la imputación de un resultado depende de la realización de un peligro dentro del fin de protección de la norma. La culpabilidad se limita con

⁵¹⁸ Imagen,

<https://www.google.com/search?q=fotografia+de++Claus+Roxin&rlz=1C1EJFA>

la necesidad de prevención y juntas originan el nuevo concepto de responsabilidad, que es la base de la imposición de la pena.

Señala Roxin, que la formación del sistema jurídico penal no puede vincularse a realidades ontológica previa acción, causalidad, estructura lógico reales, etc. sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho Penal. *Esto significa que la teoría de los fines de la pena será la que orientará las características del sistema penal.*⁵¹⁹

Roxin publica en 1970 su monografía *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal* y con ella comienza una orientación dogmática que pretende, por una parte, la superación de las arduas polémicas entre causalistas y finalistas que tantos ríos de tinta habían generado, y al mismo tiempo superar los inconvenientes prácticos a los que había conducido la dogmática tradicional, singularmente el defecto consistente en el alejamiento entre las teorías elaboradas y soluciones adoptadas en base a las mismas; como consecuencia de formulaciones abstractas a las que conducía el método empleado, y la realidad práctica, realidad social a la que el Derecho Penal y dichas teorías iban dirigidas. Es decir, hasta el momento dogmática y realidad se encontraban ubicadas en planos distintos e incomunicados, y en no pocas ocasiones las soluciones dogmáticas, adoptadas al margen de la realidad social producían resultados insatisfactorios desde una perspectiva práctica. *Roxin intenta superar dicha incomunicación orientando el sistema del Derecho penal, conceptualizado ahora como un sistema abierto, a las valoraciones de la Política Criminal en un intento de dar soluciones coherentes a los problemas de la realidad práctica pero sin caer en un puro pensamiento tópico*⁵²⁰.

⁵¹⁹ Roxin, Claus, *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, 2ª ed., trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, Civitas Madrid, 1997.

⁵²⁰ Para J.A. Sainz Cantero, "la solución no radica en una sustitución del pensamiento sistemático por el problemático, sino en una síntesis dialéctica entre ambos. El pensamiento problemático, si quiere mantener el carácter científico de la actividad jurídica, tiene que desembocar en un sistema; y el pensamiento sistemático, si quiere encontrar la solución justa de un caso, tiene que estar

Desde esta nueva perspectiva los conceptos deben funcionar, es decir, se les exige que logren resultados justos y adecuados en el marco del desempeño de un adecuado papel en el sistema. Roxin pretende sistematizar, desarrollar y reconstruir las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad bajo el prisma de su función político criminal en una suerte de sistema abierto en orden a la resolución de los problemas que la realidad presenta.

Y sus seguidores afirman que no quiere decir que renuncie al contenido de las categorías dogmáticas elaboradas hasta el momento, sino que su pretensión será complementar las mismas y perfeccionarlas⁵²¹

Así, por ejemplo, la categoría de la imputación objetiva elaborada por Roxin no sustituirá a la causalidad, sino que la complementará para perfeccionar la imputación en el marco del tipo objetivo. Todas las categorías dogmáticas en Roxin deben ser entendidas desde los fines de la pena, que vienen dados por el propio sistema social. Desde esta perspectiva, la concepción del bien jurídico en Roxin está íntimamente ligada al sistema social mismo, lo que critican sus opositores.⁵²²

Queremos subrayar que, se le ha llamado o identificado como funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo ⁵²³ porque, valora los fines del derecho penal.

orientado en el problema” Lecciones de derecho penal. Parte general. Introducción, reimpresión 1981, Barcelona, Bosch, 1980, p. 72.

⁵²¹ Ver. Schünemann, B. comp., “*El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*”, en Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario, Tecnos, Madrid, 1991, p. 64. Sin embargo, más recientemente, en relación con la función del tipo, Roxin introduce consideraciones de prevención general que superan el mero formalismo del nullum crimen. Vid. Roxin, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. I, 3.ª ed., München: C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1997, pp. 7-56.

⁵²² Peña Oscar, ob cit, Aunque debe advertirse, asimismo, que en el sistema de Roxin tiene mucha importancia la delimitación del bien jurídico empleando para ello no sólo los fines de la pena, sino también parámetros constitucionales entendidos valorativamente, lo que permitirá a Vives tachar el planteamiento Roxiniano a la vista de su concepción de la culpabilidad como de incongruencia gramatical 49.

⁵²³ Teleológico Causas, propósitos, fines, estudio del fin. Doctrina de las causas, finales, ídem p. 735.

Nos explican los estudiosos entre ellos Arias Eibe, que para Roxin, los valores provienen de la política criminal propia de un Estado Social y Democrático de Derecho *superando de ese modo el relativismo valorativo en que habían caído los neokantianos.*⁵²⁴

Establece que el tipo cumple la función de determinación de la ley penal conforme al principio nullum crimen; a la antijuridicidad le corresponde la función de solucionar los conflictos sociales, y a la culpabilidad corresponde la función de determinar la necesidad de la pena, conforme a consideraciones de tipo preventivo.⁵²⁵

Lo anterior, corrobora que no renuncia al contenido de las categorías o elementos dogmáticos elaborados por el finalismo, al contrario, pretende complementarlas o mejorarlas.

El Bien Jurídico desde esta perspectiva, del funcionalismo moderado, está íntimamente ligada al sistema social mismo. Un bien jurídico será aquello que resulte útil para el desarrollo del individuo o para el propio sistema social, de suerte que *su concepción material de lo injusto será precisamente la lesión de esos bienes útiles para el individuo o para el sistema.*

En este sistema tiene mucha importancia la delimitación del bien jurídico empleando para ello no sólo los fines de la pena, sino también parámetros constitucionales entendidos valorativamente.⁵²⁶

Roxin distingue entre tipo total o *Tipo Sistemático*. Dentro del que incluye tanto *el dolo como las causas de justificación* y tipos de garantía y de error, integrando en el tipo tanto la antijuridicidad formal como la antijuridicidad material, de suerte que

Ontológico Ciencia que estudia al ser en general, las cosas en sí estudio del ser estudia la naturaleza del ser, la existencia y la realidad. Ciencia de las esencias. diccionario, 29 edición, México, Porrúa de la lengua española, 1988, p. 527 ver nota 8.

⁵²⁴ Ídem.

⁵²⁵ Vid. Shühemann, B., 1991: p. 64.

⁵²⁶ Arias Aibe, ídem.

la conducta típica será, a un tiempo lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, y al mismo tiempo infracción del deber normativo ⁵²⁷

Nos sigue diciendo este jurista Arias, en relación a la *Pen*a y a la ciencia interdisciplinaria de la prevención. *Que para Roxin la pena es la última ratio en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho*, presenta fines preventivos generales y especiales, y en su concepción humanitaria llega a propugnar la adopción de medidas político-criminales tendentes a la sustitución de la pena de prisión por otras que supongan una menor injerencia en las personas y por otra parte no menos eficaces que la misma en orden a la prevención, en el caso de delitos menos graves y leves, centrando su atención, al mismo tiempo, en la necesaria atención a la víctima del delito y en la reparación del daño. De esta suerte, en no pocos casos resultarán más eficaces preventivamente y menos lesivas para el individuo, penas como los trabajos en favor de la comunidad o el arresto domiciliario vigilado a través de medios electrónicos o la suspensión o pérdida definitiva de la licencia para conducir y la multa, que penas privativas de libertad. En efecto, para llegar a esta conclusión, reconoce que desde hace tiempo venimos asistiendo a dos tendencias contrapuestas de política criminal en relación con el tratamiento penal: orientar el sistema de penas hacia la reinserción, reeducación del infractor y prevención del delito, o bien centrarse preferentemente en la imposición de penas duras y disuasorias como medio de prevención.

Roxin, reconoce que las penas privativas de libertad resultan necesarias para los delitos graves y para los sujetos reincidentes incorregibles, pero reconoce que las mismas, en general, y en la conformación actual, son inadecuadas para luchar contra la criminalidad, proclamando la necesidad de orientar la construcción de una estrategia global de la prevención, en el marco de una ciencia interdisciplinaria de la prevención. ⁵²⁸

⁵²⁷ Vives Antón, 1996, pp. 437-440.

⁵²⁸ Arias, *Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo versus funcionalismo*, pp. 442- 443

El hecho de que las penas, en general, se adviertan como instrumento inadecuado para la lucha eficaz contra la criminalidad se deriva, en primer lugar, del hecho de que a pesar de la existencia de estas, la criminalidad y la reincidencia siguen existiendo. *Roxin señala que el delito existirá siempre, pues el mismo es producto de la imperfección de la naturaleza humana, y en la realidad social existen determinados ámbitos de la criminalidad en los que se advierte, además especialmente, la ineficacia de las penas para prevenir los delitos;* así sucede con la criminalidad pasional, en casos de crisis existenciales o emotivas, en los supuestos de carencia de socialización familiar respecto a los niños potenciales delincuentes, en la miseria económica y en los ámbitos de la criminalidad organizada. *A pesar de ello, Roxin señala que el Derecho penal es necesario, pues resulta un instrumento imprescindible para imponer la paz jurídica y evitar la anarquía; no obstante, considera erróneo de que con penas más duras se pueda lograr una reducción de la criminalidad.*

Ahora bien, una cosa es que el Derecho penal resulte necesario para dichos fines, y otra es que se esté obrando adecuadamente para prevenir y reducir adecuadamente la criminalidad. A juicio de Roxin, las penas severas, especialmente las privativas de libertad, pero también las multas, no son instrumentos idóneos, por sí solos, para prevenir la criminalidad. Las penas privativas de libertad, lejos de lograr el objetivo al que programáticamente sirven, constituyen, en sí mismas, una paradoja, *algo inviable*, ya que resulta difícil comprender cómo se podrá lograr la reinserción, reeducación y rehabilitación de un sujeto, estigmatizado y fuera de la sociedad, privado de su libertad natural. Esa ruptura del individuo con su familia, con su trabajo, tan sólo podría ser justificada en el caso de delitos especialmente graves, o en el caso de sujetos reincidentes, y en cualquier caso debe resultar admisible tan sólo con una orientación marcadamente reduccionista de la duración de la privación de libertad, combinando la misma con medidas de terapia social y no abandonando al infractor entre cuatro paredes.⁵²⁹ De la privación de libertad de corta duración, está demostrado empíricamente, *afirma Roxin, que la ejecución de*

⁵²⁹ Ibidem. pp. 443-444

la pena corta privativa de libertad, por el contacto del sujeto con el mundo carcelario, tiene efectos criminógenos y puede suponer, precisamente, lejos de la prevención teóricamente perseguida, el verdadero inicio de la carrera criminal. Por otra parte, las penas de multa tampoco son la panacea, ya que además de que pueden ser abonadas por terceras personas ajenas al infractor, con lo que el efecto sobre el mismo puede ser nulo, las mismas producen un efecto completamente diferente entre los pudientes y los humildes en este sentido el sistema días/multa de nuestro Código Penal, trata de salvar dicha objeción, todo ello además de que no se descarta la posibilidad de que determinados sujetos, a fin de obtener el importe de la multa y evitar la privación de libertad, incurran en una nueva infracción delictiva contra el patrimonio.

Dentro de las nuevas sanciones, el propio Roxin ha reflexionado sobre algunas, tratando de complementar el sistema de reacción penal actual con *NUEVAS SANCIONES DE CARÁCTER SOCIAL-CONSTRUCTIVO*. En este sentido, y tras analizar las ventajas de las penas de privación del permiso de conducir vehículos a motor incluso para infracciones que nada tengan que ver con la circulación vial, dada la evidente afectación que supone dicha sanción a la comodidad de los ciudadanos en el mundo actual, o las ventajas de la pena de arresto domiciliario asegurado electrónicamente ya implantado en Norteamérica y en nuestro país ya está de derecho en el CNPP, pero de hecho todavía no se implementa, que consisten en esencia en evitar la ruptura del sujeto con su ambiente familiar y laboral y permitir que el sacrificio lo sea tan sólo de su tiempo libre y de una forma mucho menos estigmatizadora que la privación de libertad en un centro carcelario, se centra en analizar las ventajas que en orden a la prevención del delito pueden suponer sanciones como la privación de libertad, pero unido a medidas terapéuticas, en relación con delitos graves en sujetos reincidentes o con trastornos de personalidad; o la opción de sustituir la pena privativa de libertad o multa por *trabajos en beneficio de la comunidad aceptados voluntariamente en el caso de delitos leves o menos graves; o las ventajas que respecto a la protección de la víctima puede tener la instauración de medidas reparatoras y de conciliación con la*

*víctima, o la institución procesal del sobreseimiento con la obligación de reparación o realización de trabajos en beneficio de la comunidad en el caso de delitos leves.*⁵³⁰

Los autores coinciden que podríamos señalar como discípulos más relevantes de Claus Roxin, en Alemania, a Schünemann, Rudolphi, Amelug, Wolter y Achenbach.⁵³¹ Aunque Roxin más que discípulos los considera, colegas, pues con ellos hicieron un proyecto de Código Alternativo, en 1962, cuando se reformó el código penal alemán.

Mi posicionamiento.

⁵³⁰ Críticas a la tesis de Roxin, En este sentido, Vives Antón, 1996: pp. 447 y ss. Martínez -Buján Pérez, 2001: p. 1082. Por otra parte, la formulación de Roxin, según Vives, 1996: p. 449. De hecho, la moderación que presenta el pensamiento de Roxin ha servido para que desde diversos ámbitos se haya puesto en cuestión incluso el verdadero carácter funcionalista, quien al tratar la insuficiencia epistemológica que desde su perspectiva presenta el funcionalismo teleológico, y tras señalar que en el sistema del profesor de Múnich no sólo tienen importancia los fines de la pena, sino también los parámetros constitucionales entendidos valorativamente, en especial en la delimitación del bien jurídico, y la dignidad del hombre en su concepción de la culpabilidad, cree entender que el sistema de Roxin se encuentra viciado desde los necesarios parámetros de la unidad del Derecho, y ello en la medida en que la formulación Roxiniana *pretende comprender las normas constitucionales desde la dignidad del hombre —axiológicamente—, mientras que las penales han de ser comprendidas, desde su planteamiento, empíricamente, es decir, desde los fines de la pena.* Incurrir en una manifiesta incongruencia gramatical en la concepción de la tipicidad, ya que, al margen de la saturación que presenta, no existe una *satisfactoria coordinación de las funciones atribuidas al mismo*, no existiendo tampoco criterios que eviten la confusión entre las mismas. Sin embargo, es lo cierto, no todas las formulaciones del funcionalismo teleológico-valorativo parten de los mismos presupuestos que Roxin, por lo que como advierte Vives, las críticas formuladas sirven tan sólo para aquellas orientaciones que admitan los mismos puntos de partida. de la relación dialéctica permanente entre la lógica de la prevención y la lógica de las garantías, que en su opinión viene a constituir «la construcción más acabada en el marco de un enfoque teleológico-funcional» —reconociendo posteriormente que tal tesis no resulta lejana a los planteamientos en que se apoya el propio Vives para la fundamentación del Derecho penal, aunque, lógicamente, salvando los diferentes enfoques metodológicos de uno y otro.

⁵³¹ Daza Gómez, ídem.

Me convence, la llamada teoría funcionalista, entendida como la teoría que busca que realmente funcione el derecho penal, y que se lleve a cabo una Imputación Objetiva, relacionada con una responsabilidad individual, para que tenga consecuencias jurídicas diversas no solo la pena de prisión.

Por eso me adhiero al llamado Sistema Funcionalista Moderado, que como toda obra humana es criticable y perfectible, pero debemos seguir dando pasos para buscar la justicia penal y que haya menos impunidad, el marco constitucional lo tenemos, investigar los hechos, proteger al inocente y procurar que el culpable no quede impune.

Me ha seducido, del funcionalismo moderado que incluye las categorías de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad como presupuestos de las penas y o medidas de seguridad.

La configuración del delito con base a esta teoría, deriva de la identificación plena del autor a quien se le puede atribuir la realización del resultado dañoso, de ahí que su sistematización deba orientarse a encontrar los elementos que la integran, conforme a un método acorde a los principios que sustenta , su aplicación debe corresponder a delitos de acción u omisión, de resultado o de peligro, dolosos o culposos, consumados o a título de tentativa, porque en todos los casos debe operar de manera análoga o equivalente , acorde al principio de unidad rector del sistema penal.⁵³²

Yo estoy totalmente de acuerdo con Roxin en su teoría, de que las penas privativas de la libertad en general, y en la conformación actual, son inadecuadas para luchar contra la criminalidad, proclamando la necesidad de orientar la construcción de una estrategia global de la prevención, en el marco de una ciencia interdisciplinaria de la prevención.⁵³³

⁵³² Carrasco, Daza, Constanco, *Prologo a Imputación objetiva, en la participación y tentativa culposa*, de Daza, Gómez Carlos, México, editorial Flores, 2018, p XXXIV

⁵³³ Arias *ídem*

Por ello propongo al final de este capítulo para nuestros delitos que estamos estudiando, PENAS DE 3 MESES⁵³⁴ para que aprendan, valoren la libertad y se instruyan y si totalmente de acuerdo con trabajo a favor de la comunidad y la reparación del daño en concordancia con el primer párrafo del 20 C e implementar políticas públicas de conciencia de la protección de datos personales.

Y si la Pena es para personas Jurídicas, no basta la suspensión o cancelación, si no trabajo algo similar pero sí que hagan algo a favor de la comunidad como escuelas, mantenimiento, dar anteojos, dar tabletas a escuelas y cursos asesorías mantenimiento del ramo a que se dediquen servicio a Favor de la Comunidad.

También coincido con la idea de que el derecho penal es imprescindible totalmente de acuerdo y en consonancia con el 18 Constitucional, párrafo segundo la Reinserción Social y Justicia para la Paz es que se sostiene mi tesis, que si debe penalizarse la violación de datos personales, con penas no duras, pero eficiente que sensibilicen y readapten.

Nuevas sanciones de carácter social constructivo. Esto se debe implementar en el siglo XXI con la tecnología al servicio de la justicia.

Por eso cárceles que se llamen CENTROS DE REINSERCIÓN SOCIAL constructivo desde lo Social.

Mi Posicionamiento. En cuanto a las funciones del tipo que se evidenciaron en Roxin, *la justificación del Derecho penal no tiene su apoyo exclusivo en las teorías de la pena, sino que en el mismo se hace manifiesta la construcción de las categorías dogmáticas y del sistema mismo del Derecho Penal.*

Es perfectible, entre otras cosas, considero que en cuanto a las funciones del tipo está saturado, debe ordenarse y clasificarse mejor los elementos del tipo. Y por otro

⁵³⁴ Actualmente, que no puede ser más de 60 años a nivel federal, no señala mínimo como el CPDF porque así lo establece el artículo 25CPF

lado incidir en que la justificación del derecho penal no tiene su apoyo solo en la teoría de la pena, si no en la construcción de las categorías dogmáticas y de todo el Sistema Jurídico Penal.

La formulación del multicitado maestro Claus Roxin, presenta, a la vista de lo que llevamos dicho, una moderada normativización y funcionalización de los conceptos y categorías jurídico-penales, a diferencia de la formulación del profesor de Bonn, Günter Jakobs, que, como veremos a continuación, se caracteriza por una completa absolutización o radicalización, tanto de la normativización como de la funcionalización de estos. Constituyendo un nuevo sistema racional penal que consiste en un dinámico sistema del derecho penal eficazmente estructurado con un nuevo proceso y procedimiento rápido y efectivo que descansa sobre bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena.

En Síntesis, para la Teoría Funcionalista Moderada:

ACCIÓN: Es manifestación de la personalidad.

TIPICIDAD: Responde a *Nullum crimen, nullum pena sine lege*.

ANTI JURIDICIDAD: Responde a las soluciones sociales del conflicto.

CULPABILIDAD: Es la necesidad de pena, más cuestiones preventivas.

Esta Teoría como señalamos, inició en Alemania ha tenido influencia en países latinoamericanos como Colombia y Perú y en México, todavía existe resistencia de los doctrinarios; algunos jueces o magistrados, en esta década han emitido sentencias conforme a esta teoría en especial en el ámbito de la imputación objetiva. Determinando el acontecer realizado por el autor considerando su voluntad y determinando la imputación al hecho.

Las principales figuras que influyen en la nueva Dogmática Penal son: la Imputación Objetiva, la Teoría del Riesgo Creado, la Imputación Personal y el Dominio del Hecho por parte del autor material, y el actuar de los partícipes.

E. FUNCIONALISMO NORMATIVO

Principal exponente GÜNTER JAKOBS



535

FUNCIONALISMO NORMATIVO O RADICAL ⁵³⁶

Dentro del pensamiento del funcionalismo penal alemán destacan como ya lo mencionamos, funcionalismo moderado de Claus Roxin y el funcionalismo radical de Günther Jakobs. Ambos sistemas, se orientan a la realización de determinados valores que se constituyen en rectores del sistema mismo, pero esos valores son diferentes en uno y otro dogmático. Nos explican los estudiosos, en Jakobs los valores se pretenden transponer desde la teoría sociológica de Luhmannicante⁵³⁷

Jakobs pretende superar el relativismo que achaca a la construcción de Roxin y sus discípulos, al funcionalizar todos los conceptos jurídico-penales al que cree fin último del Derecho penal, es decir, *a la prevención general positiva*. Para Jakobs la sociedad se constituye mediante normas; normas que vendrán a conformar su base misma el ordenamiento jurídico-penal tendrá la específica misión de velar por la

⁵³⁵

Imagen

<https://www.google.com/search?q=fotografia+de+Gunther+Jakobs&sa=X&rlz>

⁵³⁶ Arias, Eibe, Manuel José. “Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo versus funcionalismo normativo o radical”. *Doxa*. N. 29 (2006). ISSN 0214-8876, pp. 439-453, <http://hdl.handle.net/10045/9977>

⁵³⁷ Ídem.

subsistencia de tales normas y, por tanto, de velar por la misma subsistencia de la sociedad que se apoya en ellas, y del orden social conformado ⁵³⁸

De lo que deriva, en última instancia y de forma mediata, que la identidad y carácter de los mismos individuos, como personas, también resultarán preservados por el Derecho penal, y ello en la medida en que, si la sociedad resulta protegida por el Derecho penal, también lo serán éstos, que sin la misma, serían simples animales.

En este sentido podríamos incluso afirmar que la funcionalización realizada por Jakobs no sólo se extiende a los conceptos jurídico-penales, sino que llega a funcionalizar al sistema jurídico-penal mismo, en el marco de una teoría funcionalista-sistémica de la sociedad construida en base a las formulaciones de Niklas Luhmann⁵³⁹

En efecto, como veremos a continuación, la función del derecho penal como mecanismo de aseguramiento y reforzamiento de las expectativas normativas, o como mecanismo de estabilización contra fáctica de expectativas, que se hace visible en Jakobs, ha sido una de las ideas importadas de Luhmann.⁵⁴⁰

⁵³⁸ Jakobs, G., 1997: *Derecho penal. Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª. ed., Madrid: Civitas, p. 12.

⁵³⁹ Niklas Luhmann 8 de diciembre de 1927 en Luneburgo, Baja Sajonia 6 de noviembre, 1998 en Oerlinghausen, Renania del Norte-Westfalia) fue un sociólogo alemán reconocido por su formulación de la teoría general de los sistemas sociales. Filósofo, cibernético, sociólogo y profesor universitario. Entre muchas de sus obras traducidas al español, recomendamos, *Ilustración sociológica y otros ensayos* (1973) *Fin y Racionalidad en los sistemas: sobre la función de los fines en los sistemas sociales* (1983) *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (1983) *El amor como pasión: la codificación de la intimidad* (1985) *Sistemas sociales: Lineamientos para una teoría general* (1992) ISBN 84-7658-493-8, *La sociedad de la sociedad* (2007) Ver Corsi, G., Esposito, E., Baraldi, C., & Luhmann, N. 1996. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, vol. 9. Universidad Iberoamericana. Luhmann, N. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general* vol. 15. Anthropos Editorial, 1998. p. 157.

⁵⁴⁰ Ver Jakobs, 1997, pp. 9 y ss.; Lesch, H. H., 1999: *Der Verbrechensbegriff, Grundlinien einer funktionalen* Revisión, Köln, etc., Carl Heymanns, pp. 186 y ss.

El influjo del funcionalismo sociológico de Luhmann, en especial el de su primera época, es evidente en el grueso de la construcción dogmática de la teoría del delito de Jakobs y de sus discípulos, sin embargo, en los últimos tiempos, al sociólogo de la Universidad de Bielefeld se han tornado escasas, lo que evidencia que tal vez se encuentre su construcción dogmática en una especie de fase de tránsito y de abandono de la perspectiva sociológica y su sustitución por una fundamentación filosófica nueva.⁵⁴¹ Pese a reconocer el efectivo influjo que su construcción ha recibido del funcionalismo de Luhmann, llega a señalar que, no obstante ello, su concepción y la del sociólogo presentan sustanciales diferencias; señala, independientemente de su efectiva influencia, sobre su concepción del Derecho Penal, tanto en el marco de lo injusto como en el de la culpabilidad, se asemeja mucho al pensamiento retributivo de Hegel.⁵⁴²

⁵⁴¹ En este sentido, en 1996: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Madrid, Civitas, p. 16.

⁵⁴² del mismo modo en su trabajo de 1998: *Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem*, München: Bayerische Akademie der Wissenschaften, pp. 11-14, parecen evidenciarse influjos en Jakobs provenientes de la Filosofía del Derecho de Kant. Por su parte, su discípulo Lesch, H. H., 1999: *La función de la pena*, Madrid: Dykinson, pp. 51-52, señala, independientemente de la efectiva influencia de Luhmann sobre su concepción del Derecho penal, el efectivo influjo que en su concepción ha tenido Hegel. En este mismo sentido, Vives Antón, 1996: pp. 446-447, señala que la concepción de Jakobs, tanto en el marco de lo injusto como en el de la culpabilidad, se asemeja mucho al pensamiento retributivo de Hegel.

Ver, Zaffaroni, *hacia un realismo*, ob, cit., pg59 y ss. y Günter, Jacobs, *La ciencia del derecho penal, ante las exigencias del presente*, traducción de manso, porto, teresa, Universidad Externado de Colombia, CIDPFD, Colombia, 2000, p. 39

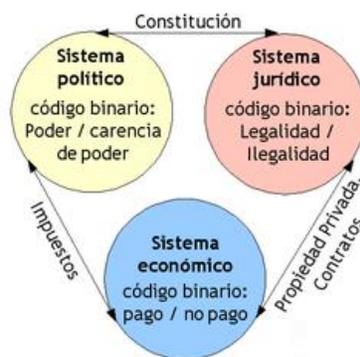
En el prólogo del *Lehrbuch*, Jakobs ya advierte que su libro es un Tratado en el que desarrolla la teoría sociológica de Luhmann. Vid. Vives Antón, 1996: p. 442. En este mismo sentido, Vives Antón, 1996: pp. 446-447, Frase de Hegel: Tener valor de equivocarse.

Para Luhmann el Derecho es un sistema social; se trata, según su formulación, de la estructura de un sistema social vinculada a la generalización congruente de expectativas normativas de comportamiento ⁵⁴³

Jakobs parte del mismo presupuesto; el Derecho es una parte de la sociedad, y la solución a los problemas sociales por medio del Derecho Penal tiene lugar dentro de la sociedad y a través de un sistema social parcial que es el sistema jurídico penal. Es decir que para el funcionalismo sociológico con el Derecho se resuelve siempre un problema del sistema social.

Luhmann parte de una concepción acrítica de la sociedad, centrándose en la sociedad existente y sin plantearse valorativamente un determinado sistema social deseable. Su análisis de lo funcional y de lo disfuncional se limitará a la pura estructura formal, pero no a los valores materiales del sistema, y esto último con llevará precisamente una de las diferencias esenciales entre el normativismo radical de Jakobs y el funcionalismo valorativo de Roxin: mientras Jakobs en base a la teoría social de Luhmann se centra en la estructura formal del sistema social. ⁵⁴⁴

A fin de que quede más clara la influencia de Luhmann en el derecho penal, ilustro este sistema que me parece muy didáctico.



⁵⁴³ 13. Luhmann, N., 1987: p. 105, y Luhmann Niklas, Madrid, Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica, Centro de estudios Constitucionales, 1983.

⁵⁴⁴ Luhmann, N., 1987, p. 105. Citado por Arais E, p. 447. Así, como señala Vehling, K.-H., 1991: Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, Frankfurt M., etc., Suhrkamp, p. 109.

Para establecer una relación de acoplamiento estructural, el sistema *construye estructuras con expectativas que lo sensibilizan a determinadas irritaciones*. Por ejemplo, el sistema político no puede observar las comunicaciones que se producen en el sistema económico, porque aquel opera con el código *Poder/Oposición*, mientras que éste lo hace con *Pago/No Pago*, pero puede crear estructuras de irritación, utilizar por ejemplo el PBI o el déficit fiscal e interpretar sus valores como relevantes para la comunicación política obtención/manutención del poder.⁵⁴⁵

Así para Jakobs cuando se violan las normas jurídicas se produce una decepción que exige la reafirmación de las expectativas defraudadas, y congruentemente con ello, considera que el fin del Derecho penal es la estabilización del mismo sistema social mediante la estabilización de las normas en el referido sistema, de manera que la imputación derivará de la infracción de la norma en cuanto que infracción de las expectativas sociales.

Y en relación a la *Penal*, considera que, la demostración de la vigencia de la norma a costa de un sujeto competente, la misma no repara o no tiende a evitar lesiones de bienes jurídicos, sino que, según su concepción, la misma confirma la identidad normativa de la sociedad.

Para esta teoría, el delito y la pena no interesan ontológicamente, sino tan sólo adquieren relevancia en relación con lo que las mismas expresan para el sistema social. Así, el delito expresaría que el sujeto infractor defrauda lo que se espera de él conforme al código comunicativo común del sistema social. Es un sujeto que actúa de forma contraria a las expectativas y, por tanto, perturba lo calculable y la previsibilidad del sistema mismo. Y la pena, por su parte, expresa que la expectativa defraudada sigue siendo perfectamente válida pese a la defraudación del sujeto

⁵⁴⁵ Corsi, Giancarlo., Esposito, Elena., Baraldi, Claudio., prefacio de& Luhmann, N. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, traducción de Miguel Romero Pérez, Carlos; bajo Ja dirección de Javier Torres Nafarrate, Ciencias Sociales, Vol. 9. Universidad Iberoamericana.1996, p. 192, <https://ceducativa.weebly.com/uploads/1/5/0/9/15091428/glosario-sobre-teoria-social-de-luhmann.pdf>.

infractor, y por tanto se puede seguir esperando, en casos análogos, que las actuaciones sean conforme a la expectativa defraudada. En base a este planteamiento, la pena no va dirigida al sujeto infractor, como repulsa o reproche por el comportamiento desarrollado, sino que va dirigida a la colectividad, a la sociedad, como símbolo de reafirmación de la expectativa defraudada, mediante su imposición simbólica al infractor.

Es decir, la doctrina de los bienes jurídicos se mueve en el ámbito de la determinación del criterio material de legitimación de la intervención penal, que no corresponde en esencia a la ciencia del Derecho Penal sino al ámbito político, en tanto que la teoría de la prevención general positiva viene a ser una teoría explicativa de la función de la pena. Por ello, el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma. Por lo tanto, la misión de la pena consiste, simplemente, en reafirmar la vigencia de la norma.⁵⁴⁶

En esto no estoy de acuerdo porque precisamente yo pondero el valor jurídico a proteger y el quebrantamiento de la norma lesiona ese bien jurídico.

Bajo la construcción de Jakobs, todos y cada uno de los individuos que forman la sociedad tienen atribuidos unos determinados papeles, que generan a su vez determinadas expectativas en los demás. De esta suerte, cada uno de los sujetos que conforman la sociedad son garantes de que las expectativas existentes acerca de ellos no se vean frustradas., lo importante no son los individuos, sino lo que simboliza su comportamiento en relación con la vigencia de la norma. *De esta suerte, tanto el cumplidor de la norma, como el infractor, tienen una comunicación con la sociedad mediante su diferente forma de actuar, que adquiere sentido diferente.*⁵⁴⁷

⁵⁴⁶ Ver. Jakobs, G., 1996 a, Prólogo, p. 13

⁵⁴⁷ Arias ibidem p. 448

Atribuye la posición de garante a todos los individuos en la sociedad en relación con las expectativas que derivan de los papeles que desempeñan socialmente sin hacer distinciones en relación a su comportamiento activo u omisivo, producirá que la trascendental diferencia que desde una perspectiva ontológica a la rama de la filosofía metafísica que estudia la naturaleza del ser en cuanto ser, se evidencia entre delitos de comisión y delitos de omisión, bajo esta perspectiva, se vea sensiblemente diezmada, y casi podríamos decir sustituida, por la diferenciación entre delitos por competencia organizacional y delitos por competencia institucional.⁵⁴⁸

Los individuos, que viven en sociedad y que portan determinados papeles en la vida social, generan a su alrededor un cúmulo de expectativas acerca de cuál será su comportamiento en el marco social. Por lo que vendrían a ocupar una posición de garante, en cuanto a que organizarán las interacciones en que intervienen socialmente sin generar violaciones a las normas penales, y ello tanto en el ámbito organizacional como en el ámbito institucional.

Culpabilidad para Jakobs ser persona es usar máscara; significa desempeñar un papel en la sociedad, y la libertad de los sujetos se genera precisamente a través del proceso de comunicación. La consideración de los papeles o roles desempeñados socialmente por los sujetos, esto va a permitir, residenciar en ello su doctrina de la imputación objetiva. Así, jamás podrá decirse que un sujeto ha violado la norma, si su conducta ha sido realizada de forma coherente con los papeles que le competen, y ello aun cuando produzca resultados lesivos.

Jakobs y su escuela, por otra parte, en múltiples ocasiones no les queda otro remedio que tomar en consideración al hombre desde una perspectiva naturalista a la hora de reconocer que el sistema se comunica con el mismo a través de la pena

⁵⁴⁸ Ídem.

y del delito, los cuales, siendo comunicación, tienen que comunicar, precisamente, con los sujetos reales y libres y no con el sistema mismo.⁵⁴⁹

El Derecho penal para Jakobs cumple capitalmente una función de Re estabilizar expectativas previamente defraudadas, y para ello precisará una auténtica y completa Renormativización de los conceptos jurídico-penales Así, por ejemplo, la causalidad y la finalidad se sustituyen por el concepto normativo de competencia.⁵⁵⁰

El delito es la negación objetiva de la norma, pero no con un significado empírico, sino comunicativo y la pena es, también simbólicamente, la respuesta que confirma la norma.

En los últimos tiempos viene desarrollándose una evolución en la dogmática penal que tiende a atribuir un contenido normativo al tipo objetivo que excede de la descripción de un determinado resultado o de un determinado comportamiento, esto es advertido por Jakobs en el prólogo a la primera edición de su manual de Derecho Penal.⁵⁵¹

En otras palabras, para Jakobs el delito no es un problema interindividual, sino un problema estrictamente social. El mismo no se definiría como un conflicto entre varios sujetos, individuos o grupos de personas, sino entre la actitud de un sujeto o varios y la sociedad, entre un individuo y el orden social mismo. Sostiene entonces que la pena es la reacción de la sociedad frente a esas actitudes y conductas que ponen en peligro o atacan la propia esencia de la sociedad, pero limitándose a

⁵⁴⁹ Arias, ibidem p 450. Ver Márquez, Piñeiro Rafael, *pensamiento jurídico de Jakobs y la Teoría Sociológica* de Luhmann, México, IIJ, biblio jurídicas UNAM, México, 1999, pp. 122 y ss.

⁵⁵⁰ Arias, ob cit p 449 ver Peñaranda Ramos, E.; Suárez González, C., y Cancio Meliá, M., 1999: *Un nuevo sistema del Derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 57.

⁵⁵¹ Ver Daza, Gómez Carlos, *Imputación Objetiva*, ob cit p. 23 y Jackobs Günter, *derecho penal, parte general*, tomo I, Fundamentos, la estructura de la teoría del delito, 2ª edición, traducción y notas por Luzón, Peña, Diego, et al., Civitas, Madrid, 1997, p. XXI.

atribuir un significado meramente simbólico de ambos conceptos. Ahora bien, si esto es así, si la pena tan sólo implica la negación del delito y la afirmación de la norma, si únicamente tiene un significado simbólico-comunicativo y no empírico, si no se persigue principalmente con la misma la prevención de nuevos delitos, ¿qué sentido tiene el mal real y empírico implícito en toda pena? ⁵⁵²

Es decir, la conducta criminal, el delito, presupone un comportamiento, que significa el poner en cuestión la validez y vigencia de la norma, conducta frente a la que se erige la sanción con la que se responde no al daño a un determinado bien jurídico, sino a un daño a la vigencia de la norma infringida.⁵⁵³ Lo rechazable de tal concepto, situándolo completamente al margen de la dignidad de la persona.⁵⁵⁴

En Síntesis, para la teoría Funcionalista Normativista:

⁵⁵² Ver. Mir Puig, S., "Recensión al libro Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, no. 2, 1998, pp. 445-455.

⁵⁵³ *Una de las principales críticas que recibe la construcción de Jakobs es precisamente la de su pretensión de hacer pivotar toda la concepción del Derecho penal en el fin de la prevención general positiva, ya que si bien es cierto que el Derecho penal cumple una función estabilizadora y de reafirmación de la colectividad a largo plazo y en, las normas sociales, las costumbres y las expectativas, parece exagerado atribuir a dicha función la misión única y principal del Derecho penal, que se convertiría, de esa suerte, en un instrumento directo y principal del fomento del consenso social y de evitación del disenso.*

Otra crítica a la formulación sistemática de Jakobs lo ha sido también el que, partiendo éste de la teoría sistémica de Luhmann, ha incurrido en una formulación patentemente contradictoria en relación con determinados postulados de tal teoría, en especial por lo tocante con la posición ocupada por el sujeto en relación con el sistema social. Así, mientras que para Luhmann el sistema social o la sociedad se compone tan sólo de comunicaciones y no de conciencias individuales, Jakobs, sin embargo, parece dar entrada en el sistema a la misma conciencia individual, por ejemplo, al considerar el delito como la conducta que, en virtud de la motivación subjetiva del individuo y de su conciencia, incurre en contradicción a la norma; o como sucede, por ejemplo, con su concepción de la culpabilidad

⁵⁵⁴ Ver. Pérez Manzano, M., 1986: *Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, pp. 170 y ss.

Para este sistema, no son importantes las categorías o elementos., se sigue una secuencia

- 1.- Sentido que expresa la norma
- 2.- Sentido contradictorio a la norma por el delincuente
- 3.- Sentido reparador de la norma,

Se explica no causalista o finalista, si no con el restablecimiento de la comunicación, en el ámbito social, es el significado que el hecho tiene en el sistema funcional inseparable del concepto de norma y del concepto de pena.

En palabras simples y llanas: y con este ejemplo quedan muy claros ambas teorías.

Para Roxin, el fin del derecho es la protección de los bienes jurídicos, consecuentemente la protección de la norma. Para Jakobs solo normativo.

Sigue explicando Roxin, que, para Jacobs, sólo importa lo normativo, por ejemplo, en un homicidio lo crucial es que el delincuente niega la vigencia de la norma que prohíbe el homicidio., poco importa si mata a una persona o no.

Roxin dice lo que para él es crucial, es evitar que una persona sea asesinada, si esto se logra la norma consolida su vigencia, dice se invierten los factores, protección de la vigencia de la norma contra protección de los bienes jurídicos.⁵⁵⁵

Mi posicionamiento:

Gunter Jacobs es radical al proponer un funcionalismo que sustituya la base ontológica del finalismo por un fundamento normativo... no podemos desprendernos del concepto ontológico para sustentar un mundo totalmente normativo.⁵⁵⁶

⁵⁵⁵ Ver video en YouTube, *Platicando con Roxin, entrevista de un Peruano*, <https://www.youtube.com/watch?v=7JZFEmrUdhc>, Entrevista a Roxin en Perú, 2011

⁵⁵⁶ Daza, Gómez, *Teoría general. ob. cit.*, p. 40.

Coincido con la teoría de Jakobs en el sentido de que una coherente perspectiva sociológica del Derecho penal no puede ignorar que el ordenamiento jurídico penal jamás podrá ser considerado de forma simple, abstracta, y sin más, como un mero conjunto de normas carentes de sentido social, y admitiendo que es preciso reconocer que las mismas cumplen una función social, sin embargo no puedo coincidir con el planteamiento jakobsoniano de que la función de las normas penales sea ajena a los valores de la sociedad.

Acuerdo totalmente con este autor que critica. Que Jakobs se preocupa en exceso por los fines del sistema mismo y quedando las categorías del delito sin contenidos claros, y mostrándose, por otra parte, aptas para acoger en su seno cualquier argumento coherente con el fin de estabilización de las normas, la sanción se justifica para reforzar y cohesionar a la comunidad misma, su opinión es que la función del ordenamiento jurídico penal queda agotada en la mera protección de las normas, de tal suerte que la imposición de la pena no persigue la prevención de nuevos delitos sino simplemente la afirmación de la propia norma como medio de garantizar a la propia sociedad que se ha constituido y se configura a través de normas. En un Estado de Derecho, Ontológico, Normativo.

Se indica que esta teoría del funcionalismo radical o estratégico sustentadas por Jakobs y su Escuela son minoritarias en Alemania. No obstante, así como en Alemania las tesis Jakobsonianas experimentan ardorosas críticas, fuera de las fronteras, en especial en Hispanoamérica, y más en concreto en Colombia y Perú, las mismas han venido experimentando cierto acogimiento en un sector nada desdeñable de la dogmática penal, que se ha visto seducido por el sistema conceptual cerrado que presenta el profesor de Bonn.⁵⁵⁷ En México, se dice que adepto de Jackobs era el Dr. Márquez Piñeiro.

⁵⁵⁷ Arias, Eibe, p. 450,
https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/9977/1/Doxa_29_24.pdf

Cuadro sinóptico de las teorías del delito.

Teoría	Representantes	Método	Características	Concepto de Delito
CAUSALISMO NATURALISTA	Franz Von Liszt, Ernst Von Beling	Positivismo jurídico o formalista	La acción en términos naturalísticos, integrada por un movimiento corporal y unido por un nexo causal. Distingue entre elementos objetivos tipicidad y antijuridicidad y subjetivos culpabilidad del delito.	Acto humano culpable, antijurídico y sancionado con una pena (Liszt). Acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable, que no está cubierta con una causa objetiva de exclusión penal Beling.
CAUSALISMO VALORATIVO	Edmund Mezger	Axiológico	Al concepto naturalístico de la acción introduce el elemento humano de la voluntad. Los elementos normativos y subjetivos del tipo,	Acción típicamente antijurídica y culpable (Mezger). Acontecimiento típico, antijurídico e imputable (Mayer).
FINALISMO	Hans Welzel	Positivismo jurídico o formalista	La acción tiene finalidad consciente en función de un resultado La acción, el dolo y la culpa se ubican en el tipo, elementos del injusto.	El delito es una manifestación de la voluntad, con una acción u omisión dolosa o culposa. Culpabilidad juicio de reproche
FUNCIONALISMO	Claus Roxin funcionalismo moderado. Günther Jakobs funcionalismo sociológico	Síntesis de los anteriores social sistemático o radical	El funcionalismo moderado reconoce los elementos del delito del finalismo con una orientación político criminal. Las categorías son instrumentos de valoración su fin estabilizar al sistema.	Roxin el delito es la realización de un riesgo no permitido para el bien jurídico penal. Jakobs delito es la acción más grave contra la norma penal.

Entiendo que para Jakobs el sistema social está conformado por un conjunto de interacciones sociales y no por un conjunto de sujetos. Y la verdad con esto no puedo concordar.

En México, una parte de la doctrina ha acogido la teoría de Roxin, pareciéndome más aceptables las tesis formuladas desde su pensamiento a la que pertenecen, sino que deben servir, precisamente, a los mismos, y más aún, podríamos decir que la legitimidad de las normas penales se hallará, precisamente, en la misma legitimidad de los valores de referencia.⁵⁵⁸

A continuación, desarrollare las categorías del delito según el funcionalismo moderado.

II. Categorías del Funcionalismo Moderado

Sistema Teleológico Político Criminal.⁵⁵⁹

Elementos del Delito, según esta teoría: Acción-Típica, Antijuridicidad y Culpabilidad o Imputación Personal, estas tres categorías son los presupuestos de las consecuencias jurídicas, Penas y o Medidas de Seguridad.⁵⁶⁰

Aclarando, como lo explica el Dr. Daza que el primer elemento es la Acción que se realiza por una actividad o una omisión y dentro de esta categoría se estudian los elementos del tipo objetivos y subjetivos.

⁵⁵⁸ Daza, Gómez refiere que entre los Mexicanos que han estudiado el funcionalismo moderado, se pueden citar a Gonzales, Salas, Diaz, Aranda, Ontiveros Miguel. Plascencia Villanueva. Ver el "Funcionalismo hoy" en *Revista de Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, 1999, pp.15, www.bibliojuridicas.unam.mx

Roxin, Claus Ontiveros Alonso, Miguel, *Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania*, México, Editorial Ubijus, 2007, pp. 90.

⁵⁵⁹ Ontiveros, Alonso, Miguel, *Derecho Penal Parte General*, México, Instituto nacional de ciencias penales - INACIPE, 2017.

⁵⁶⁰ Daza Gómez, teoría, ob cit, p. 55.

Dice Muñoz Conde toda acción u omisión, es delito si infringe el ordenamiento jurídico, antijuridicidad, en la forma prevista por los tipos penales, tipicidad y puede ser atribuida a su autor, culpabilidad.⁵⁶¹

Función sistemática: elemento de enlace o unión, como quedo asentado líneas arriba, para el funcionalismo no son tan importantes las categorías del delito, muy poco más en el moderado, al considerar los elementos subjetivos del tipo, lo que más les importa es la función de los fines político-criminales.

Se cuestiona de esta teoría que cuando se habla de la normativización del derecho penal, se destierra cualquier referencia a los datos ontológicos.

En palabras del propio Roxin, la tarea del Estado es desarrollar condiciones para la protección de derechos humanos, estas condiciones son de tipo empírico, ontológicos, no quiere que se destierren o que sean insignificantes, para una vida libre y en paz.

*Su teoría es una concepción de combinación de principio normativo con datos ontológicos.*⁵⁶²

La primera categoría se denomina “Tipo del Injusto” y dentro de ésta se analiza el tipo objetivo y el tipo subjetivo. El profesor Muñoz Conde y el Dr. Daza coinciden en que el tipo es la descripción de la conducta prohibida en el supuesto de hecho de una norma penal, y después va a ser objeto de juicio de Antijuridicidad; siendo, tipo y antijuridicidad el denominado *tipo del injusto*, que tiene elementos objetivos que son los que pueden ser apreciados por la percepción de los sentidos, puede apreciarse su significado sin mayor esfuerzo; y elementos normativos que sólo pueden ser comprendidos intelectual o valorativamente.

⁵⁶¹ Muñoz, Conde, Francisco, *teoría General del Delito*, Bogotá, editorial Themis, 1990, p. 39.

⁵⁶² Ver video ibidem.



Empecemos por la primera categoría

I. **TIPICIDAD**

Para que haya tipicidad tienen que acreditarse todos y cada uno de los elementos o categorías que la integran.

Tipicidad es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción.⁵⁶³

La adecuación típica para Jiménez Huerta es, el encuadramiento o subsunción de la conducta principal en un tipo del delito y subordinación o vinculación al mismo de las conductas accesoria.⁵⁶⁴

Sabemos que tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, en otras palabras, es la adecuación de los hechos al derecho, o de una manera más simple es que encuadren los elementos del delito en la norma jurídica penal, como un puzle.

* Daza Gómez, material de su cátedra en la facultad de derecho semestre 2019-2

⁵⁶³ Jiménez de Azúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, Tomo III, 2ª edición, Argentina, Ed Losada, 1958, p 744.

⁵⁶⁴ Jiménez Huerta, Mariano, *La tipicidad*, México, edit. Porrúa, 1955, p. 207.

La conducta típica se integra con tres *elementos*: *Objetivos, Normativos y Subjetivos*, entre los cuales existe una relación horizontal, una vez que se analizan los tres elementos se puede determinar si la conducta es típica o no.⁵⁶⁵

Para el Doctor Daza. I. La Tipicidad comprende.

A. EI TIPO OBJETIVO que incluye:

1. CONDUCTA o Acción, 2. Nexo causal 3. IMPUTACIÓN OBJETIVA.
4. RESULTADO en la Acción y en la Omisión 5. *ELEMENTOS CONSTITUTIVOS*
a.-SUJETOS y b. OBJETOS. y c MEDIOS COMISIVOS, referencia, temporal, espacial y calificativas.⁵⁶⁶

B.-TIPO SUBJETIVO 1. DOLO, 2. CULPA 3 Elementos subjetivos del injusto

A.- TIPO OBJETIVO

Definición El Tipo nos dice López Betancourt, es propiamente la expresión del derecho penal, este configura el principio de normatividad, si no hay tipo, tampoco existe manifestación del derecho.

El tipo penal, constituye la esencia de la ciencia penal, sin la cual no sería posible su existencia.⁵⁶⁷

El tipo es una figura que crea el legislador para hacer una valoración de determinada conducta delictiva. En sencillas palabras, podemos decir que es una descripción abstracta de la conducta prohibida o preceptiva.

Es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva tiene por función la individualización de las conductas humanas penalmente relevantes.

⁵⁶⁵ Diaz Aranda, E, *Lecciones de derecho penal, para el nuevo sistema de justicia en México*, IIJ, M México, 2015, p. 59.

⁵⁶⁶ Daza Gómez, ídem, Material de su catedra.

⁵⁶⁷ López Betancourt, Eduardo, *Delitos en Particular*, Vol. I, decima primera edición, México, editorial Porrúa, 2006, p. 31.

1. Tipo penal. Es la descripción de un acto omisivo o activo como delito establecido en el presupuesto jurídico de una ley penal. Los tipos penales están compilados en la Parte Especial de un Código Penal. El tipo penal es el concepto legal. El tipo penal es la descripción de las acciones que son punibles, y se las compila en un Código⁵⁶⁸.

Francisco Muñoz Conde afirma que el tipo es, por tanto, la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal. El tipo tiene, en derecho penal, una triple función:

a) una función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes;

b) una función de garantía, en la medida que solo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente;

c) una función motivadora general, ya que, con la descripción de los comportamientos en el tipo penal, el legislador indica a los ciudadanos qué comportamientos están prohibidos y espera que, con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida, la materia de prohibición.

Günter Stratenwerth,⁵⁶⁹ dice que el concepto de Tipo se refiere solo a las circunstancias de hecho que fundamentan el ilícito. Como es natural, su núcleo tiene que ser en los delitos de acción la descripción de la acción prohibida. Pero las acciones tienen un lado externo y otro interno. Por ello, es conveniente clasificar los requisitos particulares del tipo en aquellos que caracterizan la conducta por lo externo y aquellos otros que lo hacen por lo interno.

En correspondencia con ello, se distingue entre tipo objetivo y tipo subjetivo.

⁵⁶⁸ Bacigalupo, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 212.

⁵⁶⁹ Günter Stratenwerth, *Derecho Penal parte general I*, Madrid, editorial Civitas, 2005, p. 249.

Santiago Mir Puig divide en tres los *elementos estructurales del tipo*: la *conducta típica*, sus *sujetos* y sus *objetos*. La conducta típica tiene una parte objetiva y otra subjetiva. *La parte objetiva* del tipo abarca el aspecto externo de la conducta. Solo en determinados tipos, llamados *delitos de resultado* se exige además un efecto separado de la conducta y posterior a ella por ejemplo, la muerte de la víctima en el tipo de homicidio. Este resultado separado no es, pues, un elemento necesario de todo tipo. *La parte subjetiva* del tipo se halla constituida siempre por la voluntad consciente, como en el dolo, o sin conciencia suficiente de su concreta peligrosidad, como en la imprudencia, y a veces por especiales elementos subjetivos por ejemplo, el *ánimo de lucro*, en el delito de hurto. De otro lado, los sujetos de la conducta típica son: el sujeto activo quien realiza el tipo; el sujeto pasivo el titular del bien jurídico-penal atacado por el sujeto activo y el Estado llamado a reaccionar con una pena. Finalmente, los objetos del delito son: el objeto material u objeto de la acción, que es la persona o cosa sobre la que ha de recaer físicamente la acción y, el objeto jurídico equivale al bien jurídico, es decir, el bien objeto de la protección de la ley.

Abordemos el desarrollo de los elementos Objetivos: Considero que los elementos objetivos son los primeros que se deben analizar porque son los que se aprecian con los sentidos, al tratarse la acción y el resultado de manifestaciones externas, normalmente se pueden apreciar a través de los sentidos. El gusto, el olfato, el tacto y la vista principalmente. Ya quedo claro que la teoría funcionalista moderada, se basa en los elementos de la teoría finalista, luego entonces, con un esquema distinto, encontremos lo que buscamos, soluciones a problemas.

1- ACCIÓN TÍPICA

Lo primero a dilucidar es la manifestación de la Voluntad y el Nexo Causal entre esta y el Resultado.

Para la teoría finalista la acción humana es el ejercicio de la actividad finalista, la acción es por lo tanto un acontecimiento finalista, la finalidad es el actuar dirigido consciente desde el objetivo y para esta teoría pasa por dos fases la interna y la

externa, en esto abundaremos al final del capítulo al comentar los aspectos accesorios.

El derecho penal se interesa por las acciones finalistas que están dirigidas a la realización de resultados socialmente negativos o acciones calificadas de antijurídicas consagradas en los tipos penales.⁵⁷⁰

Nos dice Orellana Wiarco, Que el sujeto en la teoría finalista de la acción, al realizarla está actuando finalísticamente, por eso el dolo y la culpa en la teoría finalista se van a encontrar a nivel de la acción típica.⁵⁷¹

Nos explica Roxin: De esta manera el sujeto que no comprende el carácter injurioso, de sus palabras, la ajenidad de sus cosas, o la deshonestidad de su conducta, no actúa dolosa ni finalmente en el sentido jurídico penal, no actúa en absoluto.⁵⁷²

ACCIÓN. - Según la teoría de la acción social, el criterio común que permite elaborar un concepto único de acción, comprensivo del hacer y del omitir, es el carácter socialmente relevante del comportamiento humano de comprender las diversas formas de comportamiento. El elemento común a estas sería su carácter socialmente relevante. Determinar la importancia de la acción supone un punto de referencia que es de naturaleza normativa.

Un ejemplo claro es el de los actos omisivos. Esta forma de acción se explica solo con referencia al comportamiento omitido; es decir, se espera que alguien realice una acción determinada.⁵⁷³

Otra cuestión importante de resaltar es que la teoría finalista concibe a la omisión dentro del concepto de conducta humana, es decir el concepto de acción abarca también la omisión. Nos sigue expresando Orellana Wiarco que para *Frank Von*

⁵⁷⁰ Ver Orellano Wiarco, Octavio, A., *Teoría del delito, sistema causalista y finalista*, México, edit. Porrúa, 1994, pp. 90 y ss.

⁵⁷¹ Ídem.

⁵⁷² Roxin, Claus, *Problemas básicos de derecho penal, contribución a la crítica de la teoría final de la acción*, Madrid, edit. Romo, 1976, p. 93.

⁵⁷³ Peña Gzl., p. 99.

Liszt, la acción y la omisión se pueden equiparar pues la producción de un resultado y la no evitación de un evento, resultan de la voluntad del sujeto. y que en el sistema finalista el fin perseguido en la omisión como el fin propuesto en la acción deben estar dominados por la voluntad del agente, así el dominio potencial del sujeto basta para convertir una inactividad en omisión.

En otras palabras, para el finalismo, se puede concebir una conducta genérica dentro de la cual caben como subclases el hacer y el omitir, dominados por una voluntad., Maurach le llama Acción por hacer y Acción por Omitir.⁵⁷⁴

La actividad es el movimiento descrito en el tipo, idóneo para lesionar el bien jurídico, la actividad es la no realización del movimiento corporal, ordenado en el tipo, idóneo para no evitar la lesión del bien jurídico.⁵⁷⁵

⁵⁷⁴ Yo me adhiero más a la teoría de Radbruch entre otros, que sostienen que no es posible hablar de un concepto general que sea comprensivo de acción y de omisión, la acción se traduce en hacer y la Omisión en no hacer, son pues ideas irreductibles, también el Maestro Franco Guzmán en sus clases, nos decía que el primer elemento es la Manifestación de la Voluntad, la Conducta a través de Un hacer o de un no hacer.

Por eso para mí el primer elemento es la Conducta manifestación de la Voluntad a través de Hacer o No hacer de manera dolosa o culposa, con un Resultado Material, en los delitos de comisión por omisión y con un resultado formal en los delitos de Omisión simple. artículo 16 CPDF.

Ver, Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, Traducción Roces, Wenceslao, México, Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 192.

⁵⁷⁵ Art 7, párrafo segundo del CPF- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

Arts. 15 -16 CPCDMX. ARTÍCULO 15 (Principio de acto). El delito sólo puede ser realizado por acción o por omisión.

ARTÍCULO 16 (Omisión impropia o comisión por omisión). En los delitos de resultado material será

atribuible el resultado típico producido a quien omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:

I. Es garante del bien jurídico;

Así tenemos que puede haber delitos de acción con resultado material o formal y delitos de omisión con resultado formal y delitos de comisión por omisión con resultado material.

Para Roxin: En toda acción u omisión siempre hay un resultado, pero no necesariamente la Acción es típica ya que siempre tendremos que analizar el Nexo causal que no debe ser interrumpido por otro factor, para ello. No todas las conductas, solo las que tienen la capacidad potencial para producir el Resultado.

EL JUICIO DE TIPICIDAD es un proceso de imputación donde el intérprete, tomando como base el bien jurídico protegido, va a establecer si un determinado hecho puede ser atribuido a lo contenido en el tipo penal.

En todo tipo hay una *CONDUCTA*, entendida como comportamiento humano por acción u omisión, que vienen descritas en los códigos penales por un verbo rector. Matar, robar, violar, defraudar, dañar, despojar, tratar.

2- NEXO CAUSAL. Entre la conducta y el resultado. La prueba de la relación de causalidad es un elemento imprescindible en los delitos de resultado para calificar como típica a la conducta. La teoría causal más extendida y comúnmente admitida es la teoría de la equivalencia de condiciones, si bien no en su versión tradicional *conditio sine qua non*, sino como teoría causal que explica lógicamente porque a una acción le sigue un resultado en el mundo exterior, según las leyes de la naturaleza. Una vez constatada la existencia de una relación de causalidad, en algunos supuestos será necesario comprobar que, además, la conducta es imputable a su autor. Esta atribución se realiza, según la *teoría de la imputación*

II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y

III. Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.

Es garante del bien jurídico el que:

- a). Aceptó efectivamente su custodia;
- b). Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;
- c). Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico;
- d). Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo.

objetiva, en base a criterios normativos limitadores de la causalidad natural. En primer lugar, habría que constatar que la conducta o acción incrementó *el riesgo prohibido y, a continuación, que el riesgo creado fue el que se materializó efectivamente en el resultado producido.*

Es el proceso naturalístico, relacionante de todos los efectos consecutivos de la acción, el último de los cuales es el resultado material.⁵⁷⁶

Como, lo vemos en el esquema supra impreso, la Conducta, el Nexo y el Resultado son típicos, están dentro del tipo objetivo.

Estos elementos, son los que han dado origen a grandes discusiones y a teorías, que aún no han terminado, y precisamente el funcionalismo, viene a explicarnos los, al enfatizar la IMPUTACIÓN OBJETIVA sigamos avanzando para explicar este concepto que algunos lo identifican como *moderno.*

Las teorías, que han tratado de explicar la causalidad son entre otra, la de la equivalencia de las condiciones, fundada por Glaser para el derecho Austriaco y adoptada posteriormente por Von Burí. Después la de la Causa más adecuada del médico Von Kries, la de la preponderancia de Binding, la de la condición más eficaz de Birkmeyer, la de la producción productora de la fuerza de Kobler, la de la condición decisiva de Nagler, la de la relevancia de Mezger, la de la circunstancia generalmente favorecedora, de Treger, la de la causa próxima de Ortmann, y la de la causa humana exclusiva de Antolisei,⁵⁷⁷ entre las más destacadas.⁵⁷⁸

La conducta voluntaria, desencadenara una serie de resultados que se convertirán en el resultado descrito en el tipo penal.

⁵⁷⁶ Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, México, editorial Trillas, 1991, p. 49.

⁵⁷⁷ Ibidem.

⁵⁷⁸ Para abundar en el tema del nexa y el resultado en los delitos de Omisión, ver Daza, Gómez, Carlos, *Imputación Objetiva*, ob. cit., pp. 23-83.

EL MOMENTO PARA ESTUDIAR LA IMPUTACIÓN OBJETIVA, *es una vez que se ha determinado que hay una manifestación de conducta, una relación causa efecto entre la conducta y el resultado, antes de pasar a los elementos subjetivos dolo o culpa, analizar si el resultado le puede ser imputado objetivamente.*

3. IMPUTACIÓN OBJETIVA La causalidad y la imputación son elementos del tipo Objetivo, como lo hemos venido señalando.

Nos dice Ignacio Berdugo, que debe advertirse que no siempre se habló de la Imputación Objetiva, la teoría causalista concibió al nexo entra la acción y el resultado como relación de causalidad, es decir en términos naturalísticos ontológicos, constatada esta, entendía realizado el tipo objetivo. La teoría actual la explica en términos normativos, Axiológicos, denominada Imputación Objetiva, en síntesis, viene a decir que al tipo objetivo no le interesa cualquier relación causal si no solo aquellas, jurídico-penalmente (sic) relevante elaborando una serie de criterios, que más adelante comentaremos.⁵⁷⁹

Disertaremos sobre la denominada moderna teoría de la Imputación Objetiva.

La evolución del problema causal está unido al desarrollo del concepto del tipo.

El tipo penal es la descripción que hace el legislador de un hecho que se considera delito. De esta forma observamos que en los tipos legales se conminan determinadas actividades por ejemplo matar, falsificar, injuriar, y muchas más con una pena.

Como ya lo señalamos líneas arriba, la tipicidad plantea la necesidad de subsumir determinados comportamientos del mundo real en el tipo legal, o expresado de otro modo, se trata de averiguar si determinada actividad es típica.

⁵⁷⁹ Berdugo, Gómez de la Torre, I., Arroyo, Zapatero, Luis, et, al, de la T, Ignacio, *ob. cit.*, pp. 162 y ss.

Tipificar las conductas, esta delimitación de actividades típicas ha sido históricamente atribuida a las teorías de la causalidad, de tal forma se entiende que mata quien causa una muerte, o que lesiona quien causa un perjuicio a la integridad física. Sin embargo, que ello sea así no viene impuesto por mandato legal. El Código Penal señala, el que prive de la vida a otro será castigado con tal pena, pero nada dice respecto de la forma de cómo debe determinarse quien mata.

Así surge la *Teoría de la Causalidad*. Las razones por las cuales se entendió que la relación que mediaba entre una conducta y un resultado debían ser relaciones de causalidad explicándola con la teoría de la acción causal. Una teoría que afirma que es acción todo aquel movimiento corporal voluntario que causa un resultado, y que paralelamente concibe los tipos penales como mera descripción de acciones causales que produzcan una lesión de los bienes jurídicos.

Lo que trajo la proliferación de múltiples y diversas teorías causales, que desde que estudiamos la carrera en el primer curso de teoría de delito, nos las explicaron.

1.- En primer lugar, surge la teoría de la equivalencia de las condiciones.⁵⁸⁰ De acuerdo con esta teoría es causa de un resultado toda condición negativa o positiva que interviene en la producción de un resultado.

⁵⁸⁰ Conditio Sine Qua non, Esta teoría, atribuida a Von Buri y a Von Liszt, parte de la idea de que todo resultado es producto de varias condiciones. Así, por ejemplo, para que una planta crezca (resultado), es necesario que se den las condiciones siguientes: buena tierra, semillas, lluvias, y la acción humana de sembrar.

Pero la teoría no llama 'condición' a cualquier hecho, sino sólo a aquellos sin los cuales el resultado no se hubiese producido.

Para saber si un hecho es 'condición', se lo elimina mentalmente y, si el resultado no se produce, el hecho es 'condición del resultado'. Así sucede, por ejemplo, con la semilla, con la acción del hombre, etc.: si suprimimos cualquiera de ellas, el crecimiento de la planta (resultado) no se producirá. Como vemos, todas las condiciones son 'sine qua non', pues son condiciones 'sin las cuales' el resultado 'no' se produce. Ver Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, capítulo XV, 52 edición, México, Edit. Porrúa, 2013. <https://derechovenezolano.wordpress.com/>

Ya que toda condición tiene un valor equivalente en la producción del resultado todas pueden considerarse causa de este; condición sin la cual el resultado no se habría producido. Múltiples fueron las críticas dirigidas a esta teoría, entre las que sobresale:

Se le objeta que conduce a una desmesurada ampliación del injusto. En efecto, debido a que el mundo está unido por una serie infinita de fenómenos causales resulta imposible pensar en un resultado el cual no esté concadenado a múltiples acciones causales. Dos fueron los correctivos ideados para corregir esta desmesurada extensión: a) *la prohibición de retroceso* y b) *el correctivo de la culpabilidad*.

a) Por medio de la prohibición de retroceso se aludía a la improcedencia de considerar factores que no hiciesen referencia al supuesto concreto enjuiciado. Pero el problema era precisamente éste, decidir cuál era el supuesto concreto enjuiciado. Adicionalmente aun cuando se pretenda ignorar el resto de las condiciones, subsiste la tipicidad de estas.

b) Por lo que respecta al correctivo de la culpabilidad, como afirmara el jurista Español, Gimbernat, que la exigencia de que adicionalmente a la causa y la relación de un resultado existiese una relación de dolo o culpa respecto del mismo, se criticó, entre otros argumentos, la improcedencia de tener que declarar típicas todas aquellas acciones que hubiesen ocasionado la lesión de un bien jurídico, ya fuese esta lesión objetivamente imprevisible o previsible pero actuando dentro de los márgenes del riesgo permitido.

Posteriormente las críticas e insuficiencias de la teoría de la equivalencia de las condiciones originaron la elaboración de:

2.- *La teoría de la causalidad adecuada*. De acuerdo con esta teoría no toda condición que produzca un resultado puede ser considerada causa de este sino solo aquella que conforme a la experiencia es adecuada para producir un resultado típico.

Una causa adecuada se realiza un juicio de probabilidad por el juez que debe situarse en el momento de la acción. Este juicio se basa en dos tipos de conocimientos, el ontológico, que toma en consideración las condiciones conocidas y cognoscibles por un hombre prudente y los conocimientos específicos del autor, y el nomológico que incorpora las leyes de la naturaleza conocidas al tiempo de la acción. En base a este juicio se determina finalmente como causa aquella que aparece adecuada -objetivamente previsible- para producir el resultado.

Es decir, la teoría de la causalidad adecuada, que considera como causa de un resultado aquella actividad normalmente adecuada que, para producirlo, en este sentido se ha pronunciado el gran penalista Eugenio Cuello Calón.⁵⁸¹

También tuvo varias críticas entre ellas que la gran imprecisión de los criterios utilizados para medir el juicio de adecuación. Qué condiciones debían o podían ser cognoscibles por un hombre medio, qué grado de probabilidad debe exigirse, qué grado de generalización del resultado se requiere.

3.- *La teoría de la relevancia.* Esta teoría presentada en ocasiones como el precedente inmediato de la imputación objetiva distingue claramente los dos ámbitos en los que a partir de entonces se desarrollará la determinación de las acciones típicas. Por un lado, por lo que respecta al problema causal no duda en acoger la teoría de la equivalencia de las condiciones, única teoría que se considera correcta desde un punto de vista causal. Sin embargo, establece a continuación que no todas las causas intervinientes en un suceso son jurídicamente equivalentes.

Para dictaminar el carácter relevante de un comportamiento se acogerá el criterio de adecuación, de tal forma se considerará relevante aquello generalmente adecuado -objetivamente previsible- para producir un resultado. De acuerdo con Mezger 1955, a diferencia de la teoría de la causalidad adecuada no se niega el

⁵⁸¹ *Ob. cit.*, pp. 301 a 303.

carácter causal del resto de condiciones concurrentes sino exclusivamente su relevancia.⁵⁸²

A partir de este momento se distinguen los dos ámbitos por los que va a discurrir la discusión, esto es, un primer plano causal, y un segundo plano en el que deben elaborarse unos criterios normativos en base a los cuales adscribir determinados comportamientos al tipo legal.

Con estos precedentes surge la *Teoría de la Imputación Objetiva*. Sin embargo, como sabemos ha sido largo el proceso por el que se llega a está en la actualidad.

La moderna teoría de la imputación objetiva cuenta con los siguientes elementos:

a.- La reducción de la problemática causal a un reducido número de delitos, los delitos de resultado. Producto de la esterilidad de las discusiones entre las diversas teorías causales la doctrina afirma que en definitiva estas discusiones sólo son aplicables a los delitos en los que media una separación entre acción y resultado físico.

b.- La aceptación de la teoría de la equivalencia como única teoría causal.

c. - La comprensión de la relación de causalidad como un elemento del tipo y presupuesto de la imputación objetiva.

d.- La necesidad de elaborar unos criterios normativos que permitan delimitar el número de acciones típicas, no bastando en consecuencia para afirmar la tipicidad la mera causación del resultado, sino que se requiere adicionalmente una *determinada relación de riesgo*.

⁵⁸² Edmundo Mezger, *Modernas orientaciones de la Dogmática Jurídico Penal*, traductor Muñoz Conde, Francisco, Barcelona, Editorial Tirant lo Blanch, 2001, p. 78; también Derecho penal, México, Cárdenas editor y distribuidor, 1985, p. 459.

e.- *Y por último, pero también importante, la aceptación por parte de un importante sector de la doctrina de la sistemática finalista del delito, esto es, de la inclusión del dolo y la culpa en el tipo, la cual es admitida aun cuando no se comparta necesariamente el carácter final de la acción.*

La propuesta de *Roxin* en el tipo objetivo este autor trata de fijar los límites de la teoría de la imputación objetiva haciendo referencia a *criterios Político Criminales*, así como principio de culpabilidad se reflejaría a nivel de la tipicidad para excluir las causalidades del injusto mediante los criterios de la imputación objetiva, especialmente cuando se *trata de excluir la imputación debido a la falta de realización del riesgo permitido, pese a haberse dado una infracción de la norma de cuidado y existir un resultado típico.*

Lo anterior es sostenido por *Roxin* aduciendo argumentos hasta ahora vigentes para legitimar la imputación objetiva entre los que cabe resaltar:

a) Descarta la responsabilidad penal en casos en los que una aplicación ciega de los esquemas dogmático-penales la firmaría. Es decir, mayormente actúa *in bonam partem*; a beneficio de parte.

b) Ofrece criterios racionales y por tanto controlables para la solución de casos problemáticos presentados y es en última instancia su justificación está en una necesidad Político Criminal de proteger los bienes jurídicos en función del Bienestar Social y de la Libertad Individual de un Estado de Derecho.⁵⁸³

La imputación objetiva de *Jacobs* añade interesantes puntos de vista propuestos por *Roxin* en efecto la discusión la emprende *Jacobs* que consiste en demostrar su inaplicabilidad como método de investigación de los problemas sociales. Además de esto es necesario despojar el análisis funcional de sus referencias ontológicas, que lo subordinan innecesariamente al análisis causal, siendo que la causalidad es

⁵⁸³ Daza Gómez C, *Imputación objetiva en la participación y tentativa culposa, ob. cit.*, p. 45.

antes bien un caso de análisis funcional y no a la inversa el funcionalismo un caso particular de causalismo.

Concretamente la teoría de la imputación objetiva se divide para Jacobs en dos niveles 1º por un lado, la calificación del comportamiento como típico es la imputación objetiva del comportamiento y 2º por otro, la constatación en el ámbito de los delitos de resultado de que el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable es la imputación objetiva del resultado.

En el primer nivel de la imputación objetiva la importación del proceder del sujeto propone Jacobs *cuatro instituciones o principios* a través de los cuales a de vertebrarse el juicio de tipicidad: UNO el riesgo permitido, DOS el principio de confianza, TRES la actuación a riesgo propio de la víctima y CUATRO la prohibición de regreso.

En la valoración de la situación típica: No son decisivas las opiniones individuales del autor, de la víctima o del tercero, acerca del significado del comportamiento, sino que lo decisivo está en lo que una persona racional en el rol respectivo tomaría como significativa, ha de decidirse en los niveles de imputación configurando esa situación individual el objeto de valoración mientras que la valoración, de nuevo se realiza en el juicio objetivo.⁵⁸⁴

A continuación, comentaré los diversos criterios elaborados por Roxin y aceptados por la doctrina española sobre los que procede la imputación objetiva del resultado.⁵⁸⁵ y que han tenido gran influencia en Latinoamérica.

⁵⁸⁴ Jacobs la autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1996, p. 9.

⁵⁸⁵ Ver Larrauri, Elena, *Introducción a la Imputación Objetiva*, Este artículo consiste en el discurso desarrollado para optar a una plaza de profesora titular, no contiene notas a pie de página, sin otros datos, http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/8_introduccion-a-la-imputacion-objetiva.pdf

Ver Gimbernat, O, *La causalidad en el Derecho Penal*, en ADPCP. Tomo XV, 1962

Se le llama Imputación Objetiva: La imposibilidad de imputar objetivamente el resultado impide consecuentemente el surgimiento del aspecto objetivo del tipo penal, para esclarecer como relacionar la Acción con el Tipo. Como hemos comentado líneas arriba los elementos siguen siendo los mismos, la ubicación es la que cambia y determina, más soluciones de casos.

Roxin dice debe de estudiarse la acción dentro del tipo objetivo. La imputación requiere comprobar, dentro del tipo objetivo. *Primero, si la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado y, segundo, si el resultado es producto del mismo peligro. Estos dos criterios son la base para la determinación de la imputación objetiva.*

A partir de estos dos principios es posible *diferenciar entre imputación objetiva de la conducta e imputación objetiva del resultado.* En este sentido, la creación del riesgo debe apreciarse ex ante y la realización del resultado juntamente con la relación de causalidad debe apreciarse ex post. En base a este principio general de imputación objetiva, Roxin ha desglosado los siguientes criterios:⁵⁸⁶

A. PROHIBICIÓN DE REGRESO

Para Roxin la prohibición de regreso es el nombre que se emplea para expresar que otro sujeto no puede imponer al comportamiento del que actúa en primer lugar en un sentido lesivo de la norma, así como reglas fructíferas respecto de los casos en que el partícipe realiza una prestación estereotipada como socialmente adecuada.⁵⁸⁷

Comentario al libro de Roxin, Claus. *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrl! Issigen Delikten*", en ADP. 1963; *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Ed. Reus, Madrid, 1966. Gómez Benítez, *Teoría Jurídica del Delito, Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1987, pp. 172-191.

⁵⁸⁶ Díaz Aranda sostiene que se está en presencia de imputación normativa del resultado a la conducta y no en la teoría de la imputación objetiva del resultado, como le han etiquetado la mayoría de los autores de habla castellana bajo los criterios que se han desarrollado para responder se le debe atribuir el resultado. Ídem p. 71.

⁵⁸⁷ Véase Jakobs la imputación objetiva en el derecho penal, traducción Cancio, Meliá, M., Miguel Ángel editor, México, 2002, p. 156.

Entre el autor y la otra persona existe algo en común pero lo que hay en común se limita a la prestación que puede obtenerse en cualquier lado y que no entraña un riesgo especial alguno. No obstante, lo cual el autor hace uso precisamente de esta prestación para cometer un delito.

El primer autor en matizar el componente subjetivo en la coautoría fue Jacobs quien pretende en última instancia enmarcar de forma sistemática la teoría de la participación dentro de la imputación objetiva. De esta perspectiva la prohibición de regreso satisface la necesidad de limitar el ámbito de la participación punible. Se constituye como un criterio delimitador de la imputación de la conducta a ciertos comportamientos que pueden haber sido causales, pero que se hallan fuera del interés del derecho penal.

Ejemplo el señor que se dedica a prestar servicio de taxista y demostrado que el acusado se limitó a desempeñar su rol de taxista, tal comportamiento debe ser calificado de inocuo, ya que no es equivalente, ni siquiera en el plano valorativo, al delito de robo agravado, aun cuando en algún momento del desarrollo de la acción haya tenido conocimiento de la ilicitud de los hechos desplegados por sus contratantes; pues ello no es sustento suficiente para dar lugar a alguna forma de ampliación del tipo. Que a los efectos de delimitar el aporte propiamente típico del partícipe es de tener presente, como anota la doctrina jurídico penal, que existe un ámbito de actuación de este último que es inocua y cotidiana, y que sólo mediante la puesta en práctica de planes de otras personas se convierte en un curso causal dañoso, lo que obliga a distinguir entre intervenciones propias y creación de una situación en que otros realizan el tipo.

Este es un ejemplo cotidiano, el taxista sube a cualquiera que le hace la parada, y no está revisando que trae consigo el pasajero y menos sí es algo lícito o ilícito, no es su rol, a él lo contratan para trasladar a alguien de un lugar a otro solamente.

B. PRINCIPIO DE CONFIANZA

El hilo argumental de la fundamentación parte de una limitación del principio de confianza. Esta reza así: *quién se comporta de manera contraria, no puede confiar en que los otros se comportarán conforme al deber.*⁵⁸⁸

Es decir, quien realiza un comportamiento riesgoso, en general lícito, actúa confiado en que quienes participan con él van a actuar correctamente, conforme a las reglas preexistentes.

La doctrina nos pone el ejemplo de un conductor de vehículo, que tiene su licencia y maneja cumpliendo el reglamento de tránsito, con la confianza que los demás cumplan con las reglas, el mismo conductor va manejando a velocidad permitida, tiene siga y un ciclista aparece intempestivamente se le atraviesa, porque dice que los ciclistas tienen preferencia, aunque no repete la luz roja.

C. EL RIESGO EN EL DERECHO PENAL

La función que se atribuye al derecho en tal sentido en la generalización congruente de expectativas que permite a los sujetos de derecho desarrollarse en un sistema social seguro y que confirma la identidad del sistema social. La defraudación de las expectativas que conforman el rol puede verificarse de maneras muy diversas según las estructuras de expectativas imperantes en los distintos subsistemas sociales.⁵⁸⁹

Partiendo de la idea de que el autor ha establecido libremente su esfera de organización y que de ella ha surgido un riesgo no permitido por lo que dicho riesgo les será penalmente imputado.

El concepto de riesgo desempeña un papel determinante en el derecho penal y principalmente en la teoría de la imputación objetiva, con la finalidad de poder hacer responsables penalmente a una persona por su actuar prohibido, siendo Roxin sin

⁵⁸⁸ Puppe, *Imputación objetiva*, Comares, Granada, 2001 citado por Daza Gómez, en imputación, ob cit. p. 111.

⁵⁸⁹ Ver, Malo Camacho, *Derecho penal*, México, edit. Porrúa, 1998, p. 99 y ss. y Marqués Piñeiro *principios fundamentales del derecho penal* criminal IAE, mayo-agosto, 1999.

duda alguna, el máximo representante que vincula la *TEORÍA DEL RIESGO* con la imputación objetiva recurriendo a 3 medidas básicas de apreciación para calibrar la justeza de imputación:

- a)-La creación o no de un riesgo jurídicamente relevante
- b)- El aumento o falta de aumento del riesgo
- c)- Disminución o no del riesgo.⁵⁹⁰

Procedamos a comentar cada uno de estos principios:

a. LA CREACIÓN O NO DE UN RIESGO JURÍDICAMENTE RELEVANTE

Siendo el entendimiento la función de la norma primaria es la protección de los bienes jurídicos por ello toda conducta típica abre crear un peligro para el bien jurídico protegido. Esta afirmación cobra especial importancia en una sociedad de riesgos como en la que vivimos.⁵⁹¹

Al iniciar el examen del problema del riesgo permitido en derecho penal se impone ante todo Plantear una 1ª pregunta cuáles son los casos en que la responsabilidad penal que descuida por la aplicación del principio del riesgo permitido. Se ha manifestado al respecto que no es imputable objetivamente el resultado, si en la realización de la acción peligrosa el sujeto había observado el cuidado objetivamente debido, era un peligro lícito.⁵⁹²

Asimismo, Jacobs configura el riesgo permitido partiendo de una definición claramente normativa del riesgo, desligada de probabilidades estadísticas de lesión. El riesgo permitido se define, entonces, como el estado normal de interacción es decir como el vigente *status quo* de libertades de actuación desvinculado de la ponderación de intereses que dio lugar a su establecimiento, hasta el punto de que en muchos casos se trata de un mecanismo de constitución de una determinada configuración social por aceptación histórica de una ponderación omitida, dicho en

⁵⁹⁰ Daza Gómez Carlos, *Imputación*, Ídem p. 59.

⁵⁹¹ Jacobs, *la imputación objetiva*, ob. cit. pp. 117-118

⁵⁹² ver Cerezo Mir, *El finalismo hoy*, Madrid, ADPCP, 1992, p. 14.

otros términos se refiere más a la identidad de la sociedad que a procesos expresos de ponderación.⁵⁹³

No obstante, otros autores señalan que el deber objetivo de cuidado y riesgo permitido constituye las dos valoraciones significativas en dichas estructuras típicas mediante la postulación social que implica los posibles excesos de una metodología lógica formal.

A este respecto un sector doctrinal equipara total o parcialmente el concepto de riesgo permitido con la adecuación social. Otro sector los separa precisamente de la adecuación social y lo utiliza para casos de consentimiento en una actuación imprudente o como principio estructural común a diversas causas de justificación⁵⁹⁴

Sin embargo, es a Roxin, a quién hay que atribuirle el mérito de haber explicado claramente que la razón determinante para suponer que todo consentimiento eficaz excluye la tipicidad se halla en la teoría del bien jurídico defendido, de acuerdo con la misma, en las normas penales que protegen bienes jurídicos disponibles, el verdadero bien jurídico no consiste en la integridad de los objetos, sino en el dominio autónomo del titular sobre los bienes jurídicos que le corresponden. En palabras del propio Roxin, cuando los bienes jurídicos sirven al libre desarrollo del individuo, no puede haber lesión alguna del bien jurídico, cuando una acción se base en una disposición del titular que no perjudica su libre desarrollo sino por el contrario es expresión del mismo.

También se le ha llamado el Riesgo Permitido. Hay riesgos tolerables como permisibles debido a la utilidad social que ellas implican; pero si el individuo rebasa más allá de ese riesgo, el resultado ocasionado debe de ser imputado al tipo objetivo.

El ejemplo característico del conductor de un vehículo por el solo hecho de conducirlo ya es un riesgo aceptado y permitido.

⁵⁹³ Daza Gómez, ídem, p. 62.

⁵⁹⁴ ver Cancio Meliá, *Los orígenes*, p. 53 y Roxin, *Derecho penal*, ob. cit., p. 371.

Ejemplo del señor que, manejando, se distrae con el celular y atropella a un ciclista, con la teoría de la equivalencia de las condiciones

- 1.- Si no hubiera distraído
- 2.- Si no hubiera manejado ese día
- 3.- Si el ciclista no fuera por esa calle en domingo.
- 4.- Si no le hubieran mandado el mensaje

Cuál de estas causas hace que sea imputable el sujeto.

Condición sine qua non, si sacamos esa causa y desaparece el resultado esas es la causa. La más adecuada.

Entonces Roxin dice vamos a hacer algo más general, que abarque todos los casos...y básicamente es EL RIESGO CREADO. Nos dice el Dr. Daza, que Claus Roxin es quien aporta el principio de Riesgo a la ciencia jurídica penal. Esta teoría no busca la comprobación del nexo causal en sí, si no explicar los criterios conforme a los cuales queremos imputar determinados resultados a una persona. En resumen, sólo es imputable objetivamente un resultado causado por una acción humana, cuando dicha acción ha causado un peligro jurídicamente desaprobado, que se ha realizado en el resultado típico.⁵⁹⁵

Todos por el hecho de vivir en sociedad, no se diga en una gran metrópoli como CDMX, tenemos un riesgo, y no por ello va a ser justo que se le impute a alguien ese riesgo y pague el Resultado, ejemplo, al conducir un automóvil, ya es un riesgo lo asumes, pero tratas de disminuirlo al contratar un seguro y al poner el requisito de la licencia de manejo, Se disminuye el riesgo, pero se asume cierto riesgo.

Mientras se permanece dentro del riesgo permitido no se le va a imputar el resultado.

El riesgo socialmente aceptado y permitido que implica conducir un vehículo motorizado no desemboca necesariamente en la penalización del conductor cuando

⁵⁹⁵ Daza, Gómez, *Teoría Gral.*, ob. cit., p. 93.

produce un resultado no deseado, ya que sería aceptar que el resultado es pura condición objetiva de punibilidad y que basta que se produzca, aunque sea fortuitamente, para que la acción imprudente sea ya punible. Absurdo que se desvanece a nivel doctrinario con la teoría de la imputación objetiva, en el sentido de que sólo son imputables objetivamente los resultados que aparecen como realización de un riesgo no permitido implícito en la propia acción. El riesgo socialmente permitido. Actuó dentro del riesgo socialmente permitido dice en los culposos es más fácil Imputar Objetivamente.

Si actúa dentro del riesgo permitido su conducta es ajustada a derecho. Ejemplo el abogado que asume llevar una defensa, asume un riesgo de que este defendiendo un verdadero delincuente, pero lo defiende dentro de la legalidad, no se le puede imputar un resultado.

Es decir, cualquier persona en cualquier actividad si se mantiene dentro del riesgo permitido y aun así se provoca un resultado lesivo a un bien jurídicamente protegido, no se le va a imputar ese resultado.

Pero si la persona se excede en el riesgo permitido Si se le va a imputar el resultado lesivo.

Con esto concluimos que la Teoría de la Imputación Objetiva le permite a la persona normal que vaya por la vida tranquilo dentro de la zona del riesgo permitido, tiene un escudo protector, cumpliendo las reglas permitidas, dentro del riesgo permitido.

b. EL AUMENTO O FALTA DE UN AUMENTO DEL RIESGO

Criterios desarrollados también por Roxin y por su parte Jacobs agregó que la teoría del incremento del riesgo podría ser viable coherentemente, para ello habría que prescindir de la realización del riesgo y de los cursos causales hipotéticos.

Sin embargo, la teoría de la imputación objetiva se topó con el problema consistente en la determinación de que el llamado aumento del riesgo en el tipo imprudente es un sin sentido.

El argumento base es que el nexo necesario entre conducta y resultado tiene que constatar que el riesgo creado con la acción imprudente haya incidido en su producción. No se puede excluir la posibilidad de que el daño también se hubiera producido con una conducta conforme a derecho. Es por eso por lo que no es más que un caso de elevación del riesgo donde debe verificarse si se ha manifestado la producción del resultado.⁵⁹⁶ Por lo que respecta a las omisiones es determinante que no existirá un comportamiento alternativo, ya que no hubo un comportamiento, sino que lo que habrá que preguntarse es en qué medida el comportamiento debido hubiera mantenido al riesgo dentro de lo permitido

Con los señalados se demuestra que en la praxis los casos de incremento de riesgo permitido se refieren mayoritariamente a los delitos imprudentes. Esta medida tolerada de peligro en la que constituye el componente del resultado del fenómeno del riesgo permitido y la idea nuclear en que se fundamenta la teoría del incremento del riesgo.⁵⁹⁷

Roxin indica que entre los partidarios de la teoría del incremento del riesgo es polémica la cuestión de cuál debe ser la decisión cuando no se pueda comprobar si la conducta prohibida ha creado un peligro mayor que el que hubiera supuesto la observancia del riesgo permitido

Ejemplo: A fabricante infringiendo los reglamentos entrega material no desinfectado para su manejo. Consecuencia de ello mueren cuatro trabajadoras. Se constata que la desinfección prescrita por los reglamentos tampoco hubiera eliminado la posibilidad de las muertes consecuencia de la infección. Estas situaciones se caracterizan por:

- a. el sujeto activo ha actuado en forma incorrecta;
- b. el bien jurídico se ha lesionado;

⁵⁹⁶ Daza, *Imputación*, ob. cit., p. 67.

⁵⁹⁷ ver Silva Sánchez, *Medicinas alternativas e imprudencias médicas*, Barcelona, editorial Bosch, 1999, p. y ss.

c, la lesión se hubiera producido de igual modo aun cuando el sujeto se hubiera comportado irreprochablemente.

En estos casos, procede afirmar la imputación objetiva del resultado, no por la mera infracción de los reglamentos, sí· *no por el hecho, que debe comprobarse, que al infringirse éstos, se ha aumentado el riesgo de lesión del bien jurídico, se ha sobrepasado el riesgo permitido.*⁵⁹⁸

Es cierto que lo que pretende Roxin, es solucionar con este criterio la problemática de los cursos causales hipotéticos culposos. En éstos, la situación se caracteriza por el hecho de que, a pesar de haber existido una conducta imprudente, el resultado se hubiese producido igualmente aun cuando hubiese mediado un comportamiento prudente. La doctrina se ha mostrado tradicionalmente reacia a admitir la punición de estos supuestos por entender justamente que el resultado producido no es una plasmación del comportamiento imprudente. Pero si observamos bien, resulta que en estos casos también se determina previamente el carácter imprudente del comportamiento ya que *precisamente lo que se intenta fundamentar es por qué a pesar de existir una conducta imprudente, el resultado no aparece objetivamente imputable.*

Siguiendo a Gimbermat, el recurso a este criterio para solucionar los cursos hipotéticos culposos, hay casos en los que el comportamiento imprudente ha supuesto un incremento del riesgo y sin embargo pareciera proceder su absolución.

Ejemplo el guardabarrera, imprudentemente, no baja la barrera cuando va a pasar el tren, descuido que es aprovechado por un suicida para arrojarse ante la locomotora. Sí el guardabarrera hubiera obrado prudentemente, la muerte del suicida se habría evitado, ya que la barrera era tan alta que no habría podido saltarla.

⁵⁹⁸ Roxin, ibidem.

En otros casos por el contrario la acción imprudente conlleva el mismo riesgo que la prudente y sin embargo parece adecuado proceder a su punición.

Ejemplo: el asesino quiere envenenar a su víctima a las 7 h. de la tarde. A las 5 h. va a la farmacia provisto de una receta del veneno que le ha entregado un amigo suyo médico, quien conoce las intenciones del autor. Para no comprometer a su amigo el asesino está decidido a hacer uso de la receta sólo si el farmacéutico se niega a despacharle el producto, pero el farmacéutico infringe el deber y vende el preparado venenoso sin exigir la presentación de la autorización médica.

La equivocidad de este criterio conduce a Gimbernat, a propugnar su sustitución por el del ámbito de protección de la norma.

Siguiendo con el ejemplo del conductor, si va a más de la velocidad permitida, y a tropella al mismo ciclista, como *supero el riesgo permitido se le va a imputar el resultado de la lesión*, o va a buena velocidad se le atraviesa el ciclista, pero no tiene vigente la licencia de conducir, además de que el seguro no se va a hacer cargo, *se le va imputar el resultado porque infringió el deber de cuidado*, supero el riesgo permitido,

C. LA DISMINUCIÓN O NO DEL RIESGO⁵⁹⁹

En este supuesto un sector de la doctrina argumenta qué podría estar amparado en una causa de justificación tomando en consideración la opinión de Roxin indica que se reconoce la acción siendo ésta constitutiva de una acción típica de lesiones sin embargo lo que aparece en un primer plano no es la realización de un riesgo para la integración física si no la evitación del mismo, aspecto que impide catalogar dicho comportamiento como acción típica de lesiones en palabras de Mir Puig para que la conducta causante de un resultado típico pueda considerarse realizadora de la parte

⁵⁹⁹ Ver Cerezo Mir, *Curso de derecho penal, teoría del delito*, 2ª ed. Tecnos, Madrid 1998, página 232

objetiva es necesario que *ex ante* apareciere como creadora un riesgo típicamente relevante.

Ejemplo: A observa cómo una piedra va a dar en el cuerpo de B. No puede evitar que la piedra alcance a B pero sí *desviarla de tal modo que el golpe sea menos peligroso*. En este caso de acuerdo con Roxin existe una *disminución del riesgo para el bien jurídico protegido*. En consecuencia, no puede hablarse de acción típica ya que lo que reduce la probabilidad de una lesión no puede concebirse como dispuesto finalmente para producir un menoscabo de la integridad física.⁶⁰⁰

D. FIN DE PROTECCIÓN DE LA NORMA

El fin de la norma sí para el derecho penal, la teoría de la adecuación social antes de que el giro hacia la ontología se desviará de esa vía, dice Roxin quedan descartados los resultados en que no está pensado en la norma ha de comprobarse propiamente con base en lo que constituye el fin de protección de la norma.

Ciertas normas imponen especiales deberes de cuidado cuyo fin es la protección de determinados bienes jurídicos, sin embargo, el sujeto eleva el riesgo al

⁶⁰⁰ Nota Tres son las objeciones fundamentales que se han dirigido a este planteamiento: a. La posibilidad de aplicar este razonamiento en todos aquellos casos de menoscabo de un bien jurídico amparado por una causa de justificación, especialmente en la legítima defensa y el estado de necesidad; con lo cual en últimas este criterio podría absorber el juicio de antijuridicidad.

b. La dificultad de afirmar que el riesgo se ha disminuido cuando se trata de dos bienes jurídicos distintos. Así en este caso podría afirmarse *que se ha disminuido el riesgo para el bien jurídico, vida, pero podría sostenerse que se ha creado ex novo para la integridad física*.

c. La dificultad de solucionar este caso sin tomar en consideración determinados elementos subjetivos. Así por ejemplo se pregunta Armin Kaufmann ¿Qué sucede si el sujeto podía desviar totalmente el golpe? pero sólo lo desvía parcialmente, pensando en dar un escarmiento a la víctima. *Roxin contestaría que en cualquier caso el riesgo ha sido disminuido*. Sin embargo, surge cuando menos la duda razonable de si el sujeto debe responder por el resultado acaecido. Esto es, aun cuando con su conducta ha disminuido el riesgo, subsiste la posibilidad de imputarle el resultado acontecido, ya que éste podía haber sido totalmente evitado.

desobedecer el deber impuesto produciendo un resultado cuya evitación no estaba dentro del fin de protección de la norma entonces se puede negar la imputación de la conducta.⁶⁰¹

Todo es claramente explicado por Gimbernat Ordeig ⁶⁰²en el sentido de que si el resultado producido por el comportamiento no es uno de los que querían evitar con el establecimiento del deber derivado de la norma de cuidado el autor estará exento de responsabilidad.

Dos son las situaciones que se abordan al amparo de este principio:

A. Aquellos casos en los que el resultado no es una plasmación del riesgo creado. Este criterio es aplicable en el campo de los delitos imprudentes, pensemos en el ejemplo anterior del guardabarrera, y también en el ámbito de los delitos dolosos, conociéndose como la problemática de las desviaciones causales.

Ejemplo Ocasionándole a alguien una ligera herida. Este muere al ser trasladado al hospital, ya por un accidente de tráfico, por una intervención con bisturí infectado, o por un incendio del hospital. En estos supuestos se afirma que el resultado acontecido no es una plasmación del riesgo creado, sino que procede de fuentes de peligro diversas, La norma que prohíbe matar no ampara las muertes producidas por un incendio del hospital, resultado éste que puede suceder independientemente de cuál sea el motivo por el cual el sujeto se encuentra en el hospital muere por temblor.

En estos supuestos se afirma que el resultado acontecido no es una plasmación del riesgo creado, sino que procede de fuentes de peligro diversas, La norma que prohíbe matar no ampara las muertes producidas por un incendio del hospital, resultado éste que puede suceder independientemente de cuál sea el motivo por el cual el sujeto se encuentra en el hospital.

⁶⁰¹ Roxin, Derecho penal, pp. 373-374

⁶⁰² Daza, *ibidem*, p. 75.

B. Segundo tipo de casos tratados al amparo de este criterio: Aquellos supuestos en los que si bien el resultado es una plasmación del riesgo creado se afirma que éste cae fuera del ámbito de protección de la norma. Esta problemática es lo que conocemos con el nombre de consecuencias secundarias y puede aplicarse en el ámbito de los delitos dolosos y culposos.

Ejemplo de dolo: A incendia una propiedad, ello desencadena en su propietario una crisis nerviosa o un shock, produciéndose la muerte, o unas lesiones. Ejemplo de imprudencia: A atropella imprudentemente a B, posteriormente al comunicarle la noticia a la madre de B ésta sufre un shock nervioso, produciéndose un resultado de lesiones o de muerte. Como vemos en ambos casos de lo que se trata es de contestar si estos daños secundarios son asimismo imputables al causante del primer daño.

La respuesta debe ser, en opinión de Roxin, negativa, ya que estos daños secundarios están fuera del alcance del ámbito de prohibición de la norma.

d. **Ámbito de competencia de la víctima** Si es la misma víctima quien con su comportamiento contribuye de manera decisiva a la realización del riesgo no permitido, éste no se realizará en el resultado.

Ejemplo el concierto de rock con todas las medidas, es al aire libre y las víctimas se suben muchos a un puente colgante y se rompe, no se lo pueden imputar al organizador del evento, si no a las víctimas que saben que un puente no aguanta ese peso.

En síntesis, la moderna teoría de la imputación objetiva no puede atribuirse objetivamente el resultado a quien con su acción no ha creado para el bien jurídico ningún riesgo jurídicamente desaprobado.

Pero también importa la *auto puesta en peligro* de la víctima, si se atraviesa imprudentemente y tú vas manejando a la velocidad permitida, no es responsabilidad del conductor se le va a imputar a la víctima, se auto puso en peligro, En relación con nuestro tema podemos adelantar AQUÍ EL QUE DA SUS

DATOS SIN EJERCER SUS DERECHOS A PROTEGERLOS SE AUTOPONE EN PELIGRO.

4. Resultado. El resultado es la consecuencia externa y observable derivada de la acción manifestación de voluntad. Los códigos penales castigan en algunos casos la acción delitos de simple actividad y en otros el resultado que se deriva de estos delitos de resultado.

Pero también puede haber conductas de no hacer o dejar de hacer que traen como consecuencia un resultado y puede ser formal o material. Eugenio Raúl Zaffaroni define el tipo penal como un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptivos, que tiene por función la individualización de las conductas humanas penalmente relevantes por estar penalmente prohibidas. Por lo tanto, existe también la Imputación al Resultado.

A. IMPUTACIÓN AL RESULTADO El presupuesto de la imputación objetiva del resultado es la imputación de la conducta, sin embargo, tampoco es suficiente una simple sucesión de estos dos criterios, sino que además es necesaria una relación objetiva entre ellas.⁶⁰³ y son:

1. *Relación de riesgos.* El resultado causado debe verse como realización del riesgo inherente a la conducta.
2. *Riesgos concurrentes.* Se niega la imputación cuando a pesar de que el resultado ha sido causado por una conducta que creó un riesgo prohibido, sin embargo, el resultado final es producto de otro riesgo ajeno al sujeto. Ejemplo le disparan con arma a un sujeto, lesionado lo trasladan a un hospital, donde hay un incendio y muere por este.⁶⁰⁴
- 3 *Nexos causales desviados.* Se verifica si el supuesto se desarrolló dentro de los márgenes del riesgo que objetivamente existían durante la realización del riesgo

⁶⁰³ Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2ª ed., trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.

⁶⁰⁴Peña, *Ibidem* p. 159.

en el resultado, no lo que el agente se haya imaginado sobre las consecuencias de su conducta. ejemplo El que hace caer a otra persona al mar para que muera ahogado, pero al precipitarse se golpea la cabeza en una roca y fallece.

4. *Interrupción del nexa causal.* ¿Son modificaciones de la causalidad natural siempre y cuando ésta genere un aumento o anticipe en el tiempo el resultado, mediante la intensificación del peligro ejemplo La víctima herida mortalmente que recibe un nuevo disparo de un tercero, y a consecuencia de éste, fallece?
- 5 *Consecuencias tardías.* Son aquellas que no hayan sido captadas como parte del conflicto social generado por la primera lesión, y consecuentemente, no conmuevan la confianza en la norma que prohíbe el segundo resultado. ejemplo Quien causa una lesión grave a un cambista, que le inhabilita a caminar, y años después, esta persona, al ser asaltada en la vía pública, y ante su imposibilidad de huir, es ejecutada por los asaltantes.
6. *Fin de protección de la norma.* El resultado debe estar comprendido dentro del fin de protección de la norma penal donde se va a prever las conductas delictivas. ejemplo El sujeto que mata a otro y la anciana madre de la víctima, al recibir la noticia de su muerte, fallece de una falla cardiaca.⁶⁰⁵

B. Imputación del resultado en el ámbito de ATIPICIDAD POR FALTA DE NEXO CON EL RESULTADO.

- a. *Cumplimiento de deberes* No hay imputación objetiva cuando el agente haya actuado bajo una obligación específica derivada de su función o profesión. El acto médico constituye como afirma un sector de la doctrina penalista una causal genérica de atipicidad.
- b. *Obrar por disposición de la ley* No hay imputación objetiva cuando el agente ha actuado en cumplimiento de un deber jurídico.

⁶⁰⁵ Para abundar en este tema Roxin reflexiones sobre la problemática de la imputación objetiva en el derecho penal, en problemas básicos del derecho penal, Madrid, 1976, pp. 128-148 1970, referido por Berdugo Gómez de la Torre y otros, lecciones de derecho penal, parte general, ob. cit., pp. 172 a 175. y Gimbernat, Delitos cualificados por el resultado y causalidad, Madrid, 1990, Muñoz, conde Hassemmer, La responsabilidad por el producto en el derecho penal, valencia 1995, y Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 6ª ed., Barcelona, Reppertor, 2002.

c. *Consentimiento* Si concurre consentimiento no hay necesidad de intervención del derecho penal, quedan fuera del ámbito de protección de la norma y con ello se excluye la imputación objetiva, pues la libre determinación del titular prevalece sobre el interés social en la conservación del sustrato material, ejemplo El que daña, destruye o inutiliza una cosa con el consentimiento del propietario.

Finalmente debe seguirse profundizando en cuál es la ubicación sistemática de la imputación objetiva. Ya hemos observado que para Roxin ésta se sitúa en el aspecto objetivo del tipo.

Por el contrario, para una posición que afirme su función a modo de segundo correctivo, constatado el dolo o la culpa, surge la problemática de determinar si procede realizar dicha operación en el ámbito de la tipicidad o bien en el de la antijuridicidad. El Dr. Daza Gómez afirma: Nuestra posición se halla dentro de la línea de los que consideran que a la imputación objetiva debe de ubicársele en la tipicidad, entendida como un elemento del tipo objetivo para ofrecer mayor seguridad jurídica.⁶⁰⁶

Indudablemente la diversidad de situaciones tratadas al amparo de la imputación objetiva no facilita esta tarea de sistematización, en tanto *en unos casos pudiera dudarse de la existencia de un desvalor de acto* pensemos en los ejemplos en que a pesar de existir dolo el comportamiento se mantiene en los márgenes del riesgo permitido, en otros supuestos procede la presencia de un desvalor de acto y lo que debe dilucidarse es si y hasta qué punto ello ha representado un incremento del desvalor del resultado pensemos en los ejemplos citados de la existencia de un comportamiento imprudente en los que el resultado no es plasmación del riesgo creado.⁶⁰⁷

⁶⁰⁶ Daza, Gómez, *Imputación objetiva*, ob. cit., p 36.

⁶⁰⁷ Elena Larrauri Profesora Titular de Derecho Penal de la UAB, http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/8_introduccion-a-la-imputacion-objetiva.pdf

5. Posicionamiento del Dr. Carlos Daza. El funcionalismo se basa en un nexo de imputación, es decir la atribución de un resultado a la conducta del autor penalmente responsable y, en consecuencia, su inclusión en el tipo objetivo.

De esta manera el concepto jurídico penal de acción surge cuando una conducta injusta y culpable, es decir cuando respecto de ella se han agotado positivamente los juicios tanto de una imputación objetiva como de una imputación subjetiva.

Mientras que la teoría de la imputación objetiva emplea conceptos como creación de un peligro desaprobado y la necesidad de realización de un peligro desaprobado, los críticos preguntan si la producción del resultado es expresión del poder sobre el hecho o dominio del hecho del autor o previsible y congruente con lo querido por éste.

Sin lugar a duda, estamos frente a una nueva concepción del sistema penal desarrollada en derredor de una teoría de la imputación que implica no sólo el abandono del planteamiento causalista, sino además la superación de la teoría final del injusto siendo el estatus de la imputación se caracteriza a partes iguales por elementos empíricos y normativos.

Asevera el Dr. Daza. El derecho penal material contiene el tipo objetivo los conceptos de producción causal de acción humana, la teoría de los fines de la norma, de la adecuación social y el riesgo permitido todo pretende asegurar a través de su conjunción que no se deslicen atribuciones injustificadas en la relación entre el proceso objetivo y el comportamiento individual.

En síntesis, el Derecho Penal es parte integrante de cualquier cultura jurídica dice el doctor Daza, esperamos haber mostrado que en este estudio hay un conjunto de sugerencias respecto a los temas de mayor relevancia en el análisis de la imputación objetiva que pueden originar una reflexión de largo alcance, que el

Ver Gimbernard Ordeig, *¿Qué es la imputación Objetiva estudios de derecho penal?*, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 1990. Miguel Díaz Y García Conlledo, *El Error sobre elementos Normativos del Tipo Penal*, Colombia, editorial editora de la Universidad del rosario, 2012, p. 356.

especialista interesado en el tema no puede descuidar si quiere ir más allá de la simple descripción de los problemas habituales de la sociedad.⁶⁰⁸

La verdad no es porque sea mi asesor de tesis, pero estoy completamente de acuerdo con él que sí ha mostrado en su estudio sugerencias que nos hacen pensar en relación a la imputación objetiva y sobre todo adentrarnos más en esta teoría, que nos va a permitir resolver problemas y que haya menos injusticia, menos impunidad, me adhiero a su teoría.

Si largo ha sido el camino recorrido desde que se iniciaron las discusiones entre las diversas teorías causales, también extensos aparecen los aspectos que aun requieren de una mayor reflexión por parte de los estudiosos del derecho penal especialmente en nuestro país. El hecho de que la *jurisprudencia esté ya actualmente amparando la moderna teoría de la imputación objetiva* debe servirnos de estímulo para proseguir esta discusión y lograr el objetivo de procurar que el culpable no quede impune y proteger al inocente.

Ejemplos de Jurisprudencia:⁶⁰⁹ que ilustran la imputación objetiva en casos reales.

⁶⁰⁸ Daza, ibidem, p. 85 y señala que la idea es de Jassem her en el libro persona, mundo y responsabilidad, bases para una teoría de la imputación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 130.

⁶⁰⁹ Tesis. 40. p. 59P, Semanario judicial de la federación y su gaceta, Novena época, t. XXXII, julio 2010, p 1944, Registro 164324. EVASIÓN DE PRESOS CULPOSO. SI SE ATRIBUYE A LOS COINCULPADOS LA MISMA CONDUCTA CULPOSA Y OMISIVA, NO SE ACTUALIZA LA ATRIBUIBILIDAD O EL NEXO CAUSAL ENTRE LA ACCIÓN Y EL RESULTADO TÍPICO QUE REQUIERE AQUEL DELITO. el favorecimiento a la evasión del detenido no es el resultado de la suma de las culpas concurrentes, sino que cada una de las conductas fue capaz de producir, de manera autónoma e independiente, ese resultado típico; lo que implica que no se actualice la atribuibilidad o el nexo causal entre la conducta y el resultado que requiere aquel delito, Tesis: I.9o.P.37 P (10a.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo 3, libro XXV, octubre 2013, p. 1765, Registro 20004694, DOLO EVENTUAL. HIPÓTESIS EN LA QUE SE ACTUALIZA ÉSTE Y NO LA CULPA CON REPRESENTACIÓN, CUANDO EL ACTIVO COMETA UN HOMICIDIO POR TRÁNSITO DE VEHÍCULO CON POSTERIORIDAD A UN ROBO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS Estructura del tipo significa esto que en la composición de todos los tipos siempre están presentes también los siguientes elementos: 1. Sujetos activo y pasivo y 2. Objetos jurídico y material.⁶¹⁰3. Medios Comisivos

1. Sujeto Activo. El delito como obra humana siempre tiene un autor, aquel que precisamente realiza la acción penal prohibida u omite la acción esperada. Hace muchos siglos que se superó la polémica, si los animales eran sujetos activos de un delito,⁶¹¹ en la época medieval, se les castigaba, aunque hace poco oí en las noticias que, en un pueblo, habían metido a la cárcel a un burro de unos señores de más de 80 años, por una deuda civil, pero bueno, teóricamente está superada esa discusión.

En este Siglo XXI la polémica es, que en nuestro Sistema apenas ahora que entró en vigor en 2014 el CNPP, se establecido expofeso un procedimiento para las personas jurídicas, en el artículo 421 y sucesivos, y en el artículo 410 en relación a la individualización de la sanción entre otras cosas señala que las consecuencias jurídicas aplicables a las personas morales, serán individualizadas tomando solamente en consideración la gravedad de la conducta típica y antijurídica pero el Maestro Emérito Don Raúl Carranca y Rivas, , en sus clases, era de los que se oponían a la responsabilidad penal de las personas morales, argumentando, que si se establece como sanción la disolución de la empresa, es el equivalente a aplicar

Tesis: I.9o.P.72 P (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tomo III, Libro 14, enero de 2015, p 1905, registro 2008342

IMPUTACIÓN OBJETIVA. CASO EN EL QUE SE ATRIBUYEN LAS LESIONES OCASIONADAS A UNA PERSONA POR LA CAÍDA DE UN ANUNCIO ESPECTACULAR, QUE PUSIERON EN PELIGRO SU VIDA (DELITO DE COMISIÓN POR OMISIÓN), AL APODERADO LEGAL DE LA PERSONA MORAL QUE FIRMÓ EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO CORRESPONDIENTE, EN VIRTUD DEL RIESGO CREADO BAJO SU POSICIÓN DE GARANTE (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).

⁶¹⁰ Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 1997, T. I, p. 305.

⁶¹¹ Nuestra Constitución de la Ciudad de México, estipula que los animales son seres sintientes, y que tienen derechos, pero no obligaciones. art 13 Ciudad habitable. B) protección a los animales.

la pena de muerte y esta está prohibida en nuestro país, entonces es inconstitucional esta consecuencia jurídica.⁶¹² En efecto no son sujetos activos pero sí responsables penales.

En cuanto al Sujeto Activo en determinadas ocasiones una concreta calidad en el agente exige el tipo, ejemplo clásico en los delitos de servidores públicos, deben tener la calidad de servidor público, en los delitos de violencia familiar, deben ser, familiares, en el abandono de atropellado debes de tener la calidad de conductor de vehículo, etc.⁶¹³

2. Sujeto Pasivo. El maestro Francesco Carrara decía que el sujeto pasivo del delito es el hombre o cosa sobre que recaen los actos materiales del culpable.⁶¹⁴ Y Cuello Calón señala que Sujeto pasivo del delito es titular del derecho interés lesionado o puesto en peligro por el delito.⁶¹⁵ Y para López Betancourt Sujeto pasivo es el titular del bien jurídicamente dañado, o puesto en peligro por la comisión del acto ilícito, en este aspecto el sujeto puede ser cualquier individuo o una persona jurídica colectiva. Se entiende que es la persona que sufre en forma directa la acción u omisión que realiza el sujeto activo. Por otro lado, existe el ofendido que es quien resiente el daño en forma directa del ilícito, a veces pueden coincidir al mismo tiempo ser sujeto pasivo y ofendido.⁶¹⁶ En cuanto al sujeto pasivo, el tipo legal demanda determinada calidad en algunos tipos penales, por ejemplo el infanticidio, menor de 24 horas de nacido, en el feminicidio ser mujer, homicidio por razón de parentesco, que sea el ascendiente⁶¹⁷

3.-Bien Jurídico Tutelado. La doctrina distingue entre objeto jurídico y objeto material, del delito, el primero se entiende el Bien Jurídico tutelado a través de la Ley penal, mediante la amenaza de la sanción. Puede decirse que no hay

⁶¹² Carranca y Rivas, *Código Penal Comentado*, México, editorial Porrúa, 1986, p. comentarios al artículo 11 del CPF, recordemos que este desde 1931 ya estipulaba, ver Cuello Calón, ob. Cit., p 323 y González de la Vega, Código penal comentado, p 68.

⁶¹³ Márquez Piñeiro, Rafael, ob cit, p. 219.

⁶¹⁴ Carrara, *Programa*, sección 40, p. 67.

⁶¹⁵ Cuello calón. ob cit., p 320.

⁶¹⁶ López Betancourt, ob. Cit., pg. 28.

⁶¹⁷ Ídem.

delito sin objeto jurídico por constituir este su esencia.⁶¹⁸La norma penal tiene la función protectora de bienes jurídicos. Un bien jurídico en la teoría del delito es un valor, considerado fundamental para una sociedad que la norma penal quiere proteger de comportamientos humanos que puedan dañarlo. Este valor es una cualidad que el legislador atribuye a determinados intereses que una sociedad considera fundamental para el vivir bien.

En relación al Bien Jurídico, opino es un elemento donde debieran ponerse los reflectores.

Yo considero que independientemente de todas las teorías que explican los elementos del delito y su ubicación del dolo o la culpa un elemento objetivo del que no se analiza mucho y me parece fundamental en cualquier delito es el valor que se protege al tipificar una conducta y este es el Bien Jurídico a proteger.

Mi tesis es precisamente tipificar conductas que protejan un valor del Siglo XXI.

Nuestro país se está adaptando a la transformación digital respetando los derechos fundamentales de los ciudadanos, como lo afirmamos en capítulos anteriores, al ver la evolución normativa y las reformas Constitucionales de 2009, y 2011 y las Leyes de la materia para proteger estos derechos que no dejan de ser los inherentes al ser humano, pero ahora en un medio ambiente tecnológico.

Estamos hablando realmente de ordenar la convivencia social en un nuevo entorno que ahora es digital. Ese es el reto como proteger mis datos personales reconocidos como derechos que existen por el hecho de ser personas. Pero que cambian su forma de usarse y manifestarse por hacerse a través de las redes en el mundo digital. Y por ello necesitan nuevas protecciones y ya tienen garantías constitucionales, procedimientos administrativos, pero falta la última ratio el *Ius Puniendi* del Estado.

El Derecho Penal está reaccionando, pero lentamente. Y también es previsible que aparezcan conductas novedosas, cada vez en mayor cantidad y con mayor rapidez

⁶¹⁸ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Derecho penal mexicano*, México, edit. Porrúa, 1990, p. 163.

que le exigen sucesivas adaptaciones. Pero no sólo la tecnología influye en esta cuestión. Los derechos fundamentales, los derechos humanos esenciales, si bien son naturales y por lo tanto no pueden ser *creados* por el Derecho, pueden ser descubiertos en expresiones nuevas.

El tema debe ser tratado con mayor énfasis, interesa demostrar que existen bienes jurídicos que tienen hoy otras expresiones, o que se enfrentan a nuevos riesgos, y que requieren de un pronunciamiento penal para evitar avasallamientos no ya del propio Derecho Penal -que más bien peca por indiferente-, sino de agresiones provenientes por parte de sujetos de derecho público, el mismo Estado quizás o privado, especialmente bajo la forma de personas jurídicas. Son nuevos riesgos en cuanto a su naturaleza y también en cuanto a su magnitud. Las leyes y las constituciones suelen contener disposiciones que imponen tratarlos, con el respeto que le corresponde por su dignidad como persona como lo anotamos al analizar, antecedentes de los derechos humanos, así como al comentar diversas Constituciones de la mayoría de los países, por ejemplo, española, alemana y otras. Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos de 1966, art. 10 I⁶¹⁹.

⁶¹⁹ Carbonell que comenta a Luigi Ferrajoli Es importante destacar que Ferrajoli cuida de distinguir con precisión las confusiones que se pueden originar por motivo de los derechos fundamentales. Expresa que a la pregunta ¿qué son derechos fundamentales? Hay varias posibilidades de respuesta según se quiera concretizar la primera pregunta en preguntas secundarias: ¿cuáles son? ¿cuáles deben ser? ¿qué son? Si se responde a cuáles son con referencia a un determinado ordenamiento jurídico, lo que se está haciendo es dar una respuesta positivista. Por otra parte, si se contesta a cuáles deben ser, lo que se estaría haciendo es asumir una postura axiológica. Y, por último, a la pregunta ¿qué son? Se responderá con una elaboración convencional y no referida ni a un ordenamiento determinado ni a un valor en específico.

El punto de atención para contestar a ¿qué derechos deben ser fundamentales? Está dado, conforme al profesor italiano, por el valor de la persona humana en el sentido kantiano: ser siempre un fin y nunca un medio. Vistas, así las cosas, Ferrajoli manifiesta que hay cuatro valores que son precisos para las personas: vida, dignidad, libertad y supervivencia. Estos valores tienen que servir de cuatro fines o criterios axiológicos: 1) La igualdad jurídica; 2) El nexo entre derechos fundamentales y democracia; 3) El nexo entre derechos fundamentales y paz, y 4) Finalmente, el papel de los derechos fundamentales como la ley del más débil.

4.-Objeto Material. - Es el ente corpóreo en el cual recae, la conducta delictiva.⁶²⁰ Es la persona o cosa sobre la que recae el delito, lo son cualesquiera de los sujetos pasivos o bien las cosas animadas o inanimadas.⁶²¹ Eses objeto material puede ser persona o cosa o animales, en algunos casos nos dice lo mismo Dr. Márquez que el objeto material puede identificarse o coincidir con el mismo sujeto pasivo. Ejemplo el artículo 367 del CPF, habla de cosa ajena mueble, esta va a ser el objeto material, en el delito de despojo, inmueble ajeno, este va a ser el objeto material.

5. MEDIOS COMISIVOS

En cuanto a los medios comisivos la ley en determinados casos requiere de ciertos medios de ejecución para la integración del tipo, por ejemplo, que sea con violencia.

Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de éstas.

El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales*, Boletín mexicano de derecho comparado, *versión On-line* ISSN 2448-4873 *versión impresa* ISSN 0041-8633 Bol. Mex. Der. Comp. vol. 40, no. 120, México sep./ dic. 2007.

Analiza la crisis de los fundamentos del derecho penal expresados en la profunda falta de correspondencia que existe entre el sistema normativo de las garantías y el funcionamiento efectivo de las instituciones punitivas. Explica teóricamente el modelo garantista, recogido por la tradición ilustrada, así como la oposición que contra dicho modelo han ejercido. Explica la continua emergencia de arquetipos penales premodernos y la tentación del autoritarismo. Muestra las múltiples formas de ilegitimidad e injusticia provocadas por la inadecuación del modelo por las lesiones contra las garantías individuales. Frente a la crisis *Del modelo propone Una reformulación y política en el marco de una teoría general del garantismo.*

Ver. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón, teoría del garantismo penal*, 10 edición, Madrid, Trotta editorial, 2018, p. 1024.

⁶²⁰ Islas de Gonzales Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos*, ob. cit.

⁶²¹ López Betancourt, ídem.

Medios son el instrumento o la actividad distinta de la acción, exigidos en el tipo, empleados para realizar la conducta o producir el resultado.⁶²²

a.- *Referencia temporal*, Es la conducta de tiempo o lapso, descrita en el tipo dentro de la cual ha de realizarse la conducta o producirse el resultado. Pocos son los tipos penales que requieran referencia temporal, pero si hay, debe acreditarse, por ejemplo, en los delitos electorales, algunos se llevan a cabo el día de la jornada electoral que es de las 8 am a las 18 horas, en ese lapso, u otro ejemplo con referencia temporal es el infanticidio muerte del infante dentro de las 24 horas después de haber nacido.

b.- *Referencia espacial*. Es la condición de lugar señalada en el tipo en que ha de realizarse la conducta o producirse el resultado, este componente se refiere cuando el tipo penal establece como elemento que se realice la conducta delictiva en un lugar específico, en el mismo ejemplo de delitos electorales, algunos deben realizarse dentro de la casilla, otro ejemplo más común es el robo en casa habitación, o en instituciones bancarias.

c. *Referencia de ocasión*. Es la situación especial, requerida en el tipo, generadora de riesgo para el bien jurídico, que el sujeto aprovecha para realizar la conducta o producir el resultado.⁶²³Ejemplo robo a causa de una catástrofe.

Si falta alguno de estos elementos o falta de calidad en los sujetos, es decir falta de exigibilidad referencia o condición, habrá atipicidad.

2.- TIPO SUBJETIVOS

A. Específicos. -Son características y actividades que dependen del fuero interno del agente. Son tomados en cuenta para describir el tipo legal de la conducta, por eso estos elementos tienen que probarse. Precisamente las alocuciones “El que, a sabiendas, o Quien se atribuya falsamente la calidad de titular..., El que con fines lascivos..., el que con ánimo de..., que usa el Código Penal para describir tipos

⁶²² Islas de Gonzales Mariscal, *ob. cit.*, p. 50.

⁶²³ *Ibidem*.

delictivos, aluden a los elementos subjetivos de los mismos. Se debe probar que sabía; se debe probar que actuó en calidad de titular, que animó tenía. etc. Por excepción, no todos los tipos tienen elementos subjetivos específicos, solo algunos.

B. Genéricos. – La doctrina actual, coincide en considerar al dolo y la culpa, o Imprudencia este término, nos parece más adecuado. Las conductas dolosas son dirigidas por la voluntad contra la propia norma de prohibición, para atentar contra el bien jurídico de que se trate. Y las conductas imprudentes, se limitan a desconocer la norma de cuidado, lo que se considera que es diferente el desvalor de bien protegido y por eso los delitos imprudentes el legislador les impone la cuarta parte de la pena que los delitos dolosos, como regla general.

El dolo ha sido definido por numerosos e importantes autores. Según Francesco Carrara el dolo es la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley. Manzini define al dolo como la voluntad consciente y no coaccionada de ejecutar u omitir un hecho lesivo o peligroso para un interés legítimo de otro, del cual no se tiene la facultad de disposición conociendo o no que tal hecho está reprimido por la ley. Luis Jiménez de Asúa dice que el dolo es la producción del resultado típicamente antijurídico con la conciencia de que se está quebrantando el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre las manifestaciones humanas y el cambio en el mundo exterior, con la voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se requiere. En suma, puede decirse que el dolo es conocimiento y voluntad de realizar un delito o una conducta punible. El dolo está integrado entonces por dos elementos: un elemento cognitivo (conocimiento de realizar un delito), y un elemento volitivo (voluntad de realizar un delito o en pocas palabras significa: “El querer de la acción típica”).⁶²⁴

⁶²⁴ Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2ª ed., trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.

En las diversas escuelas penales modernas la discusión en relación con el dolo se ha escenificado sobre el alcance que se le da al elemento cognitivo del dolo y su ubicación sistemática.

Como ya lo habíamos adelantado en este capítulo al comentar la teoría causalista; neocausalista y el finalismo. Es así como para el causalismo el Dolo comprende el conocimiento de los hechos, esto es, el conocimiento del comportamiento que se está realizando, y el conocimiento de la antijuridicidad del hecho, es decir, el conocimiento de que el comportamiento que se está realizando se encuentra prohibido por el derecho penal. El dolo en el causalismo es concebido como un elemento o característica de la culpabilidad, categoría en la cual se evalúan la mayor parte de los aspectos subjetivos o psicológicos del hecho punible. Por el contrario, para el finalismo el elemento cognitivo del dolo sólo abarca el conocimiento de los hechos, valga decir, el conocimiento del comportamiento que se está realizando. El dolo en el finalismo es ubicado como un elemento de la tipicidad, conformando el denominado tipo subjetivo del delito doloso.

1.-. CLASES DE DOLO

a. Dolo directo Se produce cuando un sujeto se representa en su conciencia el hecho típico, es decir, el hecho constitutivo de delito. En el dolo directo el autor tiene el total control mental de querer y saber cuál es la conducta típica que se plantea realizar y la comete, independientemente de que aquella acción dé sus resultados esperados.

El dolo directo, puede considerarse como el propósito del autor o dolo de primer grado. Obrara con dolo directo quien quiere realizar una conducta con el objeto de provocar un resultado específico, ex ante, y efectivamente consigue el fin perseguido, ex post.⁶²⁵

⁶²⁵ Roxin, *ob, cit.*, p. 415.

b. Dolo indirecto Es aquel que se materializa cuando el sujeto se representa el hecho delictivo, pero no como un fin, sino como un hecho o efecto inevitable o necesario para actuar o desarrollar la conducta típica.

En el dolo indirecto el sujeto quiere realizar una conducta con un fin que quiere alcanzar, pero para conseguirlo tendrá que provocar necesariamente otros resultados que no quiere, pero que acepta y sigue adelante con su actuar, por eso al dolo indirecto se le conoce también como dolo de consecuencias necesaria, o dolo directo de segundo grado.⁶²⁶

c. Dolo eventual Es aquel que se produce cuando el sujeto se representa el hecho como posible, lejano, pero que podría llegar a ocurrir; no obstante, actúa aceptando dicha posibilidad.

En este dolo el sujeto sabe lo que está apareciendo a su alrededor, y quiere realizar la conducta que muy probablemente producirá un resultado, que no quiere, pero lo acepta, en el dolo eventual no hay certeza de la consecuencia, pero es muy probable que ocurra.

Para sostener que el resultado fue aceptado porque era muy probable que con la conducta desplegada se produjera, no solo saber si el sujeto activo tuvo la representación, si no también hacer una valoración desde la perspectiva ex ante, para lo cual el jurista debe colocarse hipotéticamente en la situación en que se encontraba el sujeto antes de realizar la conducta y conforme a un juicio de valoración de la persona común y corriente, determinar si el resultado se podía pronosticar como muy probable.⁶²⁷

⁶²⁶ Ídem.

⁶²⁷ Díaz, Aranda Enrique, *Teorías del dolo eventual*, Criminalis, México, No 2, año LXIII, mayo-agosto 1997, pp 47-64. Gimbert Ordeig, Enrique, *Acerca del dolo eventual*, en *Estudios de derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990 pp. 254 y ss. Par demostrar su teoría del dolo eventual Díaz Aranda en una conferencia en el auditorio lus Semoer Loquitur de la facultad de derecho, ponía el ejemplo del conductor de BMW, y decía que si no iba ebrio y manejo a esa velocidad en Reforma a esa hora, podía pronosticar que podría haber obstáculos que lo hicieran chocar y causar las lesiones y muertes que causo, entonces sería un delito doloso eventual y no culposos.

Igualmente, los doctrinarios, analizando el caso de la directora del Rébsamen, donde murieron 19 niños, por el temblor, argumentan que es un dolo eventual, y no homicidios culposos.

Nos sigue diciendo el Dr. Diaz Aranda, En el dolo eventual y en la culpa consciente se parte de una misma idea, en ningún caso se desea el resultado, y en ambos se reconoce la posibilidad de producirlo. De ahí que el grado de probabilidad de verificación del resultado es decisivo para sostener el dolo eventual cuando dicha probabilidad es alta y culpa e imprudencia cuando la probabilidad es mediana o baja., lo importante de determinarlo es la punibilidad que varía y que proceden diversos beneficios procesales.⁶²⁸

2. LA CULPA o IMPRUDENCIA se le denomina así en el funcionalismo. El tipo culposo individualiza una conducta, al igual que el doloso. La conducta no se concibe sin voluntad, y la voluntad no se concibe sin finalidad; la conducta que individualiza el tipo culposo tendrá una finalidad, al igual que la que individualiza el tipo doloso. Pero el tipo culposo no individualiza la conducta por la finalidad sino porque en la forma en que se obtiene esa finalidad se viola un deber de cuidado. La culpa puede darse de las siguientes formas:

- Imprudencia: Afrontar un riesgo de manera innecesaria pudiendo evitarse.
- Negligencia: Implica una falta de actividad que produce daño (no hacer).
- Impericia: Se presenta en aquellas actividades que para su desarrollo exigen conocimientos técnicos especiales.⁶²⁹

Desde la Teoría causalista se hablaba de la culpa con representación y culpa sin representación, recordemos que hablaban de la culpabilidad culposa.

Cabe señalar que, tanto a nivel federal, como local, solo algunos delitos pueden presentarse así con la llamada formula *numerus clausus*, que significa que solo los delitos enumerados en los preceptos legales pueden presentarse de manera culposa.⁶³⁰

Inobservancia de reglamentos: Implica dos cosas: que conociendo las normas estas sean vulneradas implicando imprudencia; o se desconozcan los reglamentos debiendo conocerse por obligación, implicando ello negligencia.

⁶²⁸ Diaz Aranda, *Lecciones de derecho penal*, ob cit pp. 117 y ss.

⁶²⁹ Artículo 9 del CPF.

⁶³⁰ Art 62 del CPF y artículo 76 del CPCDMX.

3. **Causas de atipicidad.** Las causas de atipicidad se dan en los supuestos en los que concurren unas determinadas circunstancias que suponen la exclusión de la tipicidad de la conducta, negando con ello su inclusión dentro del tipo penal.⁶³¹

A.-ERROR DE TIPO. Como cara negativa del dolo. El error de tipo en todos los casos elimina el dolo, restando sólo la posibilidad de considerar una eventual tipicidad culposa si se trata de un error vencible siempre que se encuentre prevista la estructura típica para el delito de que se trate, confusión propia del tipo delictivo.⁶³²

Es el *aspecto negativo del elemento intelectual del dolo*. Es la falla de la conciencia de los elementos del tipo penal, ya sea por error o ignorancia. Es el desconocimiento de las circunstancias objetivas del tipo. Este error tiene como efecto principal eliminar el dolo. Si el dolo es la voluntad de realizar el tipo objetivo con conocimiento de todos y cada uno de sus elementos, evidentemente el error que recae sobre el conocimiento de alguno de los componentes objetivos eliminará el dolo en todos los casos.

En efecto, el error de tipo se presenta bajo dos formas: a) invencible; b) vencible. En los dos casos se elimina el dolo, pero en el segundo de los supuestos deja subsistente la imprudencia, siempre y cuando se encuentre incriminado el tipo culposos.

El error de tipo será vencible cuando el sujeto, aplicando el cuidado debido, pueda salir del error en que se hallaba y, por ende, no realizar el tipo objetivo. En tal supuesto, si existe tipo culposos y se dan los demás requisitos de esa tipicidad, la conducta será típica por imprudencia, pero nunca por dolo. Cuando el agente, aplicando el cuidado debido, tampoco hubiese podido salir del error en que se hallaba, la acción no sólo será atípica del tipo doloso sino también de su eventual tipicidad culposos. En síntesis: el error de tipo excluye siempre la tipicidad dolosa sea vencible o invencible; siendo vencible puede haber tipicidad culposos si existe tipo

⁶³¹ Díaz, Arana, *Ibíd.*, p. 129.

⁶³² Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Hammurabi; Buenos Aires, 1999. También en: Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, presentación y notas de Percy García Caveró, Ara, Lima, 2004.

legal y si se dan los demás requisitos de esta estructura típica; y cuando sea invencible elimina también toda posibilidad de tipicidad culposa.

Roxin en su Teoría de la Imputación Objetiva, señala que en casos de error de prohibición, dada la situación en la que el sujeto conciba posible el hecho injusto de su actuar, es *su mente* dicha reflexión para causar en el un proceso racional que le lleve a detener su conducta, por lo que no serían aplicables los principios de error de prohibición puesto que se tiene conciencia de la antijuridicidad, así también, se deja completamente de lado el error invencible dejando muy cuestionada la utilización del error vencible.

Si la situación fáctica en la que se encuentra sometido el sujeto, sólo le permite escoger entre dos opciones que considera igualmente punibles, se le exigirá al sujeto que realice una ponderación de los bienes jurídicos en riesgo para acogerse a la opción que más se acomode conforme al derecho.⁶³³

Cuál es la relevancia del aspecto *subjetivo* en el concepto del delito para Roxin.

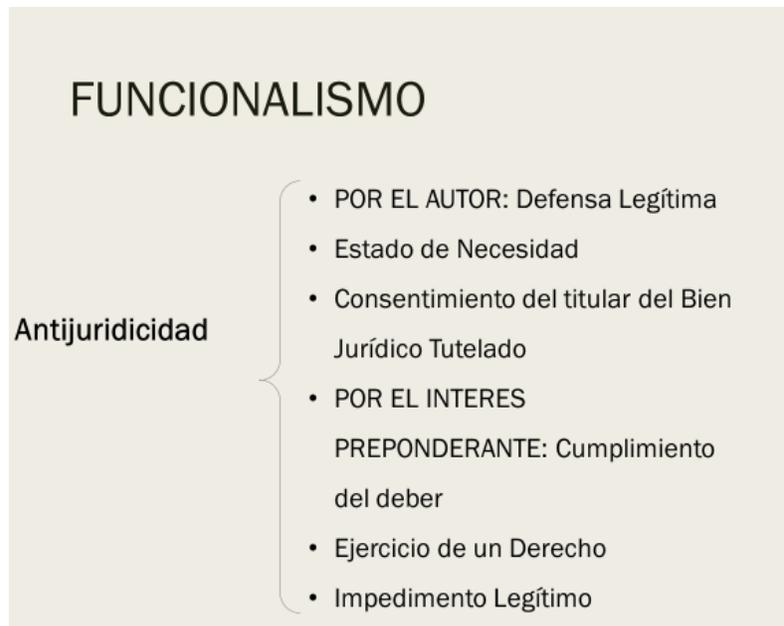
- En los delitos dolosos el autor se decide ir contra los bienes jurídicos protegidos
- Y en los culposos ejemplos en el tráfico diario, crea un riesgo, pero no se decide ir contra el bien jurídico, no en contra de la vida humana, bajo la premisa de que todo irá bien.

En otras palabras, para el funcionalismo, el Dolo ya no requiere la Voluntad, ni el conocimiento, Solo imputar dolo basado en elementos objetivos hay dolo si se ha visto la posibilidad de producción del resultado, es suficiente para el dolo. No se quiere que querer necesariamente el Resultado. Pero debe tomar una decisión que opte como correcta la realización del resultado.

Pasemos al análisis de la segunda categoría.

⁶³³

<https://www.studocu.com/es/document/universidad-cooperativa-de-colombia/derecho-penal/apuntes/imputacion-objetiva-exposicion/2577366/view>



II. ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE LICITUD

En el funcionalismo no se llaman causas de justificación porque no se justifican, optar mejor por el concepto causas de licitud, porque al realizarlas es lícito, y no ilícito su proceder.⁶³⁴

La antijuridicidad antes solo veía en el ámbito material, en el funcionalismo también en el ámbito subjetivo.

La antijuridicidad es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto. La antijuridicidad es un juicio de valor objetivo, en tanto se pronuncia sobre la conducta típica, a partir de un criterio general: el ordenamiento jurídico⁶³⁵

La adecuación de un acto a la descripción legal implica la violación de la norma prohibitiva o preceptiva implícita en la disposición penal. Pero esto no significa

⁶³⁴ Dr. Daza, Carlos, *Conferencia Dogmática Jurídica aplicada al Sistema Acusatorio*, su postura un grave error en el CNPP, le meten mucha dogmática en el código procesal. Art 405 estudio dogmático de exclusión del delito, en el Instituto de Formación Profesional de la PGJDF, 2 de marzo de 2018. CDMX

⁶³⁵ Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*. Parte general, 3ª ed. (trad. de la 12ª ed. alemana), Editorial Jurídica Chile, Santiago, 1987, pp. 76-77.

todavía que dicho acto sea antijurídico. Estando conformado el ordenamiento jurídico no sólo de prohibiciones y mandatos, sino también de preceptos permisivos, es posible que un acto típico no sea ilícito. La tipicidad es considerada el fundamento real y de validez *ratio essendi*, de la antijuricidad y el delito como un acto típicamente antijurídico. Sin embargo, se admite, como lo hacen los partidarios de la noción de *ratio cognoscendi*, que el acto puede ser justificado, por lo que no es ilícito a pesar de su tipicidad.⁶³⁶

La condición o presupuesto de la antijuridicidad es el tipo penal. El tipo penal es el elemento descriptivo del delito, la antijuridicidad es el elemento valorativo. Por ejemplo, el homicidio se castiga sólo si es antijurídico; si se justifica por un estado de necesidad como la legítima defensa no es delito, ya que esas conductas dejan de ser antijurídicas, aunque sean típicas.

El término antijuricidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico a diferencia de lo que sucede con otras categorías de la teoría del delito, la antijuricidad no es un concepto específico del derecho penal, sino un concepto unitario válido para todo el ordenamiento jurídico, aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo.⁶³⁷

En resumen. El ordenamiento jurídico está constituido por preceptos prohibitivos y preceptos permisivos. La violación de los primeros define una conducta típica, un indicio de antijuricidad. Es necesario establecer si la conducta típica realizada tiene una causa de justificación para determinar su antijuricidad. Es decir, si la acción típica se ha cometido en legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de órdenes, consentimiento, etc., entonces, la conducta siendo típica no es antijurídica y, por lo tanto, no hay delito.

⁶³⁶ Hurtado Pozo, José, *Manual de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2005, pp. 406-407.

⁶³⁷ Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 341.

Como lo sostiene Muñoz Conde, el derecho penal no crea la antijuridicidad, sino que selecciona, por medio de la tipicidad, una parte de los comportamientos que generalmente constituyen ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes, conminándolos con una pena. Normalmente la realización de un hecho típico genera la sospecha de que ese hecho es también antijurídico función indiciaria de la tipicidad, pero esta presunción puede ser desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación excluyente de la antijuridicidad. Si no concurre ninguna de estas causas, se afirma la antijuridicidad y el siguiente paso es entonces la constatación de la culpabilidad del autor de ese hecho típico y antijurídico.

De gran interés es la tesis desarrollada por Günther Jakobs, que distingue causas de justificación específicamente penales, que excluyen la antijuridicidad específicamente penal, pues reducen el contenido de ilícito por debajo del mínimo que exige el principio constitucional de proporcionalidad para legitimar una sanción penal: dada la gravedad de la sanción penal, es necesario que la conducta típica tenga un alto grado de ilicitud, pero esta intensidad no es necesaria en el derecho administrativo o civil. La consecuencia práctica sería una conducta penalmente justificada, que, sin embargo, no lo está en el ámbito civil, en el cual el deber de indemnizar el daño causado seguiría subsistente. *Frente a tales causas de justificación específicamente penal se deben distinguir, según la tesis de Günther Jakobs, las que tienen un carácter general porque extienden sus efectos a todo el ordenamiento jurídico, por ejemplo, la legítima defensa o el estado de necesidad*⁶³⁸.

Antijuridicidad y tipicidad: El tipo tiene carácter descriptivo, mientras que la antijuridicidad es valorativa. Para la escuela clásica, el delito es un acto contrario a la ley, esto es, atendía al elemento descriptivo de la infracción. Modernamente el delito viola la norma penal, no en sí la ley penal; por eso la conducta debe ser valorada ante la norma. De ahí que delitos iguales en su revestimiento son

⁶³⁸ Ibidem. Daza Gómez, "Carlos, el funcionalismo hoy", *revista del IJ UNAM*, 1999, biblio jurídicas, p.14, *unam.mx*

valorados de distinta manera. Por ejemplo, en dos homicidios, si uno de ellos es en legítima defensa deja de ser antijurídico.⁶³⁹

Para adentrarse en la concepción de la antijuridicidad es menester recordar que el orden jurídico se conforma de diversas leyes, como son las de carácter civil, laboral, y fiscal y penal. Cada una de estas leyes regulan una materia en particular, pero entre ellas debe existir una relación sistemática que evite formalmente la contradicción de los principios. De ahí que la valoración de un hecho puede realizarse conforme a una rama del derecho y posteriormente, conforme a todo el orden jurídico. La valoración es sobre la conducta desarrollada del sujeto valoración objetiva, se valora el impulso volitivo no el contenido de la voluntad, esta última es valorada subjetivamente dentro la culpabilidad.

A. Clases de Antijuridicidad

Para Welzel la Antijuridicidad es la contradicción de la conducta típica con la totalidad del ordenamiento jurídico.⁶⁴⁰

El Doctor López Betancourt afirma que la antijuridicidad se ha considerado como el choque de la conducta con el orden jurídico, el cual tiene además del orden normativo, los preceptos permisivos.

Para Muñoz Conde Antijuridicidad es la constatación de que el hecho producido es contrario a derecho., injusto o ilícito.⁶⁴¹

1. Antijuridicidad formal y material

LA *ANTI JURIDICIDAD FORMAL* es la violación de la norma penal establecida en el supuesto hipotético de la ley penal que no encuentra amparo en una causa de justificación de las que el Código Penal expresamente recoge. Por ejemplo: el

⁶³⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl / Alagia, Alejandro / Slokar, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 465. Ver Peña González Oscar y Almanza Altamirano Frank, *Teoría del delito, Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, ob cit pp. 187 y ss.

⁶⁴⁰ Welzel, Hans, *El Nuevo sistema del derecho Penal*, 4ª edición, traducción Cerezo Mir, J, Ariel, 1964

⁶⁴¹ Muñoz Conde, *Teoría Gral. del derecho*, p. 83.

estado de necesidad, la legítima defensa.

La antijuridicidad formal, exige para estimar como delito a una conducta, que esta infrinja una norma estatal, un mandato o una prohibición del orden jurídico.⁶⁴²

Para Mir Puig. Antijuridicidad formal significa una relación de contradicción de un hecho con el derecho.⁶⁴³

ANTI JURIDICIDAD MATERIAL. La antijuridicidad material implica que la conducta típica, genere una lesión o puesta en peligro, del bien fundamental para la vida en sociedad.

Esa lesión al bien jurídico se considera antijurídica cuando se realizó en tales circunstancias que no solo es valorada socialmente como nociva, sino también como injustificada, y por ello también es injusta.⁶⁴⁴

Para el Dr. Betancourt la antijuridicidad material se ha concebido como lo socialmente dañoso, la pena no tiene otra medida, que la del peligro que el sujeto representa para la sociedad.⁶⁴⁵

La *antijuridicidad material* es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico por una conducta antisocial y dañosa, aunque no siempre tipificada en los códigos penales. Por ejemplo, la mendicidad que es un peligro porque puede generar robos. El ordenamiento jurídico penal, se guía por el principio de antijuridicidad formal.

Doctrinalmente se discute si la antijuridicidad tiene carácter objetivo o subjetivo, se sigue la teoría de que la antijuridicidad es objetiva porque es una oposición entre la conducta humana y las reglas del derecho positivo, estas dos últimas son objetivas. La antijuridicidad es un juicio de valor, determina si la acción que se realizó es valiosa o no para el derecho. Se dice que es objetivo por el objeto valorado, el bien jurídico protegido, y es antijuridicidad subjetiva, porque el injusto es diferente para cada sujeto.

⁶⁴² López Betancourt, ob. cit., p. 35.

⁶⁴³ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, parte General, Promociones y publicaciones Universitarias*, Barcelona, 1984, p. 101.

⁶⁴⁴ Muñoz Conde, Ídem

⁶⁴⁵ ídem

Nos dice Roxin. Si la conducta típica y antijurídica es aquella que no solo está prohibida por el derecho penal, sino además contraviene a todo el sistema jurídico en su conjunto, entonces podemos sostener que formalmente estamos ante un injusto.⁶⁴⁶

En la moderna teoría del delito se emplea la expresión del Injusto, para calificar aquellas acciones antijurídicas subsumibles, como típicas, en el supuesto de hecho de una norma penal y también para delimitar el comportamiento típicamente relevante sobre el que ha de recaer el juicio de antijuridicidad, afirma el Doctor Daza.⁶⁴⁷

Nos comenta, Díaz Aranda, que por el contrario existen situaciones en las cuales se plantea un conflicto, entre la preservación de bienes fundamentales para la sociedad y la realización de una conducta prohibida que lo lesionará, pero las circunstancias que rodean al hecho hacen percibir a la sociedad que esa conducta debe justificarse o exculparse excepcionalmente.⁶⁴⁸

B. Causas de Licitud – causas de exclusión del injusto⁶⁴⁹

Por cuestiones de política criminal, el legislador emite normas que por decirlo así permiten realizar la conducta típica antijurídica pero excluyen la responsabilidad, la teoría clásica y finalista le llaman elemento negativo de la antijuridicidad, las causas de justificación, en la teoría funcionalista le llaman Causas de Licitud, como afirma el maestro Daza; Pensamos que las causas de justificación, son causas de licitud, pues quien actúa en defensa necesaria, estado de necesidad, lo que está haciendo es realizar un hecho típico, es decir, hace uso de su derecho para obrar.⁶⁵⁰

⁶⁴⁶ Ver Roxin, *Derecho penal*, ob. cit., pp. 557 y ss.

⁶⁴⁷ Daza, Gómez C, *Teoría General*, ob. Cit., p. 114.

⁶⁴⁸ Art.15 fracción IV párrafo segundo CPF, este mes de octubre en la Cámara de Senadores el partido Morena presentaron otra iniciativa Que no se considera exceso en la legítima defensa en circunstancias de confusión miedo o terror, http://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/83837

⁶⁴⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl et al., *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 465.

⁶⁵⁰ Ibidem Daza, p. 117.

Límite de la antijuridicidad: Si decimos que la antijuridicidad es la conducta humana contraria al ordenamiento jurídico, tendríamos con esta afirmación una antijuridicidad genérica. Para delimitar se apela al tipo, con lo que se tiene una antijuridicidad específicamente penal. Las causas de justificación son llamadas también eximentes o causas de exclusión de lo injusto. Son situaciones que, admitidas por el propio derecho penal, eliminan la antijuridicidad de un acto voluntario que no se adecua en un tipo de delito y lo toman jurídicamente lícito. Es decir, las acciones hacen en tipicidad el acto se subsume al tipo, pero no en antijuridicidad, donde el comportamiento es justo. Estas situaciones que hacen perder la antijuridicidad a la acción típica tienen origen en un estado de necesidad como es la legítima defensa, o el ejercicio de un derecho, oficio o cargo, o cumplimiento de la ley o un deber.

3. Fundamentos admitidos en la antijuridicidad.

Proveniente de la especial situación del autor y del bien jurídico en el momento de la acción estos son: 1. Defensa Necesaria, 2. Estado de Necesidad y 3. Consentimiento del Ofendido y otros en relación al Principio del Interés Preponderante: Cuando el interés o bien jurídicamente protegido tiene que ser sacrificado ante otro mayor. En este caso se aplica el principio del interés preponderante son: 4.- *Obrar en Cumplimiento de su Deber.*

5.- *O en Ejercicio de un Derecho.* Principio de ausencia de interés: Se aplica este principio cuando el tutelaje del derecho ha desaparecido. Existe este principio cuando el sujeto pasivo consciente sufrir consecuencias.

1. Defensa Legítima. - Nos explica ampliamente Luzón Peña; situación de estado de necesidad que consiste en la repulsa (repeler) de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla. Para quien actúa de esta manera los códigos penales declaran la inexistencia de penalidad por estar exento de responsabilidad. En Roma era lícito responder

a la violencia con violencia. Modernamente se admiten más bienes jurídicos que pueden estar protegidos por defensa legítima o necesaria.

Es sustitutivo de la defensa pública. Para los clásicos, el fundamento se encuentra en la imposibilidad del Estado para defender el derecho agredido en ese momento. La defensa privada suplanta a la defensa pública del Estado. Tiene que carecer de propósitos antisociales. Para los positivistas, el fundamento está en la ausencia de propósitos antisociales por parte del que se defiende. Modernamente se fundamenta en tres razones: a) El instinto de conservación; b) El agredido preserva la vigencia del derecho en momentos en que el Estado no puede hacerlo; y c) El agredido tiene intereses y derechos legítimos que defender y proteger.

Requisito para que se acredite:

Agresión ilegítima. - Es decir, debe ser contraria al derecho, además de injusta. Sin embargo, no es admisible contra actos legítimos.

La agresión ilegítima supone: Agresión: es decir, conducta ofensiva que lesione o ponga en peligro un interés del ofendido. Reacción: que sea una reacción ante una agresión, no una acción. ejemplo el delincuente que, en flagrancia, responde una agresión, no puede alegar legítima defensa porque la ley permite su captura por quien lo haya visto.

Agresión positiva o negativa: la agresión debe ser positiva como golpes, o negativa instalarse en casa ajena.

Actualidad e inevitabilidad de la agresión. La actualidad se refiere a que la agresión ha comenzado a producirse. No puede reaccionar tarde. La inevitabilidad se refiere a que no hay otro recurso para evitar la agresión. *ejemplo No existe legítima defensa cuando el agresor está forzando la puerta y el dueño de casa no avisa a la policía, pudiendo hacerlo, porque hay al menos un tiempo prudente para hacerlo.*

Necesidad racional del medio empleado. La determinación de la necesidad es subjetiva, debe apreciarla el agredido, es decir, si no hay otro medio para evitar la violación del derecho ejemplo. Si puede llamar a la autoridad, debe hacerlo; si puede huir, debe hacerlo, aunque este último acto sería muy difícil

para una persona con muletas. Es subjetivo el ejemplo de mujer a la que van a violar y mata en un puente peatonal, es algo muy subjetivo. La proporcionalidad racional entre agresor y agredido debe ser apreciado para el hecho concreto.

Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. El que es agredido no debe haber provocado la agresión. Si es así, es “pretexto de legítima defensa”.⁶⁵¹

2. Estado de Necesidad.

El estado de necesidad, para algunos autores, tiene doble ubicación sistemática: es causa de justificación también es causa de inculpabilidad de la conducta. Tiene esta doble ubicación porque subsana la inconveniencia de mantener a priori una clasificación de las causas de justificación y causa de inculpabilidad. La determinación de su naturaleza queda librada a la jurisprudencia o a la doctrina.⁶⁵²

Estado de necesidad es toda situación de peligro actual de los intereses jurídicos protegidos por el derecho, en el que no queda otro remedio que la violación de los intereses de otra persona. Por ejemplo, la legítima defensa, miedo insuperable, etc. Algunos códigos penales, como el Suizo, señalan que el estado de necesidad es una causa de inculpabilidad. Para CDMX, artículo 29 B-II el Estado de necesidad justificante es una causa de justificación y el estado de necesidad disculpante es una causa de inculpabilidad 29-C-I.

- Elementos

Elemento subjetivo. La conciencia de infringir un deber o causar otro mal para salvar otro. Ejemplo, robar un pan para no morir de hambre.

⁶⁵¹ Luzón, Peña, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Madrid, 1978.

⁶⁵² Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Hammurabi; Buenos Aires, 1999. También en: Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal. Parte general, presentación y notas de Percy García Caverro*, Ara, Lima, 2004.

Elemento objetivo. Que es causar un mal sin tener la obligación de afrontar un peligro. Hurtar tratando siempre que el dueño no se dé cuenta.

Ratio essendi. La razón de esta causa de justificación es que constituye un estado no provocado por uno mismo. Establece una colisión de valores humanos superiores.

Fundamentos, conflicto de intereses y falta de peligrosidad Objetivamente la teoría de la colisión de intereses dice que el fundamento del *estado de necesidad* está en el conflicto de intereses o bienes de diferente valor. En este caso, es aceptable y no es antijurídico el sacrificar el de menor valor. Además, el estado de necesidad deja de ser antijurídico porque el autor no tiene la intención de cometer el delito, sino que lo realiza para salvar otro bien o interés de mayor valor. No hay peligrosidad por parte del autor. ¿Qué sucede si los dos bienes en conflicto tienen el mismo valor? En caso de que sean iguales los valores, la mayoría de los autores dice que esto se debe resolver en base a la casualidad.

Ejemplo En un incendio en una sala de cine, todos atropellan para ganar las puertas.

Requisitos: Que el acto sea actual e inevitable. Que no provenga voluntariamente del sujeto activo. El sujeto activo no debe tener obligaciones profesionales de afrontar el peligro. Por ejemplo, un bombero sí debe sacrificarse para salvar otras vidas.

Estado de Necesidad llamado Justificante está dentro de las Causas de licitud, porque lesiona un bien de menor valor. Es decir - El agente obra por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de menor valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.⁶⁵³

⁶⁵³ Ver art 15 fracción V, CPF ART 29 apartado B fracción II CPCDMX

3. Consentimiento del titular del Bien Jurídico Tutelado

Otra causa de licitud. Los códigos no consideran el consentimiento del ofendido como causa de justificación, aunque ello signifique ausencia de interés, por eso el Código Penal sanciona como delitos los hechos que se realizan con el consentimiento de la víctima, ejemplo el llamado homicidio eugenésico del artículo 127 del CPCDMX o genérico artículo 29 apartado A fracción IV de CPCDMX y 15 fracción III CPF lo consideran como Atipicidad,⁶⁵⁴ pero la doctrina dice que el consentimiento tiene plena eficacia porque en ellos el legislador quiere proteger, única y exclusivamente la libre disposición del titular de un bien jurídico y evitar las conductas que atentan contra su voluntad, sin importar el objeto de este.⁶⁵⁵

Requisitos. Que sea un bien disponible, el bien jurídico tutelado en los delitos patrimoniales y en los sexuales es un bien disponible, pero en los delitos contra la vida no lo es.

El consentimiento tiene plena eficacia, porque en ello el legislador quiere, proteger única y exclusivamente, la libre disposición del titular de un bien jurídico y evitar aquellas conductas que atentan contra su voluntad, sin importar el sujeto en sí mismo.⁶⁵⁶

En síntesis, Para que el consentimiento tenga efectos como causa de licitud, debe ser libre su emisión, sin coacción de ninguna clase, con conciencia del alcance de la decisión, y un bien jurídico disponible, si no nó se acredita la causa de licitud.

⁶⁵⁴ Art 29-A fracción IV.- (Atipicidad por consentimiento disponibilidad de bien jurídico). Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos: 10 a) Que se trate de un bien jurídico disponible; b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento

⁶⁵⁵ Díaz Aranda E, *Lecciones de derecho*, ob. cit. p. 157, ver Mir Puig, *Derecho Penal*, ob. cit., pp. 556-557; Luzón, *Causas de justificación y de atipicidad*, en *Derecho Penal*, Madrid, 1995.

⁶⁵⁶ Mir Puig, *Derecho Penal*, ob cit., p. 556.

4. Cumplimiento del deber⁶⁵⁷.- Si un ordenamiento jurídico, establece un deber de actuar o de omitir respecto a un sujeto o grupo de sujetos, incluso lesionando con los bienes jurídicos penalmente protegidos, es claro que debe propinar el cumplimiento de ese deber, sobre la evitación del daño sobre esos bienes. Los límites de la actuación justificada no lo establecen el legislador, ya que solo señala tanto en el CPF Y CPCDMX artículos respectivamente el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho de manera genérica.⁶⁵⁸

La lógica y la razón señalan que debe ser un deber legal oportuno y proporcional, racional, esta hipótesis, se presenta generalmente tratándose de servidores públicos en materia de seguridad pública, o ejército, armada. Fuerza aérea o Guardia Nacional, pero la ley no limita que sea solo para estos aplicables para cualquier persona.

5. Ejercicio de un Derecho. Está exento de responsabilidad el que en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, cumplimiento de un deber o la ley, vulnere un bien jurídico. Igual los Códigos no son muy específicos.⁶⁵⁹

Ejemplo clásico es el Tratamiento médico quirúrgico. Es la modificación del organismo ajeno, ejecutado según las normas de la ciencia, para mejorar la salud física o psicológica de la persona o la belleza humana. Aquí hay consentimiento del paciente a ser operado y por otro lado estamos ante un ejercicio profesional autorizado por el Estado. El daño que causó el médico sólo será punible si procedió con dolo o culpa. El primero es raro, el segundo es común, ya que el médico puede

⁶⁵⁷ Ver Cerezo Mir, La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, Madrid, 1987

⁶⁵⁸ Art 29 B fracción III.- (Cumplimiento de un deber). - El agente realice una acción o una omisión atendiendo a su deber jurídico, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo; y 15 fracción VI- La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber.

⁶⁵⁹ CPF art 15 fracción VI La acción o la omisión se realicen en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro; CPCDMX Art 29 B fracción IV.- (Ejercicio de un derecho). - Cuando el agente realice una acción o una omisión atendiendo a su derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para ejercerlo

proceder con negligencia o impericia.⁶⁶⁰ Otro ejemplo doctrinal es muerte y lesiones deportivas. No es punible porque el Estado fomenta el deporte.

Y otro ejemplo es el actuario que entra a un domicilio, para una diligencia de embargo, o los policías en un cateo., no se da allanamiento de morada. Es punible solo cuando es la causa antirreglamentariamente deben cumplir con los reglamentos, los códigos.

III. Tercera Categoría: IMPUTACIÓN PERSONAL



Culpabilidad + Necesidad preventiva = Responsabilidad

Recordemos que el concepto de culpabilidad ha venido evolucionando, en las teorías, primero se hablaba del concepto psicológico de la culpabilidad, posteriormente del concepto normativo de la culpabilidad.

⁶⁶⁰ Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2ª ed., trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.

En el causalismo se consideraba la concepción antigua la entendía como La capacidad de entender y querer el hecho., nos dice Berdugo esas es una cuestión ya resuelta a estas alturas.

Ahora para atribuir el calificativo de culpable al autor de un delito, debemos estar en condiciones de comprobar que obra con suficiente motivación por la norma que ha sido vulnerada, hay que determinar si dicho sujeto poseía en el momento de cometer el hecho, capacidad psíquica suficiente para verse motivado por la norma. De ahí que se defina la imputabilidad como La suficiente capacidad de motivación del autor por la norma penal, si estaba en capacidad de comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión. Esta comprensión se debe presumir, en cuanto que no sea certificada alguna causa que la excluya. La ley determina las causas de inimputabilidad, y en tal caso no merece una pena, sino una medida de seguridad para neutralizar en lo posible su peligrosidad, cuando exista.⁶⁶¹

La culpabilidad en la teoría funcionalista se sustenta en el reproche que se le hace a quien participo en el injusto, dado que pudiéndose comportar conforme a derecho, decidió contravenirlo, se trata de un juicio personalísimo Para realizar juicio de culpabilidad, se deben considerar los factores que previamente condicionaron al autor del injusto, para determinar en qué medida podía ser motivado por el orden jurídico para evitar contravenirlo.⁶⁶²

Es decir, la Culpabilidad aporta el segundo y principal componente de su medida, la participación subjetiva del autor en el hecho aislado. En otras palabras, ajusta la pena a *lo que el hombre hizo y no a lo que el hombre es*, apartando así el peligroso derecho penal de autor.

El fundamento material de la culpabilidad hay que buscarlo en la función motivadora de la norma penal. La norma penal se dirige a individuos capaces de motivarse en su comportamiento por los mandatos normativos. Por lo que, la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas es, según creo, la facultad humana fundamental que, unida a otras inteligencias, afectividad, etc. permite la atribución

⁶⁶¹ Berdugo Gómez, *ob. cit.*, pp. 247 y ss.

⁶⁶² Diaz Aranda, *Lecciones, ob. cit.*, p. 205.

de una acción a un sujeto y, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por la acción por él cometida.⁶⁶³

Como ya sabemos, la culpabilidad en la teoría funcionalista surge a mediados de la década de los sesenta al aparecer una nueva corriente en Alemania que empieza a negar la relación libre albedrío-reproche-retribución como coordenadas de la culpabilidad capaces de servir de enlace entre lo injusto y la pena, y se basa la culpabilidad en consideraciones político-criminales, reconociéndose dos modelos de estructuras de culpabilidad.

Un modelo complementario entre las necesidades preventivas del Estado y el concepto de culpabilidad, donde este último limita a la primera Roxin y el esquema donde se reemplaza a la culpabilidad, pues la prevención se limita a sí misma para Jakob.

Roxin ya no le llama culpabilidad, si no RESPONSABILIDAD,⁶⁶⁴ es decir examina si el autor de una conducta antijurídica es merecedor de una pena.

Jacobs, define a la culpabilidad como una regulación según la exigencia del fin de la pena, para una sociedad con una precisa constitución.⁶⁶⁵

Para el funcionalismo la responsabilidad penal depende de dos datos que deben añadirse al injusto: la culpabilidad del sujeto y la necesidad preventiva de sanción penal, que hay que deducir de la ley.

Señala Roxin que el sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico-penal pese a que todavía le podía alcanzar el efecto de la llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a derecho.⁶⁶⁶ Concluyentemente: Sí la pena es la Respuesta a una conducta

⁶⁶³ Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 404-405.

⁶⁶⁴ Roxin, Claus, *Política criminal y sistema de derecho penal*, ob cit, p. 15.

⁶⁶⁵ Citado por Donna Edgardo, *Teoría del delito y de la pena*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 197.

⁶⁶⁶ Ver Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, 2ª ed., Civitas, Madrid.

culpable, la indemostrabilidad de la culpabilidad lleva consigo la supresión de la pena.⁶⁶⁷

Roxin cambia el término de culpabilidad, por el de Responsabilidad, lo que responde al punto de vista político criminal a la necesidad penal de sancionar el caso concreto.

Y Jacobs está dentro de los juristas que consideran la culpabilidad como un concepto funcional y desde la perspectiva utilitarista, teniendo como fundamento la prevención general positiva.

Jacobs sostiene que para determinar la culpabilidad se debe establecer como la precisión social puede ser atribuída o cargada a la culpabilidad del autor, como molestias tanto de la sociedad como de terceros, por el hecho de vivir en sociedad, la forma de definir la culpabilidad depende de cada sistema social.

De ahí que Jakobs afirme que el principio de culpabilidad aparece como derivado de la prevención general.⁶⁶⁸ El derecho penal no acepta ninguna culpabilidad antes de él, sino que lo construye.

Para Bustos Ramírez lo explica muy fácil. La culpabilidad es responsabilidad, pero con una dimensión mucho más profunda. Entiende que cuando se plantea la responsabilidad, es de considerar a la de la sociedad, sea por el papel que esta ha designado en un sujeto responsable como por los diferentes controles que le ha impuesto.

En este sentido, la conciencia del hombre surge por su relación social; entonces la sociedad responde también por esa conciencia lograda por el hombre. La conciencia no es primeramente una cuestión psíquica sino histórico-social; es el proceso histórico-social el que determina, en relación con la psiquis del individuo, su conciencia.

⁶⁶⁷ Roxin, *Culpabilidad y Prevención en derecho penal*, traducción de Muñoz Conde, F, Madrid, editorial Reus, 1981, p. 41.

⁶⁶⁸ Zaffaroni, Raúl, *La culpabilidad en el Siglo XXI, hacia el derecho penal del nuevo milenio*, México, INACIPE, 1993, pp. 287-317.

Responsabilidad implica que el hombre es actor, esto es, que desempeña un papel y, por tanto, alcanza conciencia de él; pero como actor está dentro de un drama, de una relación social, y su conciencia está determinada por ella específicamente y por los controles sociales ejercidos sobre ella.

Bustos considera que el límite de la reacción social que se ejerce sobre el sujeto se halla en su conciencia, pero dado que esta se determina socialmente, también la sociedad toda responderá sobre ello.

Así mismo plantea que lo que importa es la persona responsable frente al sistema penal-criminal, es decir, que esta pueda responder frente a las tareas concretas que le exige el sistema. Por ello, considera que responsabilidad implica exigibilidad.

Responsabilidad y exigibilidad son dos términos indisolublemente unidos. El Estado no puede exigir si no ha proporcionado o no se dan las condiciones necesarias para que la persona pueda asumir una tarea determinada por los demás y que es exigida también por el sistema. La visión de la culpabilidad como exigibilidad consiste no en la capacidad del sujeto para dar una respuesta determinada, sino de la capacidad del Estado para exigir esa respuesta.⁶⁶⁹

La responsabilidad del sujeto conlleva a tres condiciones: primero, la exigibilidad sistémica o inimputabilidad; segundo, la exigibilidad de la conciencia del injusto; tercero, la exigibilidad de la conducta.

Para Berdugo de la Torre et al, en conclusión, la nueva concepción dialéctica de la culpabilidad se materializa en la idea de la suficiente motivación normativa del autor del hecho antijurídico. En torno a ella se puede distribuir analíticamente los distintos elementos de la Culpabilidad la Responsabilidad personal, que son

- A) Imputabilidad. - La capacidad del sujeto para verse motivado.
- B) Conciencia de la Antijuridicidad. -Conocimiento que tuviera de la prohibición penal

⁶⁶⁹ Bustos, Ramírez, Juan, Hormazábal Malarée, Hernán, *Nuevo Sistema de derecho penal*, edit. Trotta, Madrid 2004, pp. 144

C) Exigibilidad de una conducta diferente. - Puede ser que el sujeto sí tenía capacidad y si conocía la prohibición, pero por otros motivos la motivación normativa es neutralizada.⁶⁷⁰

En palabras simples y llanas *la culpabilidad es imputación personal*, en virtud de que la situación en que se encuentra una persona imputable y responsable, que pudiendo haberse conducido de una manera no lo hizo, por lo cual el juez le declara merecedor de una pena.

Desglosemos las subcategorías de la Imputación personal,⁶⁷¹

A. IMPUTABILIDAD capacidad de culpabilidad

1. El autor debe ser capaz de comprender su acto
2. Debe poderse motivar con la norma y actuar conforme a derecho.

B. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA IMPUTABILIDAD

1. Minoría de edad.⁶⁷²

En nuestro sistema penal son imputables los mayores de edad y las personas que tienen la capacidad física y mental para cometer la conducta ilícita.

Todo un tema aparte es la responsabilidad de los adolescentes en conflicto con la ley, como se les llama desde las reformas de 2005, al artículo 18 Constitucional, donde está el fundamento de este, además recordemos que conforme a los

⁶⁷⁰ Berdugo Gómez de la Torre et al. *ob. cit.*, pp. 244-245. Ver García Aran, *Culpabilidad, legitimización y proceso*, en A.D.P.C.P, 1988.

Muñoz Conde, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, en Mir, *Derecho Penal y ciencias sociales*, Barcelona, 1982, Torio López, *El Concepto Individual de Culpabilidad*, en A.D.P.C.P, 1985.

⁶⁷¹ Ver, Daza, *Teoría*, *ob. cit.*, p. 183.

⁶⁷² Ese es todo un tema para otra tesis, pero cabe mencionar que desde 2005, se reformó el artículo 18 Constitucional, que es el fundamento entre otros aspectos del llamado Sistema de Justicia para adolescentes en conflicto con la ley. Con la Ley nacional, se aplica en el ámbito federal y local, abrogaron las leyes locales en la materia. Cabe resaltar que es basada en el interés superior del niño, y que prevé mediación y procesos restaurativos.

Tratados Internacionales firmados por México, es que no puede a nivel federal ni estatal, estipularse que los menores de 18 años son imputables, y responsables acreedores a una pena, solamente a medidas de seguridad, orientadoras, hasta el tratamiento en internamiento que no puede ser mayor a 5 años, aunque cometan un delito atroz.⁶⁷³

Nuestro Maestro López Betancourt opina que los menores de edad sí son imputables, excluyendo a los infantes que no son disciernen el alcance de sus actos. *Es un error considerarlos inimputables*, como a las personas que sufren enajenación mental permanente, lo que ocurre es que se someten a un régimen diverso, al igual que los militares, solo que aquel se aplica a los menores de edad.⁶⁷⁴ Coincido con la opinión del Doctor, máxime que existe todo un sistema de Justicia para adolescentes en conflicto con la ley. Leer nota a pie de página y en el siglo XXI, a los jóvenes debemos implementarle políticas criminológicas, para que funcione la prevención del delito.

2. Las alteraciones o anomalías psíquicas en general Psicosis, oligofrenias, psicopatías, neurosis, entre muchas otras.

3.-Trastorno mental permanente impide el reproche al sujeto porque no tiene la capacidad mental para comprender la trascendencia de su acto, de ahí que no se le ponga una pena de prisión, porque no va a resocializar, se le aplican medidas de seguridad en el CEVARAPSI⁶⁷⁵ o femenino.

Un psiquiatra especialista es el que va a dictaminar este grado de trastorno, y para ellos no se le aplican penas, si no igual medidas de seguridad, después de que se acredite que cometieron el injusto, la simple peligrosidad del sujeto no puede

⁶⁷³ Ver D.O. F, de fecha 12 de diciembre de 2005, donde se publicó la reforma al 18 Constitucional para crear el Sistema de Justicia para personas mayores de 12 años y menores de 18 que cometan un hecho considerado como delito por la ley y Consultar Decreto por el que se expide la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes. publicado en DOF 16-06-2016

⁶⁷⁴ López Betancourt, E, ob, cit, p. 25.

⁶⁷⁵ Se sugiere ver Ciudad de México, a 30 de septiembre de 2017. Informe especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre personas mayores en los centros penitenciarios de la república mexicana.

sustentar su aplicación, aunque la mayoría de la doctrina sobre todo italiana, identifican las medidas de seguridad con la peligrosidad.⁶⁷⁶

El Trastorno mental transitorio, solo excluye la imputabilidad, cuando se anula la comprensión momentáneamente, por causas ajenas a su decisión.⁶⁷⁷

Para Diaz Aranda, entraría en este rubro el miedo grave y el temor fundado.⁶⁷⁸

4.-Las acciones liberae in cause.⁶⁷⁹

Las acciones libres en su causa, se refiere a las acciones que realiza el sujeto imputado, que en estado de conciencia, decide ponerse en estado de inconciencia para cometer un hecho ilícito, la gran discusión ha sido si un borracho es

⁶⁷⁶ Ver Rodríguez Manzanera L, *Penología*, México, Porrúa, 2015, pp. 113-143 Ruiz Funes Mariano, *Estudios criminológicos*, Cuba, Jesús Montero Editor, 1952 pp. 182 y ss. Castellanos Tena ob cit pp. 309 y ss.

⁶⁷⁷ Estas hipótesis de excluyentes de responsabilidad penal las prevé tanto el CPF art 15 VII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible. Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código. Artículo 69.- En ningún caso la medida de tratamiento impuesta por el juez penal excederá de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito, como el CPCDMX art 29 fracción. en artículo 29 apartado C Causas de Inculpabilidad Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado. Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 que a la letra dice Artículo 65 (Tratamiento para imputables disminuidos). Si la capacidad del autor sólo se encuentra considerablemente disminuida, por desarrollo intelectual retardado o por trastorno mental, a juicio del juzgador se le impondrá de una cuarta parte de la mínima hasta la mitad de la máxima de las penas aplicables para el delito cometido o las medidas de seguridad correspondientes, o bien ambas, tomando en cuenta el grado de inimputabilidad, conforme a un certificado médico apoyado en los dictámenes emitidos por cuando menos dos peritos en la materia.

⁶⁷⁸ Diaz, Aranda E., *Lecciones*, ob cit, pp. 220-221

⁶⁷⁹ Cabe señalar que en el Código penal Español, la ingestión genérica de drogas es una atenuante, y si están bajo el síndrome de abstinencia, disculpante artículo 20.2 CPE:

responsable de lo que hace o no, a priori digo que sí, la discusión desde la antigüedad era de ebrios, pero ahora y cada día es más común que sean drogadictos farmacodependientes o consumidores los que cometan un ilícito penal. En nuestro sistema jurídico penal sí son responsables y no solo eso se agrava la punibilidad. Ejemplo el homicidio culposo con motivo del tránsito de vehículos si la persona va bajo estado de ebriedad o drogado se agrava. Otra consecuencia importante es que el artículo del CPCDMX, prevé una excusa absolutoria en el delito de homicidio culposo con motivo del tránsito de vehículos si muere un familiar o amigo, pero sí van bajo el estado de ebriedad o drogados no aplica esta excluyente.⁶⁸⁰

En la doctrina, Maurach dice que *las acciones liberae in cause* es una acción cuya causa decisiva es interpuesta por el sujeto en estado de inimputabilidad produciéndose el resultado típico en un momento de inimputabilidad.⁶⁸¹

Para el doctor López Betancourt, Las *acciones liberae in cause* se presentarán cuando el sujeto con capacidad de ser imputable, deliberadamente se coloca en forma dolosa o culposa en un estado de inimputabilidad, para cometer algún delito situación que de ninguna manera podrá tomarse como causa de inimputabilidad.⁶⁸²

Para Muñoz Conde considera imputable al sujeto que al tiempo de cometer sus actos no lo era, pero si lo era en el momento en que ideó cometerlos o puso en marcha el proceso causal que desembocó en la acción típica.⁶⁸³

Y en este tema Roxin afirma que en el momento de la comisión del delito su autor es incapaz de culpabilidad, pero en un momento anterior cuando no se encontraba en ese estado, produjo culpablemente su propia incapacidad de culpabilidad según que haya actuado en relación con el resultado producido dolosa o imprudentemente,⁶⁸⁴ sin embargo se discute la fundamentación jurídica de estas *acciones liberae in cause*. Solo hay argumentos doctrinales y en el CPCDMX

⁶⁸⁰ Ver CPCDMX artículos 140 fracción III y 139 para el segundo caso.

⁶⁸¹ Maurach, Reinhard, *Tratado de derecho penal*, tomo II, Barcelona, ediciones Ariel, 1962, p. 113.

⁶⁸² López Betancourt, *ob. cit.*, p. 154

⁶⁸³ Muñoz Conde, *Teoría General del Delito*, Bogotá, edit. Temis, 1990, p. 140.

⁶⁸⁴ Roxin, Claus, *observaciones sobre la actio in cause*, traducido por Muñoz Conde, ADPCP, 1968, pp. 21-22.

expresamente lo señala como causa de inculpabilidad las acciones *liberae in cause*.⁶⁸⁵

C. LA CONCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD. La culpabilidad se estructura sobre la base de la motivación normativa del sujeto responsable de un hecho antijurídico, otro de los elementos de la culpabilidad, junto con la imputabilidad y la exigibilidad de un comportamiento diferente, es el conocimiento de que el sujeto posee de la prohibición, esto es *la conciencia de la antijuridicidad*. Se trata de un requisito indispensable, porque solo puede motivarse quien conoce la prohibición que pesa sobre su comportamiento.⁶⁸⁶

Al analizar el dolo eventual, decíamos que se requiere un conocimiento profano, lo mismo se reitera para la conciencia de la antijuridicidad. El sujeto debe conocer que realiza un comportamiento ilícito, contrario a bienes o intereses jurídicos, relevantes para ese sistema social.

D. EXCLUYENTES DE LA CONCIENCIA DE ANTIJURIDICIDAD

1. ERROR DE PROHIBICIÓN

Quien actúa bajo un error de prohibición conoce las circunstancias fundamentales al momento de actuar y tienen la intención de realizar la conducta, por lo cual obra con dolo, pero lo que no sabe es que su comportamiento está prohibido por el derecho penal, de ahí que cree que está obrando lícitamente, En este caso el sujeto

⁶⁸⁵ Artículo 29 apartado C, fracción II, párrafo tercero. (Acción libre en su causa). No procederá la inculpabilidad, cuando el agente al momento de realizar el hecho típico hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación; y el CPF art 15 párrafo in fine fracción VII, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

⁶⁸⁶ Berdugo Gómez de la Torre, *ob. cit.*, pp. 259 y ss.

se equivoca que al creer que su comportamiento es lícito cuando en realidad está prohibido por el derecho penal⁶⁸⁷

a) El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. El error será invencible cuando las circunstancias hacen imposible el conocimiento previo a su comportamiento, este error anula la exigencia de otro comportamiento quedando excluida la culpabilidad y el delito.

b) Si el error es vencible, se le aplica una pena inferior.⁶⁸⁸

El error de prohibición puede ser vencible cuando con un mínimo de cuidado el sujeto habría podido conocerla licitud de su proceder, tiene como consecuencia que se disminuye la pena.⁶⁸⁹

E. EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA (a contrario sensu)

F. NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA. Esta figura existe para dar solución a casos extremos, en los que no es posible exigir al sujeto que omita delinquir, teniendo en cuenta la exigibilidad individual o subjetiva, hay casos en los que el

⁶⁸⁷ Ver Díaz Aranda, ob cit. p .227 Gimbernat Orbeig, E., *El sistema del derecho penal en la actualidad*, en estudios de derecho penal, 3ª edición Madrid, Tecnos, 1990, pp. 167 y ss.

⁶⁸⁸ Ver Muñoz Conde F, *El error en el derecho penal*, Valencia, 1989. y Román Quiroz, Verónica, *La culpabilidad y la complejidad de su comprobación*, México, edit. Porrúa, 2000

⁶⁸⁹ CPF Art 15 fracción VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;

- A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta. Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código; y en CPCDMX art 29 apartado C fracción III.- (Error de prohibición) El agente realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto: a). - Desconozca la existencia de la ley; b). - El alcance de la ley; o c). - Porque crea el agente que está justificada su conducta. Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, no procederá la inculpabilidad y se estará a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 83 de este Código.

derecho penal, no puede exigir al sujeto que venza el miedo, que se sacrifique o lleve a cabo un comportamiento heroico, en contra de sus intereses más elementales hay límites en los que el Estado no puede exigir estos comportamientos al ciudadano medio.

La no exigibilidad de otra conducta, como especie de coacción sobre la voluntad, es una circunstancia por la cual al agente no se le puede obligar a un comportamiento heroico o contrario a la naturaleza humana. Los hombres estamos formados de sentimientos e inteligencia y en ocasiones, actuamos de determinada manera, en relación con los sentimientos, sin que se nos pueda exigir otra conducta.⁶⁹⁰

La no exigibilidad de otra conducta se presenta bajo la forma de una inhibición extraordinaria con respecto a una decisión adecuada a la norma.

Quedará excluida la culpabilidad si al analizar las circunstancias en las que se cometió el injusto llegamos a la conclusión de que cualquier persona habría hecho lo mismo, por lo cual no se le puede exigir al sujeto otro comportamiento y en consecuencia el delito se excluye por faltar su tercera categoría las causas que se consideran que no se puede exigir otra conducta son las siguientes:

g- **MIEDO INSUPERABLE.** Será lo mismo q temor fundado "" - Está relacionado con la no exigibilidad de otra conducta, el sujeto sufre la incidencia de un factor externo que le provoca no solo miedo, temor, en esas circunstancias en teoría no debería sancionársele penalmente, el sujeto lleva a cabo el delito, no motivándose conforme a la norma jurídica., el miedo debe ser insuperable, que no haya otra posibilidad de actuar.

El miedo insuperable es un estado psíquico que puede lograr la paralización total del sujeto, debe ser insuperable significa superar a la exigencia media de soportar males y peligros., lo insuperable es un requisito objetivo, no es para un tímido, inseguro.⁶⁹¹

⁶⁹⁰ López B, ob cit p. 46.

⁶⁹¹ Ver Daza Gómez, pp. 227 y ss., ver Muñoz Conde, ob cit,

Alguna parte de la doctrina identifica el miedo grave con el temor fundado, otros ubican el miedo grave como causa de inimputabilidad y el temor fundado como causa de inexigibilidad de otra conducta.⁶⁹²

H. ESTADO DE NECESIDAD DISCULPANTE

Cuando hay conflicto entre dos bienes del mismo valor y solo uno de ellos puede salvarse

También se le llama estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía, la diferencia con el estado de necesidad justificante radica en el bien jurídico, cuando es mayor el interés sacrificado es justificante y cuando es igual valía es disculpante.⁶⁹³

IV. Consecuencias Jurídicas

Las consecuencias jurídicas que se presentan son la Pena o la Medida de Seguridad

A. LA PENA (concepto y función). En los capítulos precedentes se han analizado los diferentes elementos y requisitos del delito, por metodología, cabe afirmar que

⁶⁹² CPCDMX, art. 29 apartado C, causa de inculpabilidad IV.- (Inexigibilidad de otra conducta). Cuando el agente, en atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no le sea racionalmente exigible una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho.

CPF art 15 IX.- Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.

⁶⁹³ Ver CPF art 15 fracción V- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

CPCDMX art 29 apartado C fracción I.- (Estado de necesidad disculpante o exculpante). - Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

una vez constatado *el tipo del injusto y la culpabilidad o imputación personal* corresponde imponer una pena como *lógica consecuencia* jurídica sin embargo si bien esta regla general existe, coexisten supuestos muy singulares en los que el propio legislador añadió otros requisitos ajenos al tipo del injusto y a la culpabilidad que conforman un nuevo y excepcional escalón sistemático que se denomina *punibilidad o penalidad*.

No es sencillo conceptualizar y dar contenido a la punibilidad. Buena parte de la doctrina se resiste a considerar necesario este elemento sistemático. A este rechazo contribuye la dificultad de trazar un paralelo entre la punibilidad y los demás elementos del delito ya que esto se caracteriza por ser indispensables como presupuestos de la pena mientras que la punibilidades contingente o excepcional. Sin embargo, creemos conveniente adoptar esta categoría para dar una ubicación sistemática mínimamente fiable a estos elementos que si bien no suelen presentarse en la gran mayoría de los delitos aparecen presupuestos de la pena en algunos otros. La punibilidad después un nuevo eslabón en la teoría del delito que se caracteriza por limitar la intervención penal sobre la base de perseguir determinados objetivos de la política criminal.

La explicación más satisfactoria de esta categoría se basa en diferenciar el merecimiento de pena, de la necesidad de pena. Al constatar que un comportamiento reúne todas las características del delito, se afirma que esa conducta es merecedora de pena esto es que sufre una desaprobación jurídica tan intensa que debe acarrear un castigo. Sin embargo, la *política criminal* permite al legislador establecer un nuevo tamiz, añadiendo otros requisitos para que ciertas conductas merecedoras de pena sólo se sancionen cuando dicha pena sea a la vez necesaria.

De tal forma cuando un precepto penal incorpora una condición objetiva de punibilidad o establece una excusa absolutoria nos está indicando que en esos supuestos y en virtud de la opción político criminal adoptada una pena merecida no es necesaria.

Se trata de causas de restricción de la pena. De tal forma cuando un precepto penal incorpora una condición objetiva o establece una excusa absolutoria nos está indicando que en esos supuestos y en virtud de la opción político criminal adoptada, una pena merecida no es necesaria.

Se trata de causas de restricción de la pena que poseen una naturaleza muy distinta a las causas de justificación, pues entran en funcionamiento cuando ya se han constatado todos los elementos del delito y la culpabilidad del autor la diferencia más evidente entre estos supuestos de punibilidad y los elementos del tipo reside en su relación con el tipo subjetivo. Los requisitos de la punibilidad están totalmente desconectados del dolo del autor en otras palabras, la pena se aplicará, aunque el dolo del sujeto no se refiere a estos elementos esto en situaciones de error.

Como ya hemos anotado dentro de la punibilidad encontramos dos categorías, por un lado, *los supuestos que se relacionan con los sujetos esto es, las causas personales de extinción excusas absolutorias*. Por otro lado, los requisitos o condiciones de carácter objetivo que benefician a todos los participantes en el hecho delictivo condiciones objetivas de punibilidad.

La doctrina suele diferenciar estas categorías afirmando que las condiciones objetivas de paz fundamentan en la posibilidad mientras que las excusas absolutorias esencialmente la excluyen. Sin embargo, esta diferenciación debe tener en cuenta que las condiciones objetivas también excluyen la posibilidad de aplicar una pena en todos aquellos supuestos en que dichas condiciones no se cumplan.

Luego entonces la pena es la principal consecuencia jurídica de delito.

Para Jacobs La pena es la reacción ante la infracción a la norma.⁶⁹⁴

⁶⁹⁴ Jacobs, G, ob cit, p. 8.

Luzón Peña, considera La pena es una privación o restricción de derechos de bienes jurídicos aplicada obligatoria y si, es preciso coercitivamente al delincuente.⁶⁹⁵

Para Malo Camacho, La pena es un elemento fundamental y medular del derecho penal⁶⁹⁶

Nos dice el Dr. Daza: Para entender la pena, hay que señalar que tiene tres aspectos, su justificación, su sentido y su fin. Se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamental para la convivencia de las personas en su comunidad.⁶⁹⁷

Ya comentamos al analizar las escuelas su posición en cuanto a este tema, subrayando que se han desarrollado diferentes teorías para explicarlas, La Teoría de la Prevención General, la Teoría de la Prevención Especial, ahora ya estamos refiriéndonos solo al funcionalismo de Roxin, en la Prevención General Positiva, recordemos que para este autor lo importante es proteger los bienes jurídicos.

Para Roxin el fin de las disposiciones es de prevención general, el límite de la pena es sin duda la culpabilidad del autor, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad, la función de la pena es asegurar al particular que el Estado no extienda su potestad penal, más allá de la culpabilidad.⁶⁹⁸

Y para el funcionalismo radical de Jacobs, la pena se asienta en un nuevo retribucionismo, legitimador de la intervención penal, recordemos que sostiene que el delito al constituir una infracción a la norma penal supone una defraudación a las expectativas y por eso la pena se explica como algo positivo, es decir reafirma la

⁶⁹⁵ Luzón Peña, D, *ob. cit.*, p. 54. *Curso de derecho penal parte general*, Madrid, Ed Universitarias, S. A, 1996

⁶⁹⁶ Malo Camacho, G, *Derecho Penal Mexicano*, edit. Porrúa, 1997, p. 69.

⁶⁹⁷ Daza Gómez, *Teoría general*, *ob. cit.*, pp. 279 y ss.

⁶⁹⁸ Daza Gómez, *ibidem* p. 400.

confianza en las normas. No como las otras teorías que consideran a la pena como algo negativo, viéndola como algo intimidatorio o preventivo.⁶⁹⁹

B. Las Medidas de Seguridad. Roxin afirma que en México se aplica un sistema dualista, junto con la pena se aplican las llamadas medidas de seguridad, las cuales tienen como finalidad la prevención del delito, siendo un medio de lucha contra el delito.

Diferencia entre pena y medida de seguridad.

La pena se fundamenta en el acto cometido y su base es la culpabilidad. La medida de seguridad su base es la peligrosidad, la probabilidad que a futuro se cometa un delito, se fundamente en impedir que se cometa un delito.⁷⁰⁰

Entre las Medidas de seguridad están Artículo 31 CPCDMX: I. Supervisión de la autoridad; II. Prohibición de ir a un lugar determinado u obligación de residir en él; III. Tratamiento de inimputables o imputables disminuidos; IV. Tratamiento de

⁶⁹⁹ Ver Luzón Peña, Diego-Manuel, *Principio de igualdad*, ob. cit., p. 305. Lo mismo Quintero Olivares, quien señala que en la prevención especial del positivismo “puro” la pena se basa en lo que el sujeto “puede llegar a hacer”, pero no en lo que concretamente ha hecho. Quintero Olivares, Gonzalo, *Manual de Derecho penal* ob. cit., p. 127. ROXIN, Claus. Sentido y límites ob. cit., pp. 16-17. Mir Puig, Santiago, *Derecho penal*, ob. cit., pp. 96-97.

⁷⁰⁰ Art 410 CNPP Criterios para la individualización de la sanción penal o medida de seguridad.

El Tribunal de enjuiciamiento al individualizar las penas o medidas de seguridad aplicables deberá tomar en consideración lo siguiente:

Dentro de los márgenes de punibilidad establecidos en las leyes penales, el Tribunal de enjuiciamiento individualizará la sanción tomando como referencia la gravedad de la conducta típica y antijurídica, así como el grado de culpabilidad del sentenciado. Las medidas de seguridad no accesorias a la pena y las consecuencias jurídicas aplicables a las personas morales serán individualizadas tomando solamente en consideración la gravedad de la conducta típica y antijurídica.

La gravedad de la conducta típica y antijurídica estará determinada por el valor del bien jurídico, su grado de afectación, la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, los medios empleados, las circunstancias de tiempo, modo, lugar u ocasión del hecho, así como por la forma de intervención del sentenciado. . .

El art 24 del CPF, señala indistintamente son Penas y medidas de seguridad. 19 hipótesis, y el CPCDMX, tienen mejor técnica legislativa y estipula

deshabitación o desintoxicación; (V. Prohibición de comunicarse por cualquier medio, por sí o por interpósita persona con la víctima u ofendido, o con las víctimas indirectas; y VI. Cuando se trate de delitos que impliquen violencia contra las mujeres, quien juzgue podrá imponer además las siguientes: a. La prohibición al sentenciado de acercarse o ingresar al domicilio, lugar de trabajo o de estudios, de la víctima y las víctimas indirectas, o cualquier otro lugar que frecuente la víctima; b. Apercibir al sentenciado a fin de que se abstenga de ejercer cualquier tipo de violencia en contra de la víctima o víctimas indirectas; c. Ordenar vigilancia por parte de la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal en los lugares en que se encuentre la víctima o las víctimas indirectas, por el tiempo que determine el juez; y d. Ordenar la custodia por parte de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, a la víctima o víctimas indirectas, en los casos en que las circunstancias de riesgo lo ameriten, por el tiempo que determine el juez. El Ministerio Público podrá aplicar las medidas de protección que se mencionan en la legislación de procedimientos penales aplicable al Distrito Federal.

C. Las excluyentes de la punibilidad son las Excusas Absolutorias *se definen como circunstancias o requisitos directamente relacionadas con la persona del autor el legislador es consciente de que la conducta es delictiva y por ello lo suficientemente grave como para merecer una pena.* Sin embargo, la propia valoración del legislador indica que este hecho del que ya se ha firmado su carácter antijurídico y culpable basándose en apreciaciones previas de carácter político criminal. La formulación de estas excusas absolutorias es normalmente negativa excluyendo la pena que correspondería a los intervinientes.

Las excusas absolutorias, por su carácter personal, sólo excluyen la pena aquellos intervinientes en quienes concurra, en esto sí diferían de las condiciones objetivas. Para mencionar algunas excusas absolutorias existentes en nuestro ordenamiento debemos comenzar con las que poseen un rasgo directamente constitucional como las inviolabilidades al jefe de Estado por sus opiniones.

Singular importancia son las excusas absolutorias consagradas en delitos patrimoniales entre ciertos parientes otro ejemplo es la regulación tributaria en todos

casos se declara exención de responsabilidad criminal para los que espontáneamente y tras la comisión del delito regularicen su situación tributaria.

Ejemplos de excusas absolutorias, en CDMX, artículo, el que prive de la vida a un ascendiente o descendiente consanguíneo, culposamente, artículo 139, o art 248 no se castigara en los delitos patrimoniales cuando el valor no exceda de 50 veces la Unidad de cuenta 75.49 en 2019.⁷⁰¹ Hoy \$ 3,774.50 pesos.

Condiciones Objetivas de Punibilidad, las identifiqué con requisitos procesales, no voy a abundar sobre ellos.⁷⁰²

V. Formas *imperfectas* de ejecución

Al estudiar la configuración de la antijuridicidad ya se explicó que un derecho penal como el nuestro, vinculado a la protección de bienes jurídicos no puede contentarse con intervenir cuando el daño ya está hecho puede y debe hacerlo antes si el riesgo es serio e inminente. Por otro lado, se dijo también que el injusto penal exige la confluencia de un doble desvalor de acción y de resultado los cuales deben aparecer, además, estrechamente unidos.

Conviene no olvidarlo, ahora que analizamos lo que la doctrina ha denominado las formas imperfectas de ejecución y nos toca determinar los criterios para señalar la frontera entre los actos jurídicos y aquellos otros que todavía no contienen la lesividad requerida, porque al hablar de formas imperfectas de ejecución los iuspenalistas, se refiere a los casos en los que el autor no llega a realizar perfectamente la conducta descrita en el supuesto del hecho típico, pese a intentarlo, por el contrario, cuando la ejecución sí es perfecta, y la conducta coincide con el supuesto de hecho, se le llama consumación del delito.

⁷⁰¹ https://data.finanzas.cdmx.gob.mx/unidad_cuenta.html, Unidad de cuenta

⁷⁰² Ver Luzón, Peña, *De la relación de merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito; en causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*, Pamplona, 1995

Dependerá en todo caso de *los Principios Político-Criminales* que cada uno asuma cuáles son y donde situemos esa frontera.

Con el fin de que se aprecie en su justa medida la relevancia punitiva de las figuras que vamos a estudiar a continuación, téngase en cuenta que la pena con la que aparece castigado cada delito es aplicable sólo cuando se ha consumado. Si el delito es intentado la pena se rebajará lo que implica o por lo que se dice que se presenta en grado de tentativa, que tienen menos Punibilidad que sí se consuma.

La consumación es la forma perfecta de ejecución, la tentativa se le denomina forma imperfecta, el castigo de formas imperfectas de ejecución plantea inconvenientes en los delitos de peligro debido a que en ellos el legislador decide voluntariamente anticipar la consumación invadiendo el terreno antijurídico que tradicionalmente se reserva a las formas imperfectas. Si quisiéramos castigar a quien intenta únicamente consumir un delito de peligro deberíamos invadir a su vez un terreno tan alejado de la zona legítima de intervención penal que la sanción carecería de justificación a la luz del principio de lesividad, en otras palabras habríamos sancionado el peligro del peligro ejemplo el apoderamiento de cartas con el fin de descubrir secretos de otro es buena muestra de la dificultad si quisiéramos castigar formas imperfectas de ejecución deberíamos penalizar conductas tales como rebuscar en los cajones de la víctima y no parece que dicho comportamiento merezca sin más una sanción.⁷⁰³

En latín se le ha llamado *Iter criminis*, del camino que sigue desde la idea hasta la consumación, un delito.

En relación con la tentativa qué podemos decir: grados, exención principio de ejecución, punibilidad, actos preparatorios, no hay duda de que la tentativa no es un delito autónomo es una figura existente si no existiera esa disposición que manda sancionar el intento, no sería punible el conato entonces sí sería un delito propio, las figuras delictivas de la parte especial a todos los problemas de la tipicidad de la figura delictiva.

⁷⁰³ Berdugo Gómez de la Torre, *Lecciones de derecho*, ob cit, pp. 274 y ss.

A. *Iter criminis*: Hablaremos brevemente del *iter criminis* y sus fases para entender esta forma imperfecta de ejecución la fase interna comprende la deliberación en la conciencia, si va a cometer o no un delito una vez decidido diseña una estrategia para tal fin, todavía puede estar tranquilo el sujeto porque nadie salvo él mismo conoce su propósito la observación exterior no le afecta porque es incapaz de detectar lo que pasa por su cabeza Por otra parte tampoco parece conveniente que el Estado se inmiscuya en pensamientos de las personas por malos que sean estos por esta razón desde la época liberal se ha acuñado una máxima que encaja aquí el pensamiento no delinque.

Por muy obvio que pueda parecer esta aseveración vamos a profundizar un poco en su espíritu para darnos cuenta de que podemos extraer de ella un mensaje sumamente provechoso, a saber que el aparato punitivo del Estado no puede castigar a nadie por lo que piensa sino sólo por lo que hace algo que conviene tener presente a lo largo de este tema porque las formas imperfectas de ejecución se caracterizan en su aspecto subjetivo por requerir siempre la intención de alcanzar la consumación esto es el dolo elemento subjetivo que se puede apreciar ya en la fase interna pues en ella nace y acompaña al autor hasta el final. Sí es cierto que el pensamiento no delinque, habrá que buscar entonces criterios distintos del dolo para fundamentar el castigo de las formas imperfectas y habrá que buscarlo en la actividad exterior de la gente que asume el papel protagonista.⁷⁰⁴

La fase externa cuando el *Inter criminis* sale a la luz, realizando el sujeto actos que forman parte de su proyecto delictivo y que son observables desde el exterior, se entra en la fase externa del mismo que culminaría con la consumación.

Al contrario de la fase interna, cuyo carácter incógnito evita la intervención penal, en la fase externa nos enfrentamos ya al problema de dilucidar cuáles de los actos practicados deben considerarse punibles, teniendo en cuenta, a este respecto, los *principios político-criminales* que rigen al sistema punitivo. Así, bajo los auspicios de un derecho penal autoritario seguramente se considera legítimo castigar cualquier

⁷⁰⁴ Berdugo, p. 275.

atisbo de actividad exterior, ampliando al máximo el área de punibilidad, hasta dejar fuera de ella tan solo la fase interna. Por el contrario, *en el marco de un Derecho Penal Democrático como es el nuestro en la actualidad* tiene que señalarse un punto de inflexión dentro de la propia fase externa que nos sirva para separar con claridad, a su vez, la fase de preparación y la fase ejecutiva, circunscribiéndose a esta última la legítima intervención penal.

Las formas imperfectas de ejecución punible la tentativa está prevista en el artículo 12 del Código Penal Federal que la doctrina le llama tentativa acabada y tentativa inacabada. la primera parte del precepto nos sitúa en la etapa de la fase externa, en la etapa ejecutiva, no refiere la fase interna, se circunscribe a la ejecución llamada tentativa. Los actos previos no encajan en la definición, se castiga la fase de ejecución.

Teoría objetivo-subjetiva.⁷⁰⁵ - su rasgo distintivo reside en el hecho de que para decidir cuándo comienza la ejecución toma como guía el propio plan del autor, es decir, la forma en que éste piensa cometer el delito. Por eso es en parte subjetiva. Ahora bien, al contrario que la teoría que así se denomina la teoría objetivo-subjetiva sí procura distinguir dentro de la fase externa una zona preparatoria y otra ejecutiva los actos realizados por el autor deben tener una entidad determinada para considerarse actos ejecutivos adoptando la teoría objetivo-subjetiva había que proceder del siguiente modo:

- 1.- Plan del autor ejemplo A piensa matar a B cuando ambos se encuentren en una finca colocando veneno en su bebida.
- 2.- Comienzo de ejecución: una vez desplegado completamente el plan del autor, habría que se analizar como tentativa un momento en el que la proximidad a la consumación permitiera decidir ya que la vida debe correr serio peligro en ese momento podría ser aquel en que a se dirige hacia el lugar donde guardo el veneno dispuesto a perpetrar el crimen. Sin embargo, a los ojos de un observador externo que no conozca el propósito que anida

⁷⁰⁵ Ibidem p. 278.

en el interior, ese hecho carecería de significación como comienzo de ejecución de un asesinato. No es el hecho en sí lo que resulta peligroso sino el conocimiento que se tiene de la proximidad de la consumación, precisamente porque todo se analiza de acuerdo con el plan del autor.

Nos parece, por todo ello, que en esta teoría tiene un peso decisivo el aspecto subjetivo, es decir el dolo, aunque sea de manera difusa y poco manifiesta.

Si al Sr. A del ejemplo se le condena por intento de asesinato cuando todavía no ha vertido el veneno en la bebida de B el castigo se le impondrá más por la intención descubierta que por la significación objetiva del hecho realizado esto es dirigirse a la cómoda donde guarde el veneno el cual en sí mismo indiferente, como se ha dicho antes.

Teoría objetiva. Se caracteriza por analizar el hecho desde la inocencia de quien desconoce absolutamente los planes del autor y espera a que sus acciones le delaten, es decir a que los actos por el ejecutado reflejen a un tiempo el peligro para el bien jurídico y consecuentemente, el dolo con el que se ejecuta la acción. La perspectiva del plan del autor queda aquí al margen. Es el hecho mismo lo que valora.

Si tomamos como referencia el caso analizado la doctrina objetiva analizaría la cuestión del siguiente modo: el comienzo de ejecución del asesinato se detecta en el instante en que A vierte el veneno en la bebida que un instante después tomará B. Dicho acto de A expresa de manera inequívoca su propósito de matar a B y representa al mismo tiempo un serio peligro para la vida de este. Es decir, se trata de una acción que objetivamente significa que A quiere matar a B en ese momento. Quizá pueda parecer que siguiendo esta teoría hay que esperar demasiado para intervenir penalmente, pero debe recordarse que el principio de intervención mínima es un parámetro político criminal que debe regir en todos los ámbitos del sistema penal y que no sirve solo para dilucidar si una conducta debe considerarse delito o infracción administrativa.

La doctrina se inclina hacia el lado objetivo, cerrando así el paso a cualquier veleidad subjetiva autoritaria en este terreno, en efecto se exige que el actor practique todo o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado o sea la significación objetiva que el hecho tenga para detectar en él tanto el dolo como el peligro para el interés protegido. Es decir, no cabe hablar del delito en grado de tentativa, si la acción no comporta en sí mismo un peligro para la víctima el modo de valorarlo es lo que nos ocupa a continuación.

B. La valoración del peligro: Tentativa idónea e inidónea.

Cuando un individuo planea cometer un crimen lo normal es que seleccionen los medios para llevarlo a cabo y quizá incluso confeccione un plan. Pero no siempre se seleccionan los medios más adecuados ya sea porque es inepto o porque los instrumentos elegidos son inadecuados o inidóneos. *En este sentido el término idoneidad para referirse a los actos propios de la tentativa ese calificativo se desprende implícitamente al exigir qué los hechos deben producir el resultado.*

Para un sector relevante de autores el juicio sobre la idoneidad de la tentativa debe efectuarse situando al espectador objetivo en la posición del autor y en el momento mismo de realizar la acción. Se trata por consiguiente de una análisis ex ante y objetivo, sin tener en cuenta tan sólo los conocimientos del autor o su forma de evaluar las posibilidades de éxito de su proyecto con los medios utilizados por ejemplo puede pensar que mediante conjuros puede matar a una persona el espectador objetivo que está dotado de experiencia del hombre medio tomar a broma esa valoración del autor por ello se desestima la punición de la tentativa irreal nadie propugna su conexión como antes se decía ahora se añade que si analizamos la idoneidad aceptando el buen juicio del hombre medio se concluirá que dichos intentos carecen absolutamente de idoneidad y por eso no debe castigarse.

Pero el problema se complica cuando el autor emplea en la ejecución un instrumento cuya idoneidad aparente contrasta con su real ineptitud para alcanzar la lesión pretendida, ejemplo la pistola descargada de alguien que no sabe usarla el sector doctrinal tiene que aceptar en casos como este que a priori y conforme a la valoración efectuada por el espectador objetivo el medio resulta idóneo y la falta de

idoneidad solo es descubierta a posteriori cuando el juez proceda a determinar la idoneidad del medio podrán tener en cuenta los datos que pudieran ser conocidos en el momento de la acción por un hombre normal descartando por completo cualquier descubrimiento posterior por cierto que sea.

Esta forma de resolver la cuestión parece adecuada, toda vez que el injusto penal qué está compuesto de un doble desvalor de la acción y del resultado. Para detectar el desvalor de la acción se considera oportuna la valoración efectuada por el espectador objetivo colocado en la posición del autor y situado como éste en una perspectiva ex ante; como se vio en la imputación objetiva. Pero resulta que la mayoría de la doctrina entiende que para la configuración del injusto no basta con detectar el desvalor de acción, sino que hace falta hallar también un desvalor de resultado. Y esta afirmación debe ser válida para todo injusto penal incluido el delito intentado luego si nos conformamos con averiguar qué pensaría el espectador objetivo desde la perspectiva ex ante estaremos olvidando que esa comprobación debe ser completada con otra que nos confirmen la presencia del desvalor del resultado.

Para explicar el desvalor de resultado en la tentativa conviene tomar como modelo el injusto de los delitos de peligro, concreto, a cuya estructura debe asimilar la del delito intentado. En ambos la acción del sujeto debe provocar una situación de peligro que se identifica con la probabilidad de lesión del bien jurídico protegido. Dicha probabilidad se comprueba a partir de todos los datos presentes en ese momento, incluyendo aquellos que no estén al alcance del espectador objetivo, es decir se amplía la base del juicio hasta introducir en él todos los elementos que configuran la situación y realizando un pronóstico acerca de las probabilidades del bien jurídico protegido.

Ni el intento de homicidio con el arma descargada ni el intento de hacer abortar a una mujer que no está embarazada ni el disparo sobre un cuerpo muerto con llevan peligrosidad alguna porque es imposible la lesión del bien jurídico ya sea por la idoneidad del medio ya sea por la inexistencia del objeto relevante.

Sin embargo, existe un segundo grupo de casos en los cuales la probabilidad de lesión no es del 100 por ciento, pero si se detecta que existen ciertas probabilidades, y por tanto la presencia de esa situación de peligro que reclama la tentativa. A este 2º grupo de casos; pertenecen por ejemplo el intento de matar a alguien mediante un arma cuya obsolescencia permite aventurar que muy difícilmente disparara cuando el sujeto aprieta el gatillo, pero no siendo imposible que ello ocurra habrá que reconocer que algún peligro si existe, es decir, que la vida de la víctima así corrió cierto riesgo, aunque no fuera muy alto. Pues bien, en casos como éste convendría hablar *de idoneidad* relativa ya que la probabilidad de lesión abarca un espectro indeterminado que no es igual a 0 pero tampoco raya en el 100 por ciento.

Por último, el tercer grupo de casos incluirá aquellos en los que el juicio de probabilidad arroja un resultado del cien por ciento, pese a que luego la lesión no se produzca por cualquier motivo, aquí podríamos incluir el caso del arma que se haya cargada y en perfectas condiciones de disparo, pero casualmente se encasquilla en el momento en que el autor apriete el gatillo. En ese instante las probabilidades de que el disparo tenga lugar son absolutas y se provoca con ello una situación de peligro por mucho que un instante después aparezca un factor imprevisible y eche por tierra el intento homicida. Por supuesto también deberían incluirse aquí todos los casos en que el autor consigue utilizar efectivamente el medio elegido, pero efectúa una ejecución defectuosa que da al traste con el logro de su propósito por ejemplo si tiene una mala puntería este tercer grupo de casos se le llamaría de idoneidad absoluta.

La clasificación de los casos de tentativa en torno a los tres grupos señalados, uno es de idoneidad absoluta, dos de idoneidades relativas y tres idoneidades absolutas, con esto ya no sirve para resolver el problema que nos ha traído aquí es decir qué casos deben ser castigados y cuáles. Pues bien como ha quedado dicho, el primer grupo de casos debe quedar al margen de la posición por su manifiesta incapacidad de lesionar el bien jurídico protegido, se trata de supuestos carentes de desvalor de resultado y cuyo castigo ha sido justificado por la imprecisión que provocan la comunidad el hecho de que alguien demuestre una voluntad anti normativa muy

intensa es decir un elevado desvalor su objetivo de acción pero como decíamos el pensamiento no delinque a lo que debemos añadir tampoco el pensamiento acompañado de actos inidóneos.

Por el contrario, si deben castigarse como tentativa los casos denominados idoneidad relativa y absoluta, en ambos se aprecia una situación de peligro identificable como el desvalor de resultado exigido por el injusto de la tentativa. Pero también hay que reconocer que la probabilidad de lesión es menor en el primer grupo que en el 2º lo cual debería influir en la determinación de la pena que permite al juez rebajarlo en relación al delito consumado, pero no a su libre discreción sino de acuerdo con los criterios de proximidad a la consumación y justamente al peligro inherente al intento.⁷⁰⁶

En aplicación de estos criterios y teniendo en cuenta la clasificación relativa a la idoneidad se puede esbozar una propuesta que pueda servir a los Tribunales. La pena más cercana a la establecida por el delito consumado debería reservarse para los casos de la llamada tentativa acabada es decir la idónea por definición y en el extremo expuesto la pena inferior se situará a la tentativa inacabada relativamente idónea en término medio que daría la sanción de la tentativa inacabada absolutamente inidónea.⁷⁰⁷

También se habla del desistimiento del delito como forma imperfecta de ejecución yo no estoy de acuerdo con esta figura por eso no la voy a tocar.

VI. FORMAS DE PARTICIPACIÓN CRIMINAL

En los casos de participación criminal, hay polémica si a todos los partícipes se les debe responsabilizar del delito en el que intervinieron es un delito con tantas responsabilidades como delincuentes, otra teoría de la autonomía de la complicidad, cada uno de los partícipes es un delito distinto o según haya sido su

⁷⁰⁶ Berdugo, p. 284

⁷⁰⁷ Ver Farré Trepal, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, 1986. Muñoz Conde, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Barcelona, 1972. Torio López, *Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa, en presupuesto para la reforma penal*, La Laguna, 1992, Berdugo Gómez, p. 287.

forma de participación, me adhiero a esta ya que la punibilidad es individual., aunque en la práctica los jueces ponen la misma pena a todos los coautores, en algunos delitos.

PARTICIPACIÓN.- Naturaleza de la participación en los casos de cooperación criminal se ha planteado el problema respecto a si todos los partícipes se les debe responsabilizar del delito en el que intervinieron, y cada partícipe se debe responsabilizar de un delito distinto según haya sido su forma de participación. Giuseppe Maggiore clasifica las formas de participación: a) según la calidad puede ser moral o física; b) según el grado es principal o primaria coautores y accesoria y secundaria, cómplices según el tiempo anterior concatenante y posterior al delito según el tiempo, según la eficacia puede ser necesaria y no es necesaria la forma fundamental del concurso, moral instigación determinación o provocación al delito. Las formas de instigación pueden ser por mandato, por orden, por coacción la orden y coacción no son sino mandatos calificados por el abuso de autoridad o por la impresión del temor de alguno para inducirlo, asociaciones, el pacto hecho entre algunas personas convivencia, participación, sin el concurso de la acción.

AUTORÍA.- La problemática de la autoría y participación no es nada sosegada en la doctrina penalista. Por ese motivo expondremos muy brevemente los aspectos esenciales de la evolución del concepto de autor para intentar comprender de esta manera la regulación actual en un ejemplo de delito de lesiones omisión de socorro, para alcanzar el resultado interviniente un importante número de personas, pero sus contribuciones son bastante desiguales, lo que nos lleva a preguntar si la respuesta penal debe señalar algunas diferencias desde ahorita adelante mi postura que no estoy de acuerdo en que la autoría y la participación se estudien aparte y al final de todos los elementos del delito, como forma imperfecta de ejecución yo me adhiero a la posición de Olga Islas que si bien es cierto no soy su fans ni a muchos les gusta su modelo lógico, el estudiar todas las formas de participación al momento de analizar el elemento constitutivo del sujeto activo me parece correcto e idóneo. No obstante que la mayoría de la doctrina está de acuerdo en estudiarlo posteriormente como algo paralelo.

Nos dice Ferré Olive, los hechos delictivos no son necesariamente obra de una sola persona. Por el contrario suelen tomar parte en ellos distintos sujetos esta circunstancia plantea importantes problemas para diferenciar los grados de responsabilidad penal en base a las aportaciones que realiza cada uno de ellos, de tal forma que habrá sujetos que recibirán la totalidad de la pena, otros que al realizar contribuciones secundarias estarán más alejados de los aspectos fundamentales del delito y por lo tanto podrían llegar a recibir una pena menor y por último sujetos para quienes la responsabilidad penal es totalmente inexistente sobre ellos pues no hay nada que decir.⁷⁰⁸

a.-Concepto. La 1ª respuesta doctrinal al problema de la pluralidad de sujetos en un hecho delictivo consiste en la no diferenciación entre autores y partícipes al enunciarse el concepto unitario de autor prevalecía la teoría de la equivalencia de las condiciones y se consideraba que las aportaciones de todos los intervinientes en el hecho debían poseer una relación causal con el resultado. El concepto unitario de autor sostiene que todos los sujetos intervienen de una u otra forma en el hecho punible son autores, dado que el delito es obra de todos ellos esta teoría entiende que todas las aportaciones de los sujetos que contribuyen causalmente a producir el resultado deben considerarse de la misma importancia y por lo tanto no realizar diferenciación entre autores y partícipes.

2ª. Teoría subjetiva. Para superar las concepciones unitarias se han ensayado distintas teorías subjetivas. Estas siguen considerando, como las unitarias que no existen distribución entre autores y partícipes pero esta afirmación choca con la realidad normativa pues el Código Penal trata de forma desigual a los autores en relación con los partícipes, por ese motivo consideran que la diferencia sea en el plano subjetivo. Un sujeto será autor si actúa con voluntad de autor *animus auctoris* y será partícipe si obra con voluntad de partícipe *animus socii*, esta tesis es sin embargo rechazada mayoritariamente por la doctrina pues toda la responsabilidad penal pasa a depender de la intención del sujeto esto es se convierte en algo

⁷⁰⁸ Ferré Olive, Juan Carlos, *Autoría y participación, en lecciones de derecho penal*, Barcelona España, editorial praxis, 1999, p. 287.

exclusivamente subjetivo. La doctrina entiende que las diferencias entre autores y partícipes no pueden asentarse exclusivamente en la simple voluntad.

3. Teorías Restrictivas. La teoría objetiva en oposición a la teoría que se caracterizan a los intervinientes como autores, aparecen las teorías restrictivas que se basan en la diferenciación entre autores y partícipes una de ellas que en su momento fue la más importante es la teoría objetivo formal, esta teoría surge en relación directa con la exigencia de respeto al principio de legalidad a través de la realización del tipo penal. El comportamiento del sujeto debe coincidir con la acción descrita en el tipo será autor quien realice la conducta subsumible en el tipo de la parte especial y será partícipe quien realice alguna aportación en el hecho que no pueda subsumir en el tipo, este planteamiento es sin duda muy respetuoso con el principio de legalidad, pero genera algunos problemas prácticos de difícil situación o solución que provocan lagunas de punibilidad.

Por ejemplo, la teoría objetivo formal no puede explicar satisfactoriamente la autoría mediata en el supuesto el sujeto no ejecuta por sí mismo el hecho sino que se sirve de un instrumento de una persona que por coacción por error o por ser inimputable, no será penalmente responsable quién realice el hecho descrito en el tipo es el instrumento el autor mediato también llamado hombre de atrás no realice el comportamiento prohibido y deberá por lo tanto quedar impune la teoría objetivo formal no puede brindar una solución satisfactoria a este problema por eso se introducen correcciones y ha sido abandonada.

Otro supuesto que resuelve poco satisfactoriamente la teoría objetivo formal lo encontramos en la coautoría, ejemplo A alcanza a B un puñal que esta clava en el pecho de la víctima, en ese momento es sujeta fuertemente por C a raíz de la agresión se produce la muerte de la víctima. Aplicando la teoría objetivo formal no nos encontraríamos ante un supuesto de 3 coautores del delito sino ante un único autor B que realiza la acción ejecutiva de matar y dos partícipes que no realizan acciones ejecutivas simplemente entregan un puñal y sujetan a una persona.

LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

Surge la teoría del dominio del hecho es también una teoría restrictiva y por lo tanto se basa en la diferenciación entre autores y partícipes. El criterio diferenciador será justamente en el dominio del hecho. Autor de un delito será aquel sujeto que tenga el dominio del hecho, aquel que pueda decidir los aspectos esenciales de la ejecución de hecho. Se abandona el criterio objetivo formal para adoptar un criterio material que explique más satisfactoriamente los distintos supuestos de autoría y participación, el control del hecho se realiza a través del dominio de la acción, del dominio de la voluntad o del dominio funcional según los casos. La exigencia de esta clase de dominio es fundamental, ya que sobre él se podrá diferenciar la responsabilidad de los demás intervinientes que no son autores, si no partícipes.

La teoría del dominio del hecho distingue 3 tipos de autoría que responden a distintas situaciones 1. autoría directa unipersonal 2 autorías mediatas y 3 coautoría. Parte de la doctrina fórmula duras críticas a la teoría del dominio del hecho acusando esta teoría de construir un concepto de autor distinto del que consagraba los Códigos Penales vigentes, consagran autoría directa, autoría mediata y la coautoría también contemplan supuestos de participación como inducción y cooperación en los que no existe dominio del hecho y por lo tanto no de las penas que se imponen a los autores de la infracción consumada se aplican igual a los autores con dominio del hecho y a los partícipes sin dominio del hecho.

AUTORÍA DIRECTA

Autor principal o directo es el sujeto que domina la acción realizando personalmente el comportamiento descrito en el tipo penal, son autores quienes realizan el hecho por sí solos. En cuanto tenga el dominio de la acción. En los delitos especiales es aquel que limita el número de autores exigiendo cualidades o características especiales, sólo podrá ser autor principal el sujeto que pertenezca al círculo definido por el tipo penal y que además posea el dominio de la acción el actor el autor directo unipersonal es el que presentan menores problemas interpretativos al no existir otros sujetos que intervengan, simplemente habrá que comprobar si la acción que domina es conforme con el tipo penal correspondiente.

AUTORÍA MEDIATA

El autor mediato es quien no realiza directa y personalmente el hecho, sino que se sirve de otra persona quién actúa como instrumento y quien es en definitiva la persona que lo realiza. La autoría mediata se basa en el dominio de la voluntad. Esta figura creó dudas en la doctrina y en la jurisprudencia dado que la sanción penal al autor mediato puede afectar el principio de legalidad. Sin embargo, paulatinamente se ha aceptado, algunos doctrinarios, consideran que el autor mediato también llamado hombre de atrás realiza el tipo pero no directamente sino sirviéndose de un instrumento. El autor mediato es el verdadero autor quien realice el hecho como propio sea realice el hecho por medio de otro del que se sirve como instrumento, el instrumento es una persona que realiza la acción ejecutiva, mientras que el dominio del hecho lo posee quien no actúa esto es el autor mediato.

La teoría del dominio del hecho basa la autoría mediata en el dominio de la voluntad. Por eso se exige una relación de subordinación el instrumento actúa sin libertad o sin conocimiento, esto es víctima de un error de un engaño de una coacción o por violencia o por miedo o padecimiento de una situación de inculpabilidad.

Peculiar es la situación cuando se utilizan inimputables menores de edad ellos pueden tener el dominio del hecho supuesto de autoría mediata. Como no se aplican dos reglas generales de participación si este dominio lo posee el inimputable habrá inducción por parte del hombre de atrás si el que posee el dominio del hecho es el hombre de atrás el supuesto deberá considerarse como autoría mediata.

No existe autoría mediata cuando el instrumento obra libremente y conociendo la situación, esto es lo que se conoce como instrumento doloso. Si el presunto instrumento no se encuentra en los supuestos de falta de libertad o falta de conocimiento, recaída en él directamente la condición de autor del hecho delictivo que está realizando. Toda la responsabilidad penal se estructura en base a su comportamiento y el llamado hombre de atrás no será más que un inductor esto es, un partícipe en el hecho ajeno. Adviértase que en este supuesto el que efectivamente posee el dominio del hecho es el instrumento doloso y no el hombre de atrás que queda relegado al papel secundario de partícipe.

COAUTORÍA .- El artículo 13-III CPF, que refiere coautoría cuando dispone que son autores quienes realizan el hecho conjuntamente. La teoría del dominio del hecho nos ayuda a concretar los requisitos de la coautoría desarrollando la idea del dominio funcional del hecho, para que exista coautoría deben darse distintos requisitos: debe existir un elemento subjetivo, el acuerdo previo y común, una división de tareas o funciones previamente acordadas.

La contribución del coautor debe ser esencial. Será así cuando el interviniente individual retractando su contribución, pueda desbaratar todo el plan así lo dice Roxin. Para que exista coautoría es necesario que ninguno de los intervinientes lleve a cabo todos los elementos del tipo. Ninguno de los sujetos debe tener el dominio del hecho en su totalidad pues en este caso habrá autoría directa unipersonal y los demás intervinientes serán partícipes.

En materia de coautoría, las mayores dificultades se suelen presentar a la hora de distinguir la conducta del coautor de la del partícipe. Ello podría depender de la propia aportación del sujeto. El coautor debe realizar una aportación esencial para la consecución del resultado. Sin embargo, ese criterio no es suficiente ya que, los cooperadores necesarios son partícipes que también realizan aportaciones de cierta importancia para la consecución del resultado conseguido en estos casos debemos volver a recurrir al dominio del hecho será coautor aquel que posea el dominio funcional del hecho, aquel que intervenga, dominando el hecho si no existe tal dominio, nos encontraremos ante un supuesto de participación, analicemos la participación.

LA PARTICIPACIÓN ⁷⁰⁹.- Es partícipe aquel que contribuye a la realización del hecho de otro. En tanto y en cuanto prevalecen las teorías restrictivas, resulta indispensable trazar un límite claro entre el comportamiento del autor y el comportamiento del partícipe. Lo que supone importantes consecuencias

⁷⁰⁹ Ver Díaz y García, Conlledo, *La autoría en el derecho penal*, Barcelona, 1991, p. 792. Gimbernat, O., E, *Autor y cómplice en el derecho penal*, Buenos Aires, editorial B de F., 2006, p. 334. Peñaranda Ramos, E, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Buenos Aires, 2005, p. 527.

dogmáticas teóricas y prácticas. Por una parte se encuentran los autores directo, mediato o coautor, que son aquellos que ejecutan sus propios comportamientos delictivos sobre la base del dominio del hecho. Por otro lado, nos encontramos con sujetos que no dominan el hecho, pues participan en un hecho ajeno son los partícipes inductores, cooperadores necesarios y cómplices. Para que exista participación debe constatarse previamente el hecho principal de un autor al que relacionar el hecho accesorio del partícipe.

El partícipe no realiza el hecho prohibido en sentido estricto, ni tiene dominio del hecho. Por eso mismo, nunca puede lesionar el bien jurídico tutelado sin embargo su responsabilidad penal se justifica en tanto y en cuanto a su conducta contribuye a poner en peligro el bien jurídico que será lesionado por el autor. Para caracterizar correctamente la participación debemos analizar brevemente la accesoriedad y la unidad del título de la imputación.

a) Accesoriedad: El hecho del partícipe está en relación de dependencia con el delito cometido por el autor. La doctrina considera mayoritariamente que la participación es accesorio a la autoría. El partícipe no contraviene la prohibición que establece la norma penal directamente sino la prohibición ampliada por las reglas de la participación, Hay una relación de dependencia o subordinación con el delito principal. La participación se rige por el principio de accesoriedad limitada, esto es, que supone que el autor debe realizar una acción típicamente antijurídica. Debe quedar claramente delimitado el hecho principal dolosamente cometido por el autor a partir de ese hecho se construirá la responsabilidad del partícipe el requisito de accesoriedad funciona como un importante límite pues si no existe el hecho principal con las características enunciadas el comportamiento de eventuales partícipes será totalmente impune Lo que no exige este principio de accesoriedad limitada es que el autor del hecho principal sea culpable en consecuencia el inductor o cooperador necesario de un delito cometido por un inimputable podrá ser sancionado penalmente como partícipe independientemente de la responsabilidad penal del autor principal.

b) *Unidad del título de la imputación* los partícipes responden por el mismo título de imputación por el que responde el autor. Para la doctrina mayoritariamente debe aplicarse la unidad del título de imputación o unidad de la calificación jurídica no puede romperse este título haciendo responder autores y partícipes cada uno por separado. Ello tiene consecuencias muy importantes en la participación en delitos especiales que analizaremos posteriormente como es nuestro delito de protección a la violación de datos personales vamos a ver si hay cómplices o autores, instigadores o partícipes.

En la doctrina existen 3 *supuestos de Participación: la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad* en ninguno de ellos existe el dominio del hecho la inducción y la cooperación necesaria no son por lo tanto supuestos de autoría, esos partícipes se consideran autores lo que puede tener efecto para la pena.

LA INDUCCIÓN.- Por lo que hace a la inducción también se consideran autores los que inducen directamente a otro o a otros a ejecutar el hecho delictivo, el inductor es un partícipe pero un partícipe muy especial porque su conducta es considerada como muy trascendente en base al peligro que supone para el bien jurídico tutelado. La pena del inductor se equipará a la del propio autor no advirtiéndose un tratamiento más favorable por el hecho de tratarse de un partícipe sin embargo esto no nos debe llevar a confusiones la inducción es accesorio y por lo tanto debe constatarse el delito principal al que esta conducta debe ir relacionada.

La inducción consiste en hacer surgir en otro la resolución delictiva el inductor provoca dolosamente al autor para que dé comienzo a la ejecución del delito, sin embargo, debe destacarse que el inductor no posee el dominio del hecho que siempre debe estar en manos del autor. Por otra parte la inducción debe ser dolosa se habla del doble dolo del inductor pues debe perseguir los objetivos por una parte provocar la resolución delictiva en el futuro autor y por otra que el resultado del delito inducido se materialice esto es que se lleve finalmente a cabo. La inducción requiere que se constaten dos requisitos uno debe ser directa y dos debe ser eficaz.

LA COOPERACIÓN NECESARIA .- La cooperación necesaria consiste en una de las formas de favorecimiento del hecho ajeno, también son considerados autores los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado pese a la referencia a la autoría la complicidad recibe una pena inferior y el cooperador una pena necesaria la delimitación de la cooperación necesaria de la complicidad no es nada sencilla teniendo en cuenta que ninguno de ellos tiene el dominio del hecho la doctrina ha elaborado distintas teorías al respecto: Criterio de la necesidad, criterio de la escasez según Gimbernat con su teoría de los bienes escasos si lo que aporta el autor según las circunstancias es un bien escaso el partícipe será cooperador necesario si lo aportado es en esas circunstancias un bien abundante habrá complicidad.

COMPLICIDAD.- La complicidad funciona residualmente los que cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos en consecuencia su formulación es negativa, debe de tratarse de sujetos que no posean el dominio del hecho y cuyo comportamiento no sea lo suficientemente relevante como para que al faltar su aportación el acto no se hubiera efectuado, reiteramos la aplicación del criterio de los bienes escasos es útil para diferenciar en las formas de participación.

FORMAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN INTENTADAS⁷¹⁰.- El Dr. Daza, sostiene que, en las formas imperfectas de ejecución de los tipos de peligro abstracto, sí procede la culpa, toda vez que incumplir con lo que la norma ordena siendo previsible y que con esto, se ponga en peligro un bien jurídico tutelado, configura desde un ámbito normativo, plenamente, los tipos de peligro abstracto. Lo

⁷¹⁰ Roxin, Klaus, "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", en *revista penal*, número dos, Barcelona, editorial praxis, 1998. Ver Daza Gómez, C, *Imputación Objetiva en la participación*, ob. cit., pp. 87-110, *El fundamento de la intervención accesoria*, pp.143 y algunos tipos especiales de la coautoría, pp. 231 y ss. La tesis diferenciadora en la coautoría imprudente. y Tentativa Culposa, explica la tentativa en la coautoría culposa, especialmente en los delitos de peligro de manera clara y con ejemplos, pp. 357-397.

que constata que la forma imperfecta de ejecución queda en tentativa de peligro abstracta.⁷¹¹

LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS ESPECIALES.- Los delitos especiales son aquellos en los que el tipo limita el círculo de posibles autores a determinados sujetos como creemos que es el caso de los datos personales al incorporar entre sus requisitos ciertas características en el autor que concurren en un número limitado de personas. En consecuencia, no todo el mundo puede cometer estos delitos sino únicamente aquellos que reúnan las características requeridas. En este sentido los delitos especiales se contraponen a los comunes, en los que cualquiera puede acceder a la condición de autor.

La peculiaridad de los delitos especiales consiste en la existencia de sujetos cualificados también llamados *intraneus*, que son quienes se encuentran dentro del círculo marcado por la ley para poder ser autor del delito. Quienes no reúnen esa característica, constituyen los *extraneus* y no pueden ser autores de delitos especiales. Sin embargo, eso no nos puede llevar a confusión los *extraneus* no pueden ser autores, pero pueden ser partícipes. Las normas especiales van dirigidas a toda *intraneus* y *extraneus* en relación a estos últimos la norma procura evitar que participen en un delito especial un sujeto cualificado.⁷¹²

Los delitos especiales presentan peculiaridades respecto a los delitos comunes en materia de autoría y participación.

Precisamente por superar las críticas que enfrentan otras teorías, la de Roxin no exenta de críticas, pero está ganando muchos adeptos en Europa y en Latinoamérica.

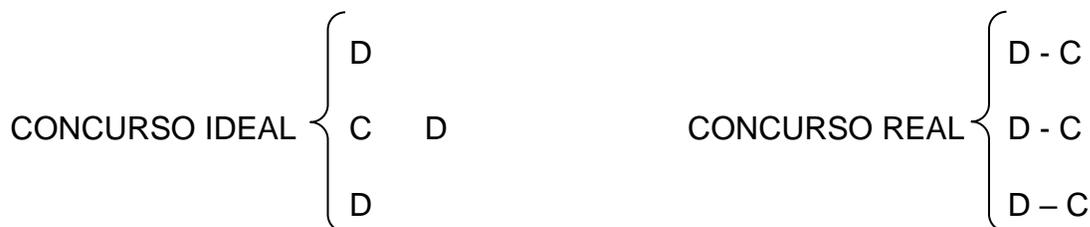
Lo que debe quedar claro es que, en todos los casos, siempre se ha condenado a quien dentro de una organización criminal da la instrucción genérica de cometer un delito que un sujeto indeterminado perpetra. Lo que ha cambiado son las razones teóricas para fundamentar esa responsabilidad.

⁷¹¹ Daza Gómez, *La Imputación Objetiva*, ob. cit., p. 396.

⁷¹² Ibidem p. 298.

VII. UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS

Es otro tema muy importante, pero lo dejo para otra investigación. Es todo un tema cuando hay concurso ideal, cuando real, y la regla para las punibilidades.⁷¹³



⁷¹³ Ver CPCDMX artículos 28.- Hay concurso ideal, cuando con una sola acción o una sola omisión se cometen varios delitos. Hay concurso real, cuando con pluralidad de acciones u omisiones se cometen varios delitos. Art. 79 ARTÍCULO 79 (Aplicación de la sanción en el caso de concurso de delitos). En caso de concurso ideal, se impondrán las sanciones correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad, las cuales podrán aumentarse sin rebasar la mitad del máximo de la duración de las penas correspondientes de los delitos restantes, si las sanciones aplicables son de la misma naturaleza; cuando sean de diversa naturaleza podrán imponerse las penas correspondientes a los restantes delitos. no podrá exceder de 70 años. En caso de concurso real, se impondrá la pena del delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda del máximo 70 años.

CPF artículos Artículo 18.- Existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos. Artículo 19.- No hay concurso cuando las conductas constituyen un delito continuado y las punibilidades en Artículo 64.- En caso de concurso ideal, se impondrán las sanciones correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad, las cuales podrán aumentarse sin rebasar la mitad del máximo de la duración de las penas correspondientes de los delitos restantes, siempre que las sanciones aplicables sean de la misma naturaleza; cuando sean de diversa naturaleza, podrán imponerse las consecuencias jurídicas señaladas para los restantes delitos, con excepción de los casos secuestro y trata de personas. En caso de concurso real, se impondrá la sanción del delito más grave, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda de 60 años.

CAPÍTULO CINCO

LA NORMA PENAL DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

ANÁLISIS JURÍDICO DESDE LA TEORÍA FUNCIONALISTA

A. Teoría del nuevo tipo penal de transgresión de datos personales.

He aquí lo medular de nuestra propuesta, convencidos que en el año 2020 del Siglo XXI, debe darse un salto cuántico en la dogmática penal y en la praxis penal, de ahí la invitación de que se tipifique la protección de datos personales y que se haga conforme a la teoría funcionalista, su análisis y sobre todo que el derecho adjetivo y las normas penales sigan esta nueva teoría, cuyo objetivo principal es que se haga una imputación objetiva al responsable y que la pena que se le aplique sea con el fin de que se le garanticen sus derechos en el proceso y que se le reinserte a la sociedad y que, los demás ya no delincan, desde un punto de vista positivo, porque van a continuar respetando el ordenamiento jurídico al comprobar que el funcionamiento de las instituciones del sistema penal contribuye al mantenimiento de la paz social.

Se critica a la dogmática tradicional precisamente su alejamiento de la realidad vital y se parte de la idea de que su orientación a finalidades político-criminales supone un acercamiento a los fenómenos de existencia conflictiva que materialmente se viven en la sociedad. La teoría funcionalista, *ha desarrollado categorías dogmáticas que mantengan siempre su vinculación directa con las necesidades sociales antes que la perfección lógica-formal del sistema.* Y esa vinculación se entiende realizada con la referencia a parámetros de naturaleza político-criminal. Un ejemplo de esto es la inclusión de la teoría del riesgo permitido en el ámbito de la imputación objetiva.

En este ámbito de la teoría del ilícito, las categorías básicas del delito permanecen, pero con diversa significación funcional.

El tipo es concebido, como determinación técnica de la ley penal bajo las exigencias del principio del *nullum crimen sine lege*,

La antijuridicidad es contemplada como el ámbito donde se proporcionan las soluciones a los conflictos sociales y

La culpabilidad es asociada a la necesidad de pena en atención a las distintas aspiraciones preventivas.

En un plano más concreto, tres son las aportaciones más notables que se han de destacar:

El redescubrimiento y dotación funcional de la institución de la imputación objetiva,

La reelaboración de la categoría de la culpabilidad bajo una nueva concepción de la responsabilidad, y

La nueva formulación de la teoría del dominio del hecho en el marco de la autoría y de la participación.

B. Bien Jurídico

Aspecto importante de mi propuesta es el bien jurídico a proteger.

El bien jurídico es el interés individual y colectivo que se protege en el tipo penal.

En el funcionalismo la política criminal es para la protección de bienes jurídicos.

Considero que el bien jurídico es el elemento básico en la estructura del tipo legal y el que justifica la existencia de la norma penal., la lesión que se le infiere o al menos el peligro al que se le expone, da lugar a la concreción de la pena.

Es notorio que hoy en día la intimidad de una persona puede verse menoscabada si se utiliza de manera indebida la información de un banco de datos informatizado.

El sujeto brindó información relativa a su persona para un determinado fin, pongamos por ejemplo un sistema de salud. Sin embargo, de manera inescrupulosa esa información, en algunos aspectos confidenciales, pasa de mano en mano, en cuestión de segundos, con fines totalmente distintos, movidos por intereses que van desde el comercio hasta la política. Esa información, expuesta de esta forma al público, un público cada vez mayor e indeterminado por la informatización y el

enorme desarrollo de los medios de comunicación, deja de ser precisamente íntima. La dignidad de la persona se ha visto afectada.

A nivel federal y local se derogo el delito de la difamación ⁷¹⁴. Que protegía el honor y la dignidad y lo pasaron al ámbito civil no existen ordenamientos o disposiciones que sancionen este tipo de conductas penalmente. El vacío exige recurrir a interpretaciones extensivas, riesgosas en sistema del Derecho Penal liberal, o dejar impunes tales situaciones, precisamente esta lentitud en el ámbito de protección los derechos fundamentales de la personalidad, en el de la protección de la dignidad humana, y de los datos personales es inadmisibles porque mientras tanto se producen daños muy importantes por el tipo de bien jurídico afectado y por el número de éstos.

En segundos, con subirlo a la nube, hacer una copia en USB, puede exponerse la intimidad de muchísimas personas, de una vez y en cuestión de segundos. *Precisamente es en el ámbito de las aplicaciones tecnológicas donde pueden darse estas agresiones no tipificadas.*

La velocidad de los desarrollos en tecnología informática hace que ningún sector del Derecho, por su mismo proceso de formación, esté en condiciones de seguir. A su vez, las necesidades y evolución en la informática como lo comentamos en el capítulo de la Web.2 a Web.5, las redes sociales, suponen hoy en día intromisiones impensadas, o pensadas sí pero como imposibles. En países como Francia, Alemania y Colombia ya tienen tipificados delitos que protegen los datos personales expreso.

Desde luego que la combinación de las consecuencias de la aplicación de la tecnología con ese perfeccionamiento en la apreciación de los derechos de la

⁷¹⁴ Derogado por el artículo tercero transitorio de la ley de responsabilidad civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el distrito federal, gaceta. oficial. 19 de mayo de 2006. El proyecto de iniciativa del CNP, que se presentara en el Congreso este año, tipifica nuevamente el delito de difamación e injurias. En el proyecto de iniciativa de CNP, que se presentara en 2020 al legislativo, se tipifica nuevamente el delito de difamación en el capítulo de delitos.

dignidad humana es posible. En algunos casos la aparición de nuevos medios tecnológicos hará descubrir precisamente nuevas facetas a los derechos humanos fundamentales. Incluso algunos derechos cambiarán de categoría y ascenderán a la de fundamentales como es el caso ya de los datos personales.

Por eso es por lo que propongo que esa evolución debe ser captada de manera inmediata por el Derecho Penal. Tipificarse en el CPF, y un tipo penal cuyo bien jurídico tutelado sea precisamente la protección de los datos personales como parte de la dignidad humana y, también una agravante genérica cuando se produzca un daño material. Los actos u omisiones que produzcan un menoscabo de la dignidad de la víctima al violentar sus datos personales serán castigados con una pena de prisión mínima, multa, trabajo a favor de la comunidad y reparación del daño y tratándose de personas jurídicas la consecuencia debe de incluir servicio a favor de la comunidad, en materia de las TIC.

La crítica a la vaguedad o indeterminación de la expresión *dignidad humana* debe superarse con construcciones doctrinarias que la expliciten, como hemos intentado hacer, para no caer en tipos abiertos. La confianza en los sistemas judiciales de países con democracias cada vez más asentadas, hace posible apoyarse más en la tarea imparcial y prudente de los jueces sin que llegue a ser discrecionalidad.

Quedó asentado en el capítulo segundo que la Intimidad como derecho humano, es aquel ámbito de mayor interioridad, autonomía y profundidad del sujeto. Porque en cuanto persona está dotada de razón y libertad que le permiten dirigir su vida hacia un fin último y a la relativización del ser humano a otro o en función de otros criterios su eficacia económica o laboral, o de lo que produce, o de la belleza de su cuerpo o plenitud física o psíquica, o por la autoconciencia de su propia personalidad, o el ejercicio de sus facultades intelectuales.

Se trata de impregnar de un nuevo humanismo este tema y dejar de lado el resultado nefasto de un relativismo que predomina incontrovertible porque el derecho dejará de ser tal si no está fundamentado sólidamente en la inviolable dignidad de la persona.

La defensa de la dignidad humana pretende llevar la discusión a un ámbito más profundo, en términos más reales, desprovistos de los apasionamientos y problemas terminológicos que hoy la comprometen.⁷¹⁵

A partir del bien jurídico se derivan las conductas idóneas para producir su lesión, considerar que del Bien Jurídico depende la cantidad de elementos que han de incluirse en el tipo legal. La mayor o menor amplitud de la protección, que se quiera dar al bien, condicionan el número y clase de elementos. Para una protección amplia una menor cantidad de elementos, para una protección limitada una mayor cantidad de elementos.⁷¹⁶

Y debe superarse la teoría que sostenía que, si el valor del bien es alto, debe tener penas altas, y si el valor del bien es bajo, penas bajas, no es en proporción del valor del bien la pena si con el fin de vivir en una sociedad en paz, donde se respete al otro. Es el tratamiento indebido el que vulnera los bienes jurídicos protegidos en el tipo penal, específicamente: la privacidad y la autodeterminación informativa de las personas. *Lege ferenda*.

Lo que sí deben existir uno o más bienes a proteger para que se establezca la sanción, la pena.⁷¹⁷Y no es un expansionismo penal.

C. Política Criminal en el Funcionalismo

El funcionalismo consiste básicamente, en que toda estructura del delito debe ir encaminado hacia un propósito, en el que no puede separarse de la política criminal, del Estado, y el fin de la pena.

⁷¹⁵ Ver Montano J Pedro; *Dignidad Humana Protegida en el Derecho penal*, https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_36.pdf, profesor Agregado de Derecho Penal Universidad de la República de Uruguay.

⁷¹⁶ Islas, Olga, ob. cit., p. 32.

⁷¹⁷ Autores como Rodríguez Manzanera y Olga Islas sostienen doctrinalmente la diferencia entre punibilidad, punición y pena, pero considero esto es doctrinario y lingüístico, porque el legislador y el juez hablan de pena indistintamente, entendiéndose como sanción en genera. Ver Rodríguez Manzanera, ob, cit, pp. 87-97, Islas, Olga, ob cit. pp. 24-26.

Pero que entiende por política criminal. Que quede claro que significa para su principal expositor alemán e investigando encontré este artículo que resumo y recomiendo leer.⁷¹⁸

Roxin entiende la Política Criminal como: La cuestión de *cómo debe tratarse a las personas que atentan contra las reglas básicas de la convivencia social* y con ello lesionan o ponen en peligro al individuo o a la comunidad constituye el objeto principal de la Política Criminal.

Por un lado, se basa *como ciencia* en el conocimiento objetivo del delito en sus formas de aparición jurídicas y empíricas; por otro lado, pretende, como *clase de política*, llevar a cabo ideas o intereses concretos. Como teoría, intenta desarrollar una estrategia decidida de lucha contra el delito; pero como también ocurre por lo demás en la política, la realización práctica depende a menudo más de las realidades preexistentes que de la concepción ideológica.

De esta definición, podemos señalar, los siguientes rasgos conceptuales:

- a) La Política Criminal es una disciplina que se estructura en torno a la estrategia de lucha contra el crimen.
- b) Su función va más allá, alcanza al tratamiento de la problemática de los ciudadanos que perpetran hechos delictivos. La cuestión de cómo debe tratarse a las personas que atentan contra las reglas básicas de la convivencia social y con ello lesionan o ponen en peligro al individuo o a la comunidad constituye el objeto principal de la Política Criminal.

⁷¹⁸ Borja Jiménez, Emiliano, *Un concepto de política criminal, una aproximación desde la obra de Claus Roxin*, ADPCP VOL. LVI, 2003, pp. 24, profesor de la Universidad de Valencia que comenta que le solicitaron aportaciones para libros homenaje a Roxin por eso empezó esta investigación no la entrego en tiempo, pero la comparto, y he de ser sincera, porque explica las dudas que me habían surgido en mi investigación y coincido con él en sus conclusiones. muy recomendable su lectura,

https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2003-10011300150

c) Es una disciplina que se encuentra entre la ciencia y la política. Por un lado, se basa como ciencia en el conocimiento objetivo del delito en sus formas de aparición jurídicas y empíricas; por otro lado, pretende, como clase de política, llevar a cabo ideas o intereses concretos.

d) Su metodología se desarrolla entre el ámbito de la elaboración teórica y el plano de su incidencia práctica en la realidad social. La Política Criminal adopta una singular posición intermedia entre ciencia y configuración social, entre teoría y práctica.⁷¹⁹

Reitero que el objeto principal de la Política Criminal queda ahora conformado por la cuestión de cómo debe tratarse a las personas que atentan contra las reglas básicas de la convivencia social y con ello lesionan o ponen en peligro al individuo o a la comunidad.

Para Roxin, por tanto, en un Estado de Derecho la Política Criminal se limita a sí misma, pues solo puede pretender *luchar contra el fenómeno delictivo desde parámetros de legalidad y respeto a las garantías de todos los ciudadanos*⁷²⁰

⁷¹⁹ Juicios de esta interpretación. Cuando Roxin pronuncia su conferencia en 1970, Europa Occidental está recibiendo con gratitud los beneficios del Estado Social. Es la época del Estado del bienestar, del Estado intervencionista que procura llevar a cabo una política de plena igualdad de los ciudadanos, otorgándoles a todos ellos los bienes materiales suficientes para que su dignidad y desarrollo moral sean los propios de la imagen del ser humano de la cultura occidental de ese tiempo. Sin embargo, frente al Estado intervencionista del primer tercio del siglo XX, que degenera a la izquierda y a la derecha en posiciones ideológicas autoritarias o totalitarias, se quiere seguir manteniendo la estructura democrática tradicional del liberalismo, con el pleno respeto a los derechos humanos y a las libertades públicas. Quiero decir con ello que Claus Roxin también es hijo de su tiempo, y cuando presenta su propuesta sistemática, es cuando mayor auge ha alcanzado el Estado social y democrático de Derecho que comienza a decaer con la crisis de 1973. página 124.

Yo digo también debemos recordar que vivió la segunda guerra mundial, que los marco a los alemanes, a la fecha, vas a Alemania y no quieren hablar de ese episodio.

⁷²⁰ Ibidem p. 126.

La función del derecho penal se basaría en el mantenimiento de la coexistencia social a través de la protección de los bienes jurídicos más relevantes para hacer posible esa convivencia humana. Y dicha protección subsidiaria de bienes jurídicos se llevará a cabo a través de la prevención especial y de la prevención general de delitos, cometido que se le atribuye a la consecuencia jurídica fundamental del injusto culpable, la Pena.

Pena entendida como: La prevención general, más que intimidatoria como compulsión psicológica que incide en el resto de la ciudadanía a no delinquir ante la imagen de las nefastas consecuencias de la condena a un ciudadano declarado culpable, es concebida positivamente en el sentido de que el resto de la ciudadanía continuara respetando el ordenamiento jurídico al comprobar que el funcionamiento de las instituciones del sistema penal facilita la paz social frente a insoportables perturbaciones.

Y la Prevención Especial, en esta misma línea de pensamiento, los aspectos de *la reintegración social del individuo, intentando recuperarlo para la comunidad*, que tras la faz negativa que ver la en la ejecución de la condena un escarmiento para evitar futuras reincidencias. Es así como se pretende buscar ese difícil equilibrio en la lucha contra el crimen, entre libertad y respeto a las garantías del individuo, y seguridad ciudadana.⁷²¹

El Derecho penal en este entendimiento *es un factor integrador social*, en cuyos efectos también se incluye al autor, *pues con el castigo se soluciona el conflicto*

⁷²¹ El Derecho penal en este entendimiento es un factor integrador social, en cuyos efectos también se incluye al autor, pues con el castigo se soluciona el conflicto social producido a través del hecho, de modo que el autor puede ser integrado socialmente. Roxin, *Política Criminal y estructura del delito*, op. cit., pp. 46-47.

*social producido a través del hecho, de modo que el autor puede ser integrado socialmente.*⁷²²⁷²³

D. Consecuencia jurídica la pena:

*La Política Criminal esta imbuida también en la consecuencia jurídica como lo explicamos párrafos anteriores en la concepción Roxiniana, está latente en la vida cotidiana. Conoce de los problemas de seguridad ciudadana que sufre una comunidad dada. Ensayo las estrategias que el poder político estima adecuadas para hacer frente al fenómeno delictivo. Establece las pautas más razonables para la prevención del delito, y por ello toma en consideración al propio sujeto delincente y se preocupa por elaborar fórmulas para su tratamiento, respetando sus derechos básicos como ciudadano. Pero el autor va más lejos. No solo concibe el ámbito de lo político-criminal inmerso en la realidad social, sino que lo percibe como orientado hacia el marco de resolución justa del caso concreto*⁷²⁴

Además, busca la justicia. La propia Política Criminal, al igual que el mismo Derecho Penal, busca ese difícil equilibrio entre protección de la sociedad ante las agresiones más graves a los bienes jurídicos individuales y colectivos, por un lado; y respeto a la dignidad y libertad del ciudadano, por otro lado. Es este, a mi modo de ver, el

⁷²² Ver video de Diego Moran, un colombiano, excelente salsero, estuvo años en una cárcel de Estados Unidos, por transportar bolas de cocaína en el estómago, salió hace 13 años, no ha recaído, dice aprendió la lección. es exitoso en lo que hace tocar salsa, reconocido mundialmente, y dice que el haber estado en la cárcel le sirvió, estudio, recapacito, nunca más ha cometido delito no falta alguna, seguramente tal vez hay testimonios de presos en México que se han redimido, por ellos no por el sistema, ese es todo otro tema, pero es una muestra de que la política criminal especial que refiere Roxin es viable, a que hubieran dejado 25 años, art 194 CPF por cierto uno de sus éxitos es sobredosis, <https://www.youtube.com/watch?v=5gsVwMe3iow>, minuto 3:49 a 7:19 su testimonio

⁷²³ Borja Jiménez, Emiliano, op. cit., pp. 46-47. Ver Roxin, *Política criminal y estructura del delito. anuario de derecho penal y ciencias penales*, fascículo 1 BOE, España 1993, Elementos del delito en base a la política criminal, traducción: Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, Barcelona, Ed. PPU Promociones y Publicaciones Universitarias, 1992, p. 143.

⁷²⁴ Borja Jiménez, ibídem, p. 138.

entendimiento que cabe hacer de la exigencia de resolución justa del caso concreto, Roxin pondera, por una *Política Criminal con Justicia*.

Cabe señalar que entiende que la referencia a lo político-criminal, por tanto, en el lenguaje del profesor alemán, manifiesta una *relación entre utilidad social y justicia, entre resolución de conflictos y racionalidad* que debe satisfacer los intereses legítimos de los diferentes sujetos protagonistas del sistema penal. En otras palabras, justa al caso que concretamente pueda aparecer en la realidad. Se está poniendo el acento en la racionalidad de la respuesta penal tomando en consideración necesidades e intereses individuales y sociales.

Hasta aquí el resumen. En palabras simples estrategias para prevenir y combatir, resarcir los delitos.

E. Responsabilidad de las Personas Morales

El tema de las consecuencias jurídicas de las personas morales es muy polémico aún. Pero en el Estado de derecho que vivimos y en relación con el Funcionalismo podemos comentar que si existe la Responsabilidad de las personas morales⁷²⁵

Y es que al hablar de responsabilidad debe quedar claro si el concepto parte de la sustitución del juicio de reproche o bien, es la consecuencia procesal de un acto en particular. En todo caso, la voluntariedad y conocimiento que exige la culpabilidad, siempre serán un gran reto para quien diserte sobre este tema.

⁷²⁵ Para este tema ver Dr. Alberto Enrique Nava Garcés Ciudad Universitaria, enero de 2015 Blog de Alberto E. Nava Garcés sobre temas de derecho penal y nuevas tecnologías. *La responsabilidad penal de las personas morales* de Paul Martín Barba, México, Porrúa, 2015. Flores García, Fernando, *Principales Corrientes acerca de la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica Colectiva*, en *Liber Ad Honorem Sergio García Ramírez*, Tomo II, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998. García Arán, *ante algo distinto del Derecho Penal*. Ribas, Ramón Eduardo, *La persona jurídica en el derecho penal. Responsabilidad civil y criminal de la empresa*, Granada, Editorial Comares, 2009, pp. 281–282. Martín Barba, Paul, *La Responsabilidad de las Personas Morales en México*, México, Porrúa, 2015, p. 577.

Como vivimos en un Estado de derecho, democrático, y conforme al artículo 133 Constitucional, es ley las consecuencias jurídicas de las personas morales, toda vez que México ha suscrito y ratificado, instrumentos internacionales, entre los cuales destacan la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción que contienen la posibilidad de que los Estados legislen sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

*La Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional*⁷²⁶ en su artículo 10 señala:

Artículo 10. Responsabilidad de las personas jurídicas Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción⁷²⁷ establece lo siguiente:

Artículo 26. Responsabilidad de las personas jurídicas Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

⁷²⁶ Resolución del 15 de noviembre de 2000, <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

⁷²⁷ Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003, precisamente en Mérida Yucatán, México, y entro en vigor en diciembre de 2005, https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/04-56163_S.pdf

México lo ratificó en julio de 2004.

Código Nacional de Procedimientos Penales en sus artículos 421 al 425, podemos vislumbrar que el procedimiento penal a las personas jurídicas apenas está en sus comienzos publicado en 2014.

Y el CPCDMX, que reconocemos es mucho más innovador que el anquilosado CPF, también se reformó. El 22 de diciembre de 2014 se publicó en la Gaceta del Distrito Federal el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan, diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal que establece reglas para aplicarse más allá de la responsabilidad de las personas físicas que los componen, de modo tal que se incluyen capítulos novedosos los enunciare nada más, porque comentar cada uno es tema de otra tesis, pero que quede inscrito y va en concordancia con el contexto internacional, como lo señalamos capítulos anteriores al comentar el reglamento de la Unión Europea en materia de Protección de Datos Personales.

Bien, el CPCDMX de los artículos 27 a 27 *quintus* estipula entre otras cosas:

Responsabilidad penal en el seno de una persona moral o jurídica y de esta contempla el actuar de las personas jurídicas en grado de tentativa.

Serán responsables penalmente de los delitos dolosos o culposos, y en su caso, de la tentativa de los primeros.

El juez deberá observar el principio de proporcionalidad para la imposición de las sanciones.

Y también hipótesis de no exclusión de responsabilidad de las personas morales, aunque para la persona física aplique una excluyente del delito.

Otra novedad es que Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona moral o jurídica haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito, las siguientes conductas:

a). - Colaborar en la investigación; o b).- Reparar el daño, entre otras.

El artículo 32 señala Consecuencias accesorias para las personas morales o jurídicas. El juez podrá aplicar a la persona moral o jurídica las siguientes consecuencias jurídicas accesorias en X fracciones entre las novedosas, esta:

Retiro de mobiliario urbano, incluidas casetas telefónicas o parte de ellas, cuando éstos no hayan sido removidos por otra autoridad. Custodia de folio real o de persona moral o jurídica; Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o sociales, por un plazo de hasta de quince años; y

Así mismo señala agravantes. Las sanciones previstas para la persona moral o jurídica podrán incrementarse hasta la mitad cuando ésta sea utilizada como instrumento con el fin de cometer delitos.

Y el artículo 38 también innovador: Establece (Días de multa para la persona moral o jurídica). La multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al Gobierno del Distrito Federal fijada por días multa. Los mínimos y máximos atenderán a cada delito en particular.

El día multa equivale a la percepción neta diaria de la persona moral o jurídica responsable de la comisión del delito, al momento de cometer el delito.

El límite inferior del día multa será equivalente al triple del valor, al momento de cometerse el delito, de la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México prevista en la Ley de la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México, y que se actualizará en la forma establecida en esa Ley.

En los casos que se imponga una multa a la persona moral o jurídica, ésta no podrá ser menor a 30 días multa ni exceder de diez mil días multa, salvo los casos señalados en este Código. Y establece lo que debe tomar en Cuenta el Juez para fijarlas.

El artículo 68, alcances y duración de las consecuencias para las personas morales. De este precepto cabe resaltar que el plazo de estas medidas de hasta cinco años.

Entonces, ya está el derecho adjetivo y sustantivo; es un hecho la Responsabilidad de las Personas Jurídicas, por eso, mi propuesta de que también tengan como sanción el Trabajo a Favor de la Comunidad, en delitos previstos en leyes Penales Federales. Lo aprecio viable, e inclusive podría complementarse con la figura del *compliance*, que es tema de otro trabajo de investigación; de la lectura del artículo 11 bis *in fine* del CPF y 422 del CNPP.

F. Datos de pruebas, medios de pruebas o pruebas

Cuando el legislador tipifica una conducta, también debiera hacer un análisis pormenorizado, de los medios de prueba con los que se va a acreditar esa conducta típica. Para este tema solo queremos resaltar la importancia de la policía cibernética y peritos en la materia.

La cibercriminalidad va más allá de los hackers y los piratas ciberespacio es entender que se trata de un ambiente intangible los bytes no tienen peso olor ni color y viajan a la velocidad de la luz. El mundo digital no deja huellas de sangre es más difícil acreditarlo, sin embargo, en la red ocurren muchas cosas que no se pueden percibir. Los delitos informáticos son invisibles de acuerdo con el FBI, solo 11 por ciento de ellos es denunciado.

El departamento de la defensa de Estados Unidos realizó miles de intromisiones intencionalmente. En las computadoras del Gobierno Federal, de las cuales el 99 por ciento no fue detectado por los sistemas del Ejército. Si no pueden percatarse de los ataques como proporcionar recursos necesarios para combatir el problema.

Es importante considerar la cantidad de datos que se pueden almacenar.

Por ejemplo, el obelisco de Washington mide 180 metros de altura si imprimiéramos el contenido de un disco duro de 10 GB la altura que alcanzaría la torre de Babel sería de 380 metros dos veces el tamaño del monumento de Washington.

La Policía y el Gobierno deben cambiar porque los delincuentes están más adelante cada día los criminales se han adaptado rápidamente a las nuevas tecnologías, no usan armas de fuego en esta época los delincuentes Usan la tecnología antes que

la policía, la transición de ésta ha sido más lenta cuando ocurre un robo en la red como sabemos dónde es el ladrón quien comete el delito puede estar en cualquier país conectado junto a ti el anonimato en la red constituye un problema pueden enviar correos electrónicos sin datos del emisor a través de un servidor que borra la información original y cambiar de correos. en la red también hay el problema de las direcciones de protocolo los IP son un tipo de dirección existente en la red cada computadora se conecta y tiene su dirección IP, es una manera de identificarse en la red y de localizar a la gente que se busca el problema es que *las direcciones IP también se pueden falsificar.*

Un sistema seguro puede ser perpetrado por un inseguro esto es un tema a nivel mundial porque la amenaza puede venir de cualquiera y hacia cualquiera.

En los países ricos piensan en la seguridad informática, pero en los de desarrollo los gobiernos deben trabajar aún más con la policía y las leyes. ausencia de uniformidad dentro del mundo en las leyes de la materia, dificultades para la obtención de evidencias en cada país porque lo que es legal en Estados Unidos es ilegal en Brasil o en Israel o en Japón.

Dice Goodman que se tiene que crear un sistema para efectuar un análisis forense de las computadoras para poder obtener evidencias criminales recordemos que en Estados Unidos le llaman criminal a cualquier delito, con un análisis forense cibernético el primer paso es determinar, si ha ocurrido o no un delito llevar a cabo un análisis forense del software con herramientas especializadas eso es lo más importante contar con las herramientas necesarias que no alteren o no borren el contenido del disco duro, a la evidencia el análisis forense de la computadora y pruebas con las huellas digitales.

Ocurre igual con la información guardada en las computadoras dice el autor nosotros investigamos que hay en los archivos en los expedientes desechados, la operación de desechar la basura informática o de reintegrarla o reformarla no la borra la memoria de la máquina, desechar no significa desaparecer. En las computadoras tenemos reciclaje de la basura que existe en Windows, muchas personas piensan está en la basura, todo está bien, no, no está bien, Para los

investigadores es fácil recuperar la prueba como la evidencia persiste en la basura y en muchas otras secciones de la computadora.

En el sistema de archivos es más complicado lo importante saber dónde buscar la prueba el correo electrónico las plataformas los buscadores utilizados es algo no tan difícil de investigar porque puede estar centralizado la computadora portátil también encuentras pruebas o en cualquier dispositivo electrónico.

En conclusión, dice el autor la internet está en crecimiento, por tanto, no puede ser ignorada la cantidad de información es abrumadora, los fiscales que comprenden esta situación serán los líderes del futuro, así lo creo Si se sabe dónde encontrar en la red consultará y encontrar a sus objetivos.

En México existe la Policía cibernética federal, hoy parte de la Guardia Nacional, y estatales. La Policía Cibernética de México es un grupo multidisciplinario de profesionistas, capacitado y actualizado continuamente en sus funciones, cuya principal actividad se centra en monitorear la red de Internet y sus actividades se complementan con el trabajo de campo. Su principal actividad es el combate de los delitos tecnológicos, aportando metodologías y tecnología al combate frontal contra la delincuencia, utilizando herramientas especializadas de hardware y software. Se trabaja en coordinación con las instancias federales, locales, municipales y organizaciones que contribuyan al combate y prevención de las conductas y actos criminales que atacan o utilizan los medios señalados.⁷²⁸

⁷²⁸ Ver Goodman Mark, cibercriminalidad conferencia magistral número siete, Instituto Nacional de Ciencias, México, 2003 14 páginas
Ver la página de la policía cibernética de CDMX, si dan respuesta <http://data.ssp.cdmx.gob.mx/ciberdelincuencia.html> tel. 52089898 y la de la Policía Federal, ahí no hemos encontrado respuesta rápida. Dentro de la Policía Federal Centro Nacional de Respuesta a Incidentes Cibernéticos (CERT- MX), instancia encargada de vigilar la integridad de la infraestructura tecnológica estratégica del país. Que está en reestructura, <https://www.gob.mx/policiafederal/articulos/centro-nacional-de-respuesta-a-incidentes-ciberneticos-de-la-policia-federal?idiom=es>

G. Mi Posicionamiento

Me adhiero a la teoría Funcionalista moderada de Roxin quien desea superar el formalismo jurídico de la dogmática tradicional, pero no se desea renunciar a ciertas ventajas que esta le aporta, como la seguridad jurídica, Desea acercar la dogmática penal a la realidad social por eso orienta la estructura integrada por conceptos y principios a finalidades político-criminales.

Así ese sistema metodológico en el que el autor combina criterios lógicos, normativos y ontológicos para llevar a cabo un mejor análisis de la realidad social y su configuración a través de la regla jurídica en orden a preservar las *condiciones de libertad y de justicia social para una digna convivencia humana*.

Para los delitos de protección de datos personales, no solo resultara eficaz la aplicación del Código Penal o de la LFPDPPP vigentes⁷²⁹, sobre todo otras

⁷²⁹ CPF Artículo 211 bis 1.- Al que sin autorización modifique, destruya o provoque pérdida de información contenida en sistemas o equipos de informática protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de cien a trescientos días multa.

Al que sin autorización conozca o copie información contenida en sistemas o equipos de informática protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de tres meses a un año de prisión y de cincuenta a ciento cincuenta días multa.

Artículo 211 bis 2.- Al que sin autorización modifique, destruya o provoque pérdida de información contenida en sistemas o equipos de informática del Estado, protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de uno a cuatro años de prisión y de doscientos a seiscientos días multa.

Al que sin autorización conozca o copie información contenida en sistemas o equipos de informática del Estado, protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de cien a trescientos días multa.

A quien sin autorización conozca, obtenga, copie o utilice información contenida en cualquier sistema, equipo o medio de almacenamiento informáticos de seguridad pública, protegido por algún medio de seguridad, se le impondrá pena de cuatro a diez años de prisión y multa de quinientos a mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal. Si el responsable es o hubiera sido servidor público en una institución de seguridad pública, se impondrá, además, destitución e inhabilitación de cuatro a diez años para desempeñarse en otro empleo, puesto, cargo o comisión pública.

Artículo 211 bis 3.- Al que, estando autorizado para acceder a sistemas y equipos de informática del Estado, indebidamente modifique, destruya o provoque pérdida

de información que contengan, se le impondrán de dos a ocho años de prisión y de trescientos a novecientos días multa.

Al que, estando autorizado para acceder a sistemas y equipos de informática del Estado, indebidamente copie información que contengan, se le impondrán de uno a cuatro años de prisión y de ciento cincuenta a cuatrocientos cincuenta días multa.

A quien, estando autorizado para acceder a sistemas, equipos o medios de almacenamiento informáticos en materia de seguridad pública, indebidamente obtenga, copie o utilice información que contengan, se le impondrá pena de cuatro a diez años de prisión y multa de quinientos a mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal. Si el responsable es o hubiera sido servidor público en una institución de seguridad pública, se impondrá, además, hasta una mitad más de la pena impuesta, destitución e inhabilitación por un plazo igual al de la pena resultante para desempeñarse en otro empleo, puesto, cargo o comisión pública.

Artículo 211 bis 4.- Al que sin autorización modifique, destruya o provoque pérdida de información contenida en sistemas o equipos de informática de las instituciones que integran el sistema financiero, protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de seis meses a cuatro años de prisión y de cien a seiscientos días multa.

Al que sin autorización conozca o copie información contenida en sistemas o equipos de informática de las instituciones que integran el sistema financiero, protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de tres meses a dos años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa.

Artículo 211 bis 5.- Al que estando autorizado para acceder a sistemas y equipos de informática de las instituciones que integran el sistema financiero, indebidamente modifique, destruya o provoque pérdida de información que contengan, se le impondrán de seis meses a cuatro años de prisión y de cien a seiscientos días multa.

Al que estando autorizado para acceder a sistemas y equipos de informática de las instituciones que integran el sistema financiero, indebidamente copie información que contengan, se le impondrán de tres meses a dos años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa.

Las penas previstas en este artículo se incrementarán en una mitad cuando las conductas sean cometidas por funcionarios o empleados de las instituciones que integran el sistema financiero.

Artículo 211 bis 6.- Para los efectos de los artículos 211 Bis 4 y 211 Bis 5 anteriores, se entiende por instituciones que integran el sistema financiero, las señaladas en el artículo 400 Bis de este Código.

Artículo 211 bis 7.- Las penas previstas en este capítulo se aumentarán hasta en una mitad cuando la información obtenida se utilice en provecho propio o ajeno.

LGPDPPP CAPÍTULO XI De los Delitos en Materia del Tratamiento Indebido de Datos Personales Artículo 67.- Se impondrán de tres meses a tres años de prisión al que, estando autorizado para tratar datos personales, con ánimo de lucro, provoque una vulneración de seguridad a las bases de datos bajo su custodia.

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

medidas, como una mayor presencia policial de la ciber policía, en la internet, el recurso de sanciones administrativas, y campañas publicitarias de prevención, y de concientización del valor de tus datos personales, pueden resultar quizás más fructíferas en la pretensión de alcanzar mayor grado de seguridad de bienes y personas en el tratamiento de datos personales . No debemos excluir entonces del objeto de la Política Criminal este conjunto de mecanismos para que no queden fuera del Derecho Penal.

Los juristas y en especial los penalistas, en general, somos poco dados al examen de realidades distintas de las que nos marca el propio ordenamiento jurídico, y de ahí que la mayoría deseché este concepto amplio porque escapa de su manejabilidad. Es por ello por lo que, para poder seguir utilizando categorías y métodos no muy diferentes de los que proporciona la Dogmática penal, se prefiera acudir al criterio estricto que circunscribe a la disciplina dentro de los férreos márgenes de la ley penal, sustantiva y adjetiva, y su repercusión en la prevención de delitos.

Por todo ello, la Política Criminal para cumplir sus fines de constituir una herramienta eficaz de lucha contra el delito, debe contemplar en su seno todos los mecanismos, estrategias, medidas e instrumentos, penales y extrapenales, que tiendan a evitar en el futuro un aumento de la ciber criminalidad en especial la que violenta el derecho a la protección de datos personales. La política criminal como globalización impacta en la dogmática penal, las normas son expresión de la política criminal de cada país. Tiene entre sus funciones garantizar los bienes jurídicos, prevenir el delito, resarcir el daño a la víctima para una sociedad en paz.

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

II. Estudio del delito de “Transgresión de Datos Personales” desde la perspectiva del Funcionalismo

A. Tipo y punibilidad.

El que, sin estar autorizado para ello, realice el Tratamiento de datos personales, contenidos en archivos o bases de datos, para su usufructo, para compartirlos o venderlos, Se le sancionara:

I.- Sí es sin autorización o conocimiento del titular, tendrá pena de 3 meses a 6 meses y trabajo a favor de la comunidad de 15 jornadas.

II.- Y si es beneficio propio o de un tercero la pena será de 6 meses a 9 meses, multa de 100 a 1000 UMAS, trabajo a favor de la comunidad, de 25 jornadas y reparación del daño.

III.- Y si obtiene un lucro: pena será de 6 meses a 9 meses, trabajo a favor de la comunidad, de 40 jornadas; reparación del daño y perjuicio, y devolución de lo obtenido tres veces más. Y si tienen calidad de garante se duplicará la pena.

Consecuencias jurídicas de las personas morales:

a) La prohibición de realizar operaciones o actividades, relacionadas con servicios de internet hasta por 6 meses.

b) Multa de 500 a 10 mil días multa. O EL 2% DE GANANCIAS ANUALES.⁷³⁰

c) Reparación del daño,

⁷³⁰ Ver CPDF dice que las multas no pueden exceder de. y si el máximo a ganar son 108 mil pesos mensuales. art 38 En los casos que se imponga una multa a la persona moral o jurídica, ésta no podrá ser menor a 30 días multa ni exceder de diez mil días multa, salvo los casos señalados en este Código. la UMA para este año está 84.49 diario

d) Trabajo a favor de la comunidad, 108 jornadas a favor de la comunidad, 2 por semana, en el ámbito de las TIC

Si se tratan datos sensibles y una persona con dominio del hecho se duplicará la pena.

Este delito se perseguirá por querrela del titular de los datos personales.

B. ESTUDIO DE LAS CATEGORÍAS Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS

ANÁLISIS DEL DELITO DE TRASGRESIÓN DE DATOS PERSONALES

CONCEPTO LEGAL

Art. 211 ter, CPF. El que, sin estar autorizado para ello, realice el Tratamiento de datos personales, contenidos en archivos o bases de datos, o cualquier medio electrónico, para su usufructo, para compartirlos o venderlos.

CONCEPTO GRAMATICAL

TRASGREDIR. Actuar en contra de una ley, norma o costumbre ⁷³¹

TRATAMIENTO. Manejar algo. 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.

USUFRUCTO. La definición clásica atribuida a PAULO señala que el usufructo es el derecho de usar y disfrutar de las cosas ajenas, salva su sustancia⁷³²

DATOS PERSONALES Información específica sobre alguien

BASES DE DATOS Conjunto de datos que se almacenan guardan, archivan

⁷³¹ Esta palabra se define a la acción y efecto de transgredir o transgredirse, en violar, desobedecer, infringir, vulnerar, contravenir, quebrantar, violar y conculcar alguna norma, ley, precepto o que puede incumplir alguna orden o simplemente cometer un pecado.

⁷³² <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/usufructo/usufructo.htm>

MEDIOS ELECTRÓNICOS.- cualquier mecanismo, instalación, equipamiento o sistema que permite producir, almacenar o transmitir documentos, datos e informaciones, incluyendo cualquier red de comunicación abierta o restringida como Internet, telefonía fija y móvil o de otros.⁷³³

NORMA PENAL

TIPO

Art. 7: Acto u Omisión Instantáneo, fracciones I o III continuado.

Art. 8: Delito doloso.

Art 9: Párrafo primero obra dolosamente

Art 12: Tentativa

Art. 13: Sujetos responsables de autoría y participación.

Art. 18: Concurso de delitos

Art. 211 Ter, CPF. Tipo penal de trasgresión de datos personales

PUNIBILIDAD

Artículo 211 ter. Prisión, multa, trabajo a favor de la comunidad y reparación del daño.

COMPETENCIA

Materia: Federal art. 50, fracción I, de LOPJF.

Territorialidad: Toda la República Mexicana art 1 CPF y 2, 4, 5 del mismo ordenamiento.

REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

Este delito se persigue de querrela del titular de los datos personales, el legislador establecerá requisito de procedibilidad. Arts. 221- 225 CNPP.

⁷³³ https://www.derecho.com/c/Medio_electr%C3%B3nico.

MOMENTO DE CONSUMACIÓN

Delito de consumación instantánea al realizar una conducta para obtener los datos personales y usufructuarlos, pudiendo ser continuo cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas en varias ocasiones trasgreda y trate los datos de la persona igualmente en varias ocasiones. y unidad de sujeto pasivo.

ACCIÓN TÍPICA

ELEMENTOS OBJETIVOS

Conducta de Acción dolosa con resultado material

Omisión dolosa con resultado material

IMPUTACIÓN OBJETIVA

Riesgos

PRINCIPIOS DEL INCREMENTO RIESGO

Se le va a imputar el resultado de haber transgredido los datos de alguien, porque incremento el riesgo, teniendo la opción de:

Eliminarlo comportándose con las reglas y principios y respetando los derechos del titular

Reducirlo incrementando el protocolo y poniendo aún más atención y cuidado a reglas, principios, derechos del titular

Mantenerlo el riesgo siguiendo las reglas y principio medidas de seguridad,

FIN DE LA PROTECCIÓN DE LA NORMA

La norma protege el bien jurídico, la víctima genera un incremento del riesgo sobre sus datos personales, ya sea aceptando políticas, avisos de privacidad y no tomando ella misma las medidas de seguridad lógicas, técnicas, físicas, y de comunicaciones en sus redes, Se refiere a las restricciones preventivas y/o de

riesgos que deberán observar los usuarios de datos o sistemas de datos personales para acceder a dominios o cargar programas autorizados, así como para el manejo de telecomunicaciones. No se le puede imputar a nadie más.

PRINCIPIO DE CONFIANZA

No le será jurídicamente imputable un resultado a una persona que transgrede a los datos personales de alguna persona física o moral, porque confía que los demás miembros de la corporación donde labora o técnicos, los ingenieros, los que están obligados o checar la normativa Instancias de los sujetos obligados previstas en los respectivos reglamentos interiores, estatutos orgánicos o instrumentos equivalentes, que cuentan o puedan contar, dar tratamiento, y ser responsables o encargadas de los datos personales; Derivado de su conocimiento y experiencia se presumen conocedores del tema por ello confiado trata los datos y si se violan no se le podrá imputar el resultado.

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

DEBER JURÍDICO

No trasgredir los datos personales para venderlos comprarlos o usufructuarlos

BIEN JURÍDICO TUTELADO

El derecho a la protección de los datos personales y el derecho a la privacidad. y la autodeterminación informativa

SUJETO ACTIVO

Cualquiera que transgreda los datos, ya sea que tenga acceso interno o externo

Encargado: La persona física o jurídica que sola o juntamente con otras trate datos personales por cuenta del responsable.

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

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

SUJETO PASIVO

El titular. Cualquier persona, física o jurídica, a quien correspondan los datos personales.

OBJETO MATERIAL

Los datos personales

MEDIOS DE REFERENCIA TEMPORAL ESPACIAL DE OCASIÓN.

Espacio Internet

Cualquier tiempo

Cualquier lugar

ELEMENTOS SUBJETIVOS

Específicos

No aplica el tipo no estipula elementos subjetivos específicos

Genéricos

Dolo Específico y dolo eventual. Creemos solo puede presentarse el dolo directo el autor tiene el propósito de vulnerar la seguridad para utilizar los datos y obtener un lucro indebido y consigue el fin.

No puede presentarse de manera culposa.

ELEMENTOS NORMATIVOS

Tratamiento de datos personales, autorización. usufructo, compra, venta

TIPICIDAD

La conducta será típica cuando los actos realizados encuadren en el tipo penal.

CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA ACCIÓN TÍPICA

Ausencia de Conducta

Vis Mayor, Vis absoluta.

Falta de elementos Objetivos

- a) Que la información sustraída no sean datos personales
- b) Que no exista un fin de usarlos venderlos indebidamente
- c) Que se esté autorizado a tratar datos personales.
- d) Que no esté en banco de datos.

FALTA DE IMPUTACIÓN OBJETIVA DE CONDUCTA O DE RESULTADO POR AUMENTO DEL RIESGO, AUTOUESTA EN PELIGRO, PRINCIPIO DE CONFIANZA.

Falta de elementos subjetivos

Error de tipo vencible o invencible,

Error sobre la relación de causalidad

Caso fortuito.

Falta de elementos Normativos.

No usufructúan los datos.

No los venden

No los comparten.

ANTI JURIDICIDAD

Existe porque se violenta el bien jurídico tutelado: Protección de los datos personales, y el derecho a la privacidad y en su caso no se presenta ninguna causa de licitud

CAUSAS DE LICITUD (que si pueden acreditarse en este delito)

- a) Consentimiento Presunto: Si la persona desea y accede a que se tomen sus datos personales se estará justificando la conducta realizada.
- b) Estado de Necesidad Justificante
- c) Cumplimiento de un deber
- d) Ejercicio de un derecho
- e) Consentimiento presunto

IMPUTACIÓN PERSONAL (como elemento de la RESPONSABILIDAD)

El sujeto activo será imputable si se demuestra que:

- a) Es una persona mayor de edad
- b) Tenga capacidad física y psíquica de comprender y querer realizar la conducta delictiva

INIMPUTABILIDAD

Incapaces mentales: aunque es lógico que no puedan realizar una conducta dolosa con los elementos normativos.

Acciones libres en su causa: Ingerir voluntariamente alguna sustancia para realizar la conducta de tratar datos personales

Menores de edad: Pueden realizar el tratamiento de datos, pero ser inimputables de este delito por no tener la mayoría de edad (no tienen capacidad de razón, se le seguirá el procedimiento de adolescentes en conflicto con la ley

Si son mayores inimputables se seguirá el procedimiento del 414 al 419 CNPP.

RESPONSABILIDAD POR CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD

Juicio de reproche en contra del sujeto que trasgrede los datos personales de forma indebida, para usufructuar, vender o comprar por haber realizado la conducta típica,

antijurídica y punible y no haber realizado alguna otra conducta que no fuera delictiva.

INCULPABILIDAD

ERROR DE PROHIBICIÓN

De grado- Vencible e invencible.

Error vencible. – Atenúa la responsabilidad.

Error Invencible. -Borra la responsabilidad. Respecto a la ilicitud de la conducta porque crea que está justificada. Quien actúa bajo un error de prohibición, conoce y quiere realizar la conducta de vulnerar la seguridad de las bases de datos, esto lo hace con dolo, pero no puede argumentar que creía que era lícito vulnerar la seguridad para tratar datos, puede ser un error vencible con un mínimo de cuidado habría podido conocer la ilicitud de su proceder, consideró que podría darse el error de prohibición vencible y por lo tanto reducirle la pena

Error de prohibición, Disculpante.

INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

Temor Fundado, teóricamente podría acreditarse esta excluyente de responsabilidad que actúe manteniendo su capacidad de las implicaciones del injusto 15- IX.

Estado de Necesidad Exculpante, art 15 fracción V Teóricamente podría darse el conflicto entre dos bienes del mismo valor. La teoría señala también la coacción o el miedo insuperable.

CONSECUENCIAS JURÍDICAS.

PENA

Prisión, Multa, Trabajo a favor de la comunidad o de la víctima y reparación del daño.

I.- Sí es sin autorización o conocimiento del titular, tendrá pena de 3 meses a 6 meses y trabajo a favor de la comunidad de 15 jornadas

II.-Y si es beneficio propio o de un tercero la pena será de 6 meses a 9 meses, multa, trabajo a favor de la comunidad, de 25 jornadas y reparación del daño

III.-Y si obtiene un lucro: pena será de 6 meses a 9 meses, trabajo a favor de la comunidad, de 40 jornadas y reparación del daño y perjuicio, y devolución de lo obtenido tres veces más.

AGRAVANTES

Si se trasgreden datos personales sensibles, la pena de trabajo a favor de la comunidad y de multa se duplicará y cuando lo realice una persona con dominio del hecho.

CONSECUENCIA JURÍDICA DE PERSONAS MORALES

Suspensión, Multa, Trabajo a favor de la comunidad, Reparación del daño.

Consecuencias jurídicas de las personas morales:

- a) La prohibición de realizar operaciones o actividades, relacionadas con servicios de internet hasta por 6 meses.
- b) Multa de 500 a 10 mil días multa. O el 2% de ganancias anuales.⁷³⁴
- c) Reparación del daño,
- d) Trabajo a favor de la comunidad, 108 jornadas a favor de la comunidad, 2 por semana

Si se tratan datos sensibles

⁷³⁴ Ver CPDF dice que las multas no pueden exceder de. y si el máximo a ganar son 108 mil pesos mensuales. art 38 En los casos que se imponga una multa a la persona moral o jurídica, ésta no podrá ser menor a 30 días multa ni exceder de diez mil días multa, salvo los casos señalados en este Código. la UMA para este año está 84.49 diario

INJUSTO INTENTADO

Puede presentarse la tentativa Idónea es un delito de resultado se pone en peligro el bien jurídico y por eso la tentativa del injusto.

CONCURSO DE DELITOS

Se puede presentar el concurso de delitos tanto ideal o formal.

PRESCRIPCIÓN

Por ser un delito que se perseguirá por querrela, sigue la regla general, que los delitos de querrela prescriben en un año.

DATOS DE PRUEBA

Los medios de prueba que podrán ofrecerse son los siguientes:

I. La documental pública; que acredite que se usufructuaron, vendieron o compraron.

II. La documental privada; como Las fotografías, páginas electrónicas, escritos y demás elementos aportados por la ciencia y tecnología.

III. La inspección, siempre y cuando se realice a través de la autoridad competente;

IV. La pericial; en telecomunicaciones o cibercriminalidad o ingeniero en computación que acrediten que se trasgredieron los datos. Perito en Informática

VI. La testimonial, del titular de los datos o de los hechos que sepan y les conste que se dispuso de los datos.

VII Informe de policía cibernética.

ASPECTOS PROCESALES.

Al ser un delito doloso de querrela, procederán medios alternativos de solución de conflictos como

ACUERDO REPARATORIO I artículos 184 y 187 CNPP o,

LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO arts. 192 a 200 CNPP, toda vez que es un delito cuyo término medio aritmético no excede de 5 años.

EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO será considerado una forma de terminación anticipada del proceso. En esta hipótesis y el delito por el cual se lleva a cabo el procedimiento abreviado es sancionado con pena de prisión cuya media aritmética no exceda de cinco años, incluidas sus calificativas atenuantes o agravantes, el Ministerio Público podrá solicitar la reducción de hasta una mitad de la pena mínima en los casos de delitos dolosos y hasta dos terceras partes de la pena mínima en el caso de delitos culposos, de la pena de prisión que le correspondiere al delito por el cual acusa.

Arts. 185 y 201 a 207 CNPP.⁷³⁵

En su caso llevar el procedimiento Ordinario.

Procedimiento para Personas Jurídicas

Previsto en los artículos 421 al 425 del CNPP. El representante de la persona jurídica, asistido por el Defensor designado, podrá participar en todos los actos del procedimiento. En tal virtud se les notificarán todos los actos que tengan derecho a conocer, se les citarán a las audiencias, podrán ofrecer medios de prueba, desahogar pruebas, promover incidentes, formular alegatos e interponer los recursos procedentes en contra de las resoluciones que a la persona jurídica perjudiquen.

Cabe resaltar que: Formas de terminación anticipada. Durante el proceso, para determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se podrán aplicar las soluciones alternas y las formas anticipadas de terminación del proceso y, en lo conducente los procedimientos especiales. (art 424)

⁷³⁵ Ver Cuenca Dardón Carlos, El sistema Acusatorio y Oral, una aproximación a sus fundamentos, retos, y perspectivas, México, Porrúa, 2019, pp105-116. Ver Ley nacional de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal texto vigente, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 2014.

En la sentencia que se dicte el Órgano jurisdiccional resolverá lo pertinente a la persona física imputada, con independencia a la responsabilidad penal de la persona jurídica, imponiendo la sanción procedente. (art 425)

En el Estado social y democrático de derecho, la eficacia o eficiencia de la justicia penal no puede medirse por el número de condenas que se impongan, sino por el grado de contribución a la conservación, promoción y realización de un orden justo necesario, justicia, utilidad y proporcionalidad, son criterios inseparables en el Derecho penal de nuestros días, ese es el mandato del Sistema de justicia penal adversarial y oral de la Constitución.

Y que la sociedad entienda que en el nuevo derecho penal no queremos gente en la cárcel, si no la justicia restaurativa.

Estos son los criterios que nos pueden ser útiles para interpretar y analizar con un metalenguaje la norma penal propuesta, conforme a los parámetros de la teoría funcionalista, apegados a un Estado de derecho, ojalá logre mi objetivo, de sembrar una pequeña semilla en buena tierra para que dé frutos.

CONCLUSIONES

Primera. Del recuento de las Constituciones de México, apreciamos, que fue hasta principios de este Siglo XXI, que se reforma y adiciona la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para darle rango de derecho humano a los datos personales. Actualmente en el artículo 6 apartado A fracción II, en el ámbito del derecho a la Información, y en el 16 párrafo segundo, que estipula que toda persona tiene derecho a la protección de los datos personales y a los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, los derechos ARCO.

Segunda. Después de estudiar, los Códigos Penales Federales de 1871, 1929 y el vigente de 1931, se investiga que, en 1999, se tipifican por primera vez delitos informáticos previstos en el Código Penal Federal en el Capítulo II Acceso ilícito a sistemas y equipos de informática Artículos 211 bis a 211 bis 7. Como su nombre lo dice tipifica daño y acceso a sistemas y a información, no tipifica un delito que proteja expresamente los datos personales y el CPDF que data de 2002, ya de este siglo no tipifica delitos de nuestra materia coincidentemente sus artículos 211, a 213 inviolabilidad de secreto, delitos contra la intimidad, y a quien revele información reservada. Pero tampoco ningún tipo penal que proteja los datos personales por lo tanto la privacidad y la autodeterminación de estos.

Tercera. La primera iniciativa expofeso para elevar a rango Constitucional la Protección de Datos fue en 2001, y la Ley de la materia, en nuestro país se presentó en la LVIII legislatura el 14 de febrero de 2002, por el entonces Senador por el PRI Antonio García Torres, como vimos después de grandes avatares y oposición de los empresarios, no paso de la etapa de discusión, pero sembró la semilla.

Cuarta. La primera Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, regula la Protección de Datos de manera Transversa, en el año 2002 y en las primeras resoluciones del tema en la novena época de la SCJN, se identificaba la protección de datos personales, precisamente con el honor y la intimidad de la vida de las personas, y no como derecho autónomo.

La Constitución de la Ciudad de México, que data del 5 de febrero de 2017 en el Artículo 7 denominado Ciudad Democrática, señala en el apartado E. Derecho a la privacidad y a la protección de los datos personales.

Las Instituciones que aplican, vigilan, protegen este derecho son en CDMX. en el ámbito administrativo el INFODF.

Instituciones que regulan este derecho a nivel Federal en el ámbito administrativo INAI y en el ámbito penal. FGN.

Quinta. Las dos Leyes Federales vigentes en materia de protección de datos son:

Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares de 2010 que tipifica dos delitos en los artículos 67 y 68.

Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados de 2017, no tipifica delitos.

Sexta. Con la nueva informática aplicada, se hace el análisis de las personas, tanto de lo corporal, como de las emociones. Es un poder dado, a las ya poderosas corporaciones, cuando las personas permiten que las empresas y las instituciones se asomen a sus vidas a través de los datos.

Muchas de las tecnologías son *wearables*, pequeños dispositivos usados en el cuerpo, desde iPhone, relojes inteligentes y rastreadores de actividad como *Fitbit*, se han convertido en una parte familiar de la vida diaria. Incluso cuando estás solo, en tú intimidad, estás generando una gran cantidad de datos interesantes.

Séptima. En el Siglo pasado se ratificaron varios Instrumentos Internacionales por México, donde se contempla la Protección de la Honra y de la Dignidad que son los derechos que dieron surgimiento a *la protección de datos personales* a inicios de este Siglo en el año 2000, la situación experimenta un giro copernicano, en la Unión Europea, se abre una nueva etapa que se basa en la consideración de la protección de datos de carácter personal como un verdadero Derecho Fundamental Autónomo e independiente del derecho a la intimidad, ello deriva básicamente de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en la cumbre de Niza el 7 de diciembre de 2000, en su artículo 8 estipula: Toda persona tiene derecho a la protección de datos de carácter personal que le conciernan. A la fecha México ha ratificado instrumentos Internacionales en relación con la Protección de Datos Personales. Ejemplo al pertenecer a la OCDE que ha emitido directivas. Tratado del libre Comercio entre UE y México, Convenio 108 del Consejo de Europa y pertenece a la Red Iberoamericana de Protección de Datos Personales y este año el T-MEC.

Octava. El criterio de la SCJN en 2008 era que solo las personas físicas tenían derecho a la protección de datos personales y en 2014 cambio de criterio que es el vigente y sostiene que el art 1 Constitucional solo se refiere a personas, por lo tanto, incluye ambas. Pero existen derechos los cuales no es tan claro definir si son atribuibles o no a las personas jurídicas colectivas, ya que, más allá de la naturaleza del derecho, su titularidad dependerá del alcance o límites que el juzgador les fije, como ocurre con el derecho a la protección de datos personales.

Novena. Internet es la unión de todas las redes distribuidas por todo el mundo es un sistema que conecta cientos de miles de computadoras o dispositivos, cuyo propósito es el intercambio de datos e información, para ello ha desarrollado diferentes servicios, entre los más conocidos e importantes que ha tenido internet en la sociedad, son: En 1961. Se envía uno de los primeros correos electrónicos del mundo en una computadora IBM. En 1991 se crea la World Wide Web. En 1994 Yahoo! En 1998 se funda Google. En 2004 Facebook y 2005 YouTube. En 2006 se lanza Twitter. En 2007 aparece el *Iphone*, y en 2009, WhatsApp, con estos breves

datos podemos observar que es vertiginosa la evolución de la tecnología, vamos ya en la Web 5, y el derecho no está evolucionando a esta celeridad.

Décima. Del estudio del derecho comparado, observamos que la UE es la más avanzada en normas que regulan y protegen los datos personales, que el RGPD, establece sanciones administrativas con multas muy altas.

Y que países como Estados Unidos y otros del Common Law, prefieren la autorregulación.

En algunos países de la UE como Alemania, Francia, e Italia, tienen tipificados en sus Leyes o Código Penal delitos cuyo Bien Jurídico es la protección de datos personales.

En Latino América, se instituyó el Procedimiento de Habeas Data, Brasil, Argentina, y Colombia son de los primeros países que lo regularon a nivel de su Constitución, a fines de Siglo XX; y estos dos últimos países tipificaron en sus Códigos Penales a nivel Nacional delitos cuyo Bien Jurídico es la protección de datos personales.

Décima Primera. La evolución de la Dogmática Penal, desde el causalismo, pasando por el finalismo y llegando al funcionalismo, ha venido aportando elementos para su estudio.

La teoría funcionalista señala tres categorías, Acción Típica, Antijuridicidad e Imputación Personal.

En un plano más concreto, tres son las aportaciones más notables que se han de destacar del funcionalismo moderado.

El redescubrimiento y dotación funcional de la institución de la imputación objetiva.

La reelaboración de la categoría de la culpabilidad bajo una nueva concepción de la responsabilidad, denominándola Imputación personal.

La nueva formulación de la teoría del dominio del hecho en el marco de la autoría y de la participación.

Décima Segunda. Mi tesis propone que debe tipificarse el delito de trasgresión a los datos personales, actualmente encontramos muchos casos que se dan en lo cotidiano, pero cada día van a ser más las conductas ilícitas impunes tanto de gobiernos como de particulares, te van a controlar que piensas, que haces que compras, como vives y tú intimidad, es inminente la vulneración de este bien jurídico por eso es urgente protegerlo.

Debemos entender que al encender el celular, la computadora o la Tablet o cualquier dispositivo electrónico, ya estamos compartiendo una gran cantidad de información personal. Y así, durante todo el día, vamos dejando rastro de dónde estoy, qué me gustó, que leí y que compré; con quien contacte, incluso, hasta saber

cómo me siento o cómo voy a hacer alguna actividad en específico, dejas huella digital.

Esos datos de los que estoy hablando son recabados, administrados y vendidos, *comprados y usufructuados, sin mi consentimiento expreso o condicionado.*

Por eso tiene que legislarse una Norma Penal en el Código Penal Federal, para que sea aplicable a servidores públicos federales y a empresas y empleados de la iniciativa privada que tipifique dicha conducta y cuyo Bien Jurídico a proteger sean la protección datos personales, la autodeterminación informativa y por lo tanto la privacidad e intimidad, desde una perspectiva de la teoría Funcionalista. Para enfatizar la protección del Bien Jurídico desde una perspectiva de política criminal lo que significa prevenir, proteger, reparar y sancionar.

Prevenir la transgresión a los datos personales, sancionar penalmente a los Responsables de la imputación objetiva personal, con penas de prisión menores, multas altas, y trabajo a favor de la comunidad tanto por personas individuales como colectivas. *Es posible que tengas derecho a una indemnización* si sufres daños materiales, como pérdidas financieras, o daños morales, como trastornos psicológicos, a causa de una empresa u organización que no ha respetado las normas de protección de datos. Y creemos en la justicia restaurativa en el marco del Sistema Penal adversarial y oral.

GLOSARIO

Actio libera in causa: estructura de imputación que permite atribuir responsabilidad a un sujeto por un defecto propio de imputación.

Alevosía: circunstancia agravante. Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.

Alternatividad: se entiende que en defecto de los criterios de solución del concurso de normas penales (especialidad, subsidiariedad y consunción) entra en juego el precepto que asocia una pena más grave, frente al que lo sanciona menos. No se trata en realidad de un criterio de solución del concurso de normas, sino de una cláusula de cierre y aseguramiento de la operatividad de los tres criterios.

Analogía: operación de determinación del alcance de una norma que da lugar a rebasar su sentido literal, pero guardando identidad de razón entre las situaciones previstas en la ley y el caso que se presenta.

Autoría: existe cuando se lleva a cabo una conducta antijurídica con dominio de la acción.

Autoría mediata: existe cuando se lleva a cabo una conducta antijurídica, con dominio de la acción en virtud de que se utiliza a otro como instrumento.

BAM Banda Ancha cualquier tipo de red con elevada capacidad para transportar información que incide en la velocidad de transmisión de esta.

BLOG Acrónimo formado a partir de la expresión web log. Es una página electrónica de debates o información, que consiste en la publicación de entradas independientes que normalmente se muestran en orden de publicación.

Causalismo positivista: estadio de la evolución de la teoría del delito bajo cuya influencia se pretende plantear el delito y la responsabilidad como datos positivos, y realidades físicas explicadas mediante la mera causalidad y no la libertad

Circunstancias modificativas: Aquellos elementos accidentales de la descripción de los tipos de los que depende, no la sanción, sino su atenuación o agravación.

Coautoría: existe cuando se lleva a cabo, junto con otros, una conducta antijurídica, con dominio de la acción en virtud del reparto funcional de roles

Comisión por omisión: aquella estructura de imputación por la que, en determinadas circunstancias, se imputa un resultado a la omisión de una conducta debida.

Complicidad: existe cuando se presta ayuda previa o simultánea, sea psíquica o sea fáctica, pero de carácter no necesario a la comisión del delito del autor; se distingue de la cooperación necesaria en que la aportación no se considera imprescindible.

Concurso ideal: situación de concurso en la que se da una coincidencia temporal que permite afirmar que hay cierta unidad de la actuación. Sin embargo, esa coincidencia temporal no es suficiente para afirmar que el contenido de injusto queda suficientemente cubierto aplicando un solo tipo o delito, sino que ha de darse entrada a más de uno.

Concurso real: situación de concurso que tiene lugar cuando los hechos se suceden en el tiempo y no es posible abarcar toda su gravedad aplicando un solo tipo. Procede en cambio apreciar tantos delitos como hechos aislados dotados de sentido típico se identifiquen; es decir, se aprecian todos los delitos por separado.

Conducta: proceso humano, externo y susceptible de autocontrol.

Consumación delito consumado: se da cuando se realizan todos los actos exigidos en la conducta descrita en un tipo delictivo; en los delitos que incluyen la producción de un resultado, ésta se identifica con la consumación (art. 15 CP).

Cooperación: existe cuando se presta ayuda, previa o simultánea (sea psíquica o sea fáctica), a la comisión del delito del autor; se distingue en cooperación necesaria y complicidad.

Concurso de delitos: situación de concurrencia de varias figuras delictivas en un mismo caso que ha de resolverse considerandos existentes dos o más de esos delitos. Puede ser ideal, si coinciden en el tiempo, al menos de manera parcial; o real, si se presentan separados en el tiempo.

Concurso de normas penales: situación de concurrencia de varias normas penales en un mismo caso que ha de resolverse considerandos existentes una de las posibles, para evitar castigar el hecho más de una vez (ne bis in ídem). Para resolverlo se emplean los criterios de especialidad, subsidiariedad y consunción.

Consunción, criterio rector de la: entra en juego cuando se entiende que una infracción se considera penada ya al sancionarse otra. Ello se produce cuando estamos ante delitos que llevan consigo habitualmente otros: entonces el más leve queda sancionado al sancionar el más grave.

Culpabilidad (sujeto culpable): cualidad del agente en cuanto le es imputado un hecho típicamente antijurídico a título de reproche.

Computadora De manera general se concibe como una máquina electrónica capaz de procesar información siguiendo instrucciones almacenadas en programas. En esos términos y para los fines de la Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de las Tecnologías de la Información en los Hogares del INEGI, se precisa como una computadora monousuario-diseñada para procesamiento de datos, aunque también es usada como una herramienta de entretenimiento y de comunicaciones, para enviar y recibir correo electrónico, faxes e información general, así como para acceder a Internet y otros servicios en línea. Incluye computadoras de escritorio y portátiles (laptop, notebook, Tablet); excluye aquellos equipos que tienen alguna de las funciones de una computadora como son los teléfonos celulares o aparatos de televisión o los asistentes digitales personales.

Correo electrónico Intercambio de mensajes entre usuarios de una red de computadoras. Más conocido por su acrónimo inglés: e-mail electronic mail. En Internet se utiliza para intercambiar mensajes, programas fuentes, anuncios, artículos, etc., entre usuarios. La gestión de este intercambio de mensajes necesita de un programa que está disponible en varias versiones.

Decomiso: consecuencia accesoria consistente en la privación de los bienes, instrumentos objetos y efectos del delito.

Delito de acción o comisivo: aquel en el que subyace una norma prohibitiva.

Delito continuado: pluralidad de acciones que en sí mismas ya tienen sentido típico y que son aunadas bajo una sola denominación dotada de sentido típico propio. La doctrina y la jurisprudencia fueron construyendo, aun sin base legal sólida, esta figura para casos en que se reiteraba en múltiples ocasiones la acción de un tipo. Se procedía así a dar sentido unitario más grave a una pluralidad de hechos dotados de sentido por sí solos, pero menos graves por separado.

Delito de omisión u omisivo: aquel en el que subyace una norma prescriptiva o preceptiva. O sea delitos cuya esencia consiste en la infracción de un deber de actuar positivamente que el Ordenamiento exige a los destinatarios en determinadas circunstancias. Admite dos formas: delitos de omisión pura y de comisión por omisión.

Delito permanente: aquel que se consuma desde el inicio de la creación de una situación antijurídica, pero se prolonga en el tiempo, por obra del agente. A pesar de la sucesión de hechos relevantes, éstos siguen constituyendo un solo hecho típico, formado por la prolongación en el tiempo de la situación antijurídica.

Derecho penal garantista: un Derecho penal en el que toda restricción de la libertad individual se reduzca a lo estrictamente necesario, sea proporcionada y se lleve a cabo conforme a los medios propios del Derecho es decir, un Derecho penal regido por principios.

Dolo: Conciencia de estar realizando los actos que exige el respectivo tipo de un delito.

Especialidad, criterio rector de la: Se entiende que existe especialidad cuando una norma (precepto o ley) describe el caso de forma más precisa que otra. Se aplica entonces la norma más específica o especial frente a la más general, que se ve desplazada. Recuérdese el aforismo: "*lex specialis derogat legi generali*", que viene a significar que la norma más especial pasa por delante de, predomina sobre, la otra, más genérica.

Funcionalismo: estadio de la teoría del delito orientado a la explicación y justificación de los contenidos de las categorías por las funciones que cumplen en la sociedad o por sus consecuencias: es la finalidad de la pena y su contribución al mantenimiento de la vida social lo que sirve para dar contenido a las categorías del delito (así, G. Jakobs); o bien, son los principios y categorías de la política criminal -principio de legalidad, prevención...- los que han de dar contenido a cada categoría.

Idoneidad: regla que significa que el recurso al ius puniendi no ha de reportar un mal superior que el que pretende prevenir, pues en ese caso el ejercicio del ius puniendi vendría a desestabilizar el Derecho más que a re-estabilizarlo.

Imprudencia o delito imprudente: falta de conocimiento o representación de que con la conducta se están realizando los actos exigidos por un tipo delictivo. Da lugar a la imputación de la conducta a pesar de faltar el aspecto subjetivo que de ordinario se exige.

Imputabilidad: condición mínima necesaria para declarar a un agente culpable del hecho, consistente en la capacidad de conocer las normas y regirse mediante éstas.

Imputación: operación intelectual de atribución de sentido a los fenómenos humanos que llamamos hechos, y en particular a los hechos antijurídicos de sujetos culpables, objeto específico de la teoría jurídico-penal del delito.

Inducción (inductor): existe cuando se hace surgir en otro, mediante medios de influjo psíquico, la resolución de cometer un delito.

Ius poenale. Derecho penal en sentido objetivo: sector del ordenamiento jurídico en el que se prohíbe bajo amenaza de sanción las conductas más gravemente antisociales. Se trata de un conjunto de normas dirigidas a la persona en sociedad prohibiéndole o prescribiéndole determinadas conductas; y al juez prescribiéndole la imposición de sanciones.

Ius puniendi. Derecho penal en sentido subjetivo: designa en cambio la pretensión y acto de sancionar. La expresión ius puniendi se refiere a la acción de castigar, de aplicar sanciones. Por eso puede entenderse como "derecho de sancionar", mientras no se interprete que corresponde a la víctima un derecho "a ver castigado" al autor.

Infeción de virus Programas informáticos que sin conocimiento ni autorización del usuario se instalan en el equipo y pueden afectarlo, sustrayendo información o incluso provocando daños físicos al equipo. Estos programas se instalan cuando el usuario abre los mensajes de correo o cuando accede a determinados sitios de Internet que los contienen.

Internet Es una red informática mundial de uso público que proporciona acceso a diversos servicios de comunicación que puede transmitir archivos de correo electrónico, noticias, entretenimiento y datos, independientemente del dispositivo que se utilice (no sólo a través de una computadora, sino también de un teléfono móvil, consola de videojuegos, Smart TV, etcétera). Se puede acceder por una red fija o móvil.

Justicia conmutativa: modalidad de la justicia, referida a la que rige entre iguales. Es la propia de la responsabilidad civil derivada del delito.

Justicia distributiva: modalidad de la justicia, referida a la que rige las relaciones entre desiguales; más en concreto, entre la sociedad y sus miembros. Es la propia de la responsabilidad penal por el delito cometido.

Lesividad: comprobación por el juzgador de la necesidad en abstracto de sancionar por el hecho en función de su gravedad y de otros factores.

Ley: En su significado clásico, ordenación de la razón orientada al bien común, dictada por quien tiene a su cargo la comunidad. En sentido usual, redacción externa de una norma.

Ley penal en blanco: con dicha expresión se refiere la doctrina a un precepto penal que, definiendo con precisión la consecuencia jurídica (la pena), no establece con precisión en cambio el alcance del presupuesto de la norma, sino que se remite a otras disposiciones, de igual o distinto rango, para integrarlo.

Medida de seguridad: consecuencia derivada de la comisión de una infracción por un agente que carece de culpabilidad, por lo que se basa, no en la culpabilidad, sino en la peligrosidad del agente.

Nom bis in ídem: regla que prohíbe la doble sanción por los mismos hechos. Tal regla expresa que, aunque existan dos normas "aplicables", no será preciso aplicar las dos en casos en que se dé identidad de sujeto, objeto y fundamento, puesto que entonces la sanción sería desproporcionada.

Neokantismo: estadio de la evolución de la teoría del delito posterior al causalismo positivista, atento a los valores que se hallan presentes en los diversos elementos de la acción humana, la libertad, la culpabilidad como reproche.

Norma: enunciado que rige conductas. Y, de manera más estricta, norma jurídico-penal es un enunciado prescriptivo que conmina a la realización o prohibitivo de la comisión de una conducta bajo la amenaza de una sanción. A estas normas hay que añadir las normas facultativas, las que permiten la realización u omisión de una conducta. Para mí es Norma Penal, no es necesario j llamarla norma jurídico penal, porque no hay norma ética o moral penales.

Objeto del delito: realidad sobre la que recae la acción típica. Considerada en su realidad física, hablamos de objeto material del delito; pero considerada en su valoración jurídica, de objeto jurídico o bien jurídico.

Participación o partícipe: existe cuando se interviene en el hecho antijurídico de un autor. Admite dos formas en nuestro Derecho positivo: inducción y cooperación necesaria o no.

Pena: consecuencia jurídica de una infracción, consistente en la aplicación de un mal a una persona física como respuesta normativa y fáctica a la infracción de una norma rectora de los hechos más graves y lesivos para la sociedad, en función de la gravedad del hecho y en la medida de la culpabilidad del agente. En el que se constata la necesidad en concreto de aplicarle una consecuencia jurídica y su ejecución.

Política criminal: aquel saber que tiene por objeto la acción humana, con el fin de evitar las que son gravemente lesivas para la subsistencia de las sociedades, decir a cuestión de cómo debe tratarse a las personas que atentan contra las reglas básicas de la convivencia social que cometen delitos.

Prescripción: regla en virtud de la cual, el paso del tiempo hace que no se requiera condenar por una infracción o aplicar una pena: su castigo sería entonces desproporcionado.

Prevención: tesis relativa sobre la justificación del Derecho penal que sitúa ésta en la evitación de nuevos delitos. Si los delitos a evitar son del ya delincuente se califica como prevención especial; si los delitos a evitar son del resto de la sociedad, prevención general. A su vez, ambas pueden ser positiva referida a la instauración de valores o negativa referida a la mera evitación de delitos.

Principio: enunciado dotado de pretensión de aplicación máxima y absoluta. Son enunciados normativos de tan alto nivel de generalidad que [...] no pueden ser aplicados sin añadir premisas normativas adicionales y, las más de las veces, experimentan limitaciones a través de otros principios.

Principio pro-reo: regla que permitiría aplicar una ley penal más allá de su tenor literal, siempre que ello favorezca al reo.

Punibilidad: estadio de la teoría del delito donde se estipula una sanción por el legislador a quien cometa un delito. Punición Es la individualización de la sanción a un individuo responsable, la aplica el Juez.

Redes Sociales: Sitios de Internet en donde los usuarios establecen una identidad que los identifica de manera única, y con la que pueden interactuar con otros usuarios participantes de la misma red. La información que el usuario puede difundir puede ser (imágenes, video, texto, voz) dependiendo del tipo de red, aunque se encuentra sujeta a las regulaciones establecidas por los administradores de la red y las normas jurídicas aplicables. Las redes sociales más conocidas son: Facebook, Twitter, Instagram. YouTube, entre otras.

Reparación del daño: contenido integrante de la responsabilidad civil derivada del delito, consistente en la satisfacción dada al perjudicado por el delito, no sólo la víctima frente a los daños y perjuicios sufridos.

Responsabilidad: examina si el autor de una conducta antijurídica es merecedor de una pena, depende de dos datos que deben añadirse al injusto: la culpabilidad del sujeto y la necesidad preventiva de sanción penal, que hay que deducir de la ley.

Restitución: contenido integrante de la responsabilidad civil derivada del delito, consistente en la devolución del bien objeto del delito, con abono de los deterioros y menoscabos sufridos.

Retribuccionismo: tesis absoluta sobre la justificación del Derecho penal que sitúa ésta en el castigo del delincuente por el delito cometido.

Servicio en la nube Son aquellos que se proporcionan a dispositivos de tecnologías de la información como un servicio a través de Internet o una red dedicada, con entrega según demanda y pago según el uso. Los servicios de cómputo en la nube

abarcan desde plataformas de desarrollo y aplicaciones completas hasta servidores, almacenamiento y equipos de escritorio virtuales, entre otros.

Servicio OTT. Over The Top, de libre transmisión. Consiste en la transmisión de audio, video, y otros contenidos a través de Internet sin la implicación de los operadores tradicionales en el control o la distribución del contenido. Este término comprende una variedad de servicios de telecomunicaciones tales como la difusión audiovisual (por ejemplo, televisión por Internet, radio por Internet, vídeo a la carta o música), pero también comunicaciones (por ejemplo llamadas de voz sobre IP y mensajería instantánea) y otros servicios de computación en la nube (aplicaciones web y almacenamiento en la nube).

Smartphone teléfono móvil inteligente En comparación con los celulares comunes, son teléfonos con mayor capacidad de almacenar datos y de realizar actividades semejantes a las de una microcomputadora. El término “inteligente” hace referencia a sus capacidades de procesamiento, y el acceso al correo electrónico y de conexión a Internet son sus características indispensables, así como permitir al usuario instalar programas adicionales.

Sociedad de Información y Comunicación: Sociedad de la Información como el conjunto de individuos que utilizan la tecnología, sociedad que tiene capacidad de acceder a volúmenes considerables de información en poco tiempo, proceso que se traduce en la aparición progresiva de nuevas formas de organización social y productiva.

Software Programa de computadora que permite realizar determinadas tareas.

Teléfono celular Equipo portátil respaldado por un servicio automático de telefonía móvil mediante tecnología celular. Se incluyen en esta categoría los sistemas celulares analógicos y digitales. El equipo debe estar en condiciones de facilitar el servicio de comunicación.

Tentativa (delito en grado de): existe cuando se da principio a la ejecución de un delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del sujeto.

Tipo penal: descripción que hace el legislador de una conducta en la medida en que se encuentre definida en la Ley como delito.

Teoría jurídica del delito: conjunto de estructuras de imputación por medio de las cuales el Derecho atribuye responsabilidad penal

TIC Abreviatura de tecnologías de la información y la comunicación, entendiéndolas éstas como la convergencia tecnológica de la computación, la microelectrónica y las telecomunicaciones para producir información en grandes volúmenes, y para consultarla y transmitirla a través de enormes distancias. Engloba a todas aquellas tecnologías que conforman la sociedad de la información, tales como: la informática, Internet, multimedia o los sistemas de telecomunicaciones.

WI FI Wireless Fidelity. Es un mecanismo de conexión de dispositivos electrónicos de forma inalámbrica. Los dispositivos habilitados con Wi-Fi, pueden ser: una computadora personal, una consola de videojuegos, un smartphone o un reproductor de audio digital, pueden conectarse a Internet a través de un punto de acceso. Dicho punto de acceso o hotspot tiene un alcance aproximado de hasta 20 metros en interiores.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO, Miguel, López Betancourt, Eduardo, *Delitos Especiales*, México, Edit. Porrúa, 1989.
- AMUCHATEGUI, Griselda, *Derecho Penal*, segunda edición, México, Oxford, 1999.
- DEL ARCO, Javier, *Ética para la Sociedad de la Red*, editorial Dykinson, Madrid, 2004.
- BARRAGÁN, Julia, *Informática y Decisión jurídica*, Primera Edición, México, Distribuciones Fontamara S.A., 1994.
- BECCARIA, César, *Tratado de los delitos y de las penas*, México, Editorial Porrúa, S.A., 1995.
- GÓMEZ DE LA TORRE, Berdugo, et. al., *Lecciones de Derecho penal, parte general*, Barcelona, Editorial Praxis, 1999.
- BETANCOURT LÓPEZ, Eduardo, *Teoría del delito*, México, Editorial Porrúa. S.A., 1994.
- Delitos en particular*, México, editorial Porrúa, T I, II, III, 2006.
- BURGOA, Ignacio. *El Juicio de Amparo*, 38 ed., México, Edit. Porrúa, 2001.
- BROWN, Dan, *La fortaleza digital*, España, Umbriel, 2006.
- CAMPOLI, Gabriel Andrés, *Derecho penal Informático en México*, México, INACIPE, 2004.
- CANALES GIL, Álvaro, et. al., *Protección de Datos de carácter personal en Iberoamérica*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- CANSÍO MEJAN, Luis Manuel, *El Derecho a la Intimidación y a la Informática*, México, Editorial Porrúa, 1996.
- CANTORAL DOMÍNGUEZ, Karla, *Derecho de Protección de Datos Personales en la Salud*, México, Editorial Liber Iuris Novum, 2012.
- CARPIZO, Jorge y CARBONELL, Miguel coord. *Derecho a la información y derechos humanos*, México, editorial Porrúa, 2003.
- CARRANCA Y RIVAS, Raúl. *El drama penal 2*. México, Edit. Porrúa, 1998.
- *Derecho Penal, parte General*, México, Porrúa, 1980.
- *Código penal anotado*, México, Porrúa, 1990.

- CASILLAS, Miguel, et al., *La Integración de México a la Sociedad de la Información, Derecho y TIC: Vertientes Actuales*, México, UNAM, IJ, INFOTEC, 2016.
- CERVERA, Navas Leonardo, *El modelo Europeo de protección de datos de carácter personal, en Cuadernos de derecho público*, Madrid, INAP, 2003.
- CIENFUEGOS SALGADO, David y MACÍAS VÁZQUEZ, María Carmen coordinadores, *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano*, México, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie doctrina jurídica número 325, 2006.
- CORONA BERKIN, Sarah y GONZÁLEZ PONCE, Citlali (coord.) *Trucos para el maestro, como utilizar la tecnología en el aula*, México, edit. Amaquemecan, 2015.
- CUENCA DARDÓN, Carlos, *El Sistema Acusatorio y Oral*, México, Porrúa, 2019.
- CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, México, Editorial Nacional, 1976.
- DAVARA, F DE MARCOS, Isabel, *Comentario al artículo 14 LFPDPDF*, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Ley de Protección de Datos Personales del DF*, comentada, México, INFODF-IJ UNAM, 2010.
- DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, *La protección de Datos en Europa, PRINCIPIOS, DERECHOS Y PROCEDIMIENTO*, Madrid, Editorial Asnef, Equifax, 1998.
- DAYENOFF, David Elbio, *los Delitos una visión práctica*, Buenos Aires, De palma, 2001.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *Estudios de filosofía del Derecho penal*, Colombia, Editorial Universidad del Externado, 2006.
- *El Error sobre elementos Normativos del Tipo Penal*, Colombia, editorial editora de la Universidad del rosario, 2012.
- *La autoría en el derecho penal*, Barcelona, 1991.
- DAZA GÓMEZ, *Teoría General del Delito, Sistema Finalista y Funcionalista*, 5ª. edición, México, Edit. Flores Editor y Distribuidor, 2006.
- *Imputación Objetiva en la participación y Tentativa Culposa*, México, Edit. Flores Editor y Distribuidor, 2018.
- DÍAZ ARANDA, Enrique, *Lecciones de Derecho penal, para el nuevo sistema de justicia en México*, México, IJ-UNAM, 2015.
- *Manual de Derecho penal, Teoría del delito Funcionalista Social*, México, FCE. 2018.

- Ejecutivo Federal. CDMX, CDMX, México: IJ.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías, La ley del más débil*, 3ª edición, Madrid, Trotta, 2002.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Lo público y lo privado en Internet, intimidad y libertad*, México, UNAM, 2004.
- FLORES ORENDAIN, María Elena (coord.), *Políticas Públicas en México*, México, UAM, 2012.
- FRIEDMANN, *El Derecho en Una Sociedad en Transformación*. México, FCE, 1996.
- GARCÍA ARROYO, Laura, *En red a dos, México, las redes sociales más allá de los memes*, Ediciones S M, 2015.
- GARCÍA BARRERA, Myrna Elia, *Justicia Electrónica en busca de la Interoperabilidad, Derecho y TIC: Vertientes Actuales*, México, UNAM, IJ, INFOTEC, 2016.
- GARCÍA GONZÁLEZ, Aristeo, *La protección de datos personales, derecho fundamental del Siglo XXI, un estudio comparado*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, revista del IJ, número 120 año 2007.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Panorama del derecho mexicano, Derecho Penal*, México, Edit. Mac Graw Hill, 1998.
- GARCÍA TORRES, Antonio, *La protección de datos personales en México, pretensión regulatoria*, Ciudad de México, Edit. Senado de la República, 2006.
- GIMBERNAT, O., E, *Autor y cómplice en el derecho penal*, Buenos Aires, editorial B de F., 2006.
- GOODMAN, Marc, *Cibercriminalidad*, México, INACIPE, 2003.
- Gómez Robledo, A., & Ornelas Nuñez, L. *Protección de Datos Personales en México: el caso del Poder Ejecutivo Federal*, UNAM, México, 2006
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *Derecho penal mexicano*, México, Editorial Porrúa. S. A., 1996.
- GONZÁLEZ, Luis. *Historia Mínima de México*, México, Edit. Colegió de México, 1974.
- GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo, *Derecho penal mexicano, parte general*, México, Editorial Porrúa, S.A., 1993.
- GONZÁLES-SALAS CAMPOS, Raúl, *Los delitos fiscales, Pereznieto editores*, México, 1995.

- GÜNTHER, Jacobs, *La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente*, traducción Manso Porto, Teresa, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- GUZMÁN GARCÍA, María de los Ángeles, *El derecho fundamental a la protección de datos personales en México: Análisis desde la influencia del ordenamiento jurídico español*, Madrid, Facultad Complutense de Madrid, 2013.
- HASSEMER, Winfried, *Crítica al derecho penal de hoy*, traducción, Ziffer, Patricia S, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- HERNÁNDEZ CRUZ, Armando, *Los Derechos económicos, Sociales y Culturales y su Justiciabilidad en el Derecho mexicano*, México, UNAM, 2010.
- HUBER, Florián, *Tecnologías de Información y Comunicación, (TIC), Protección de Datos y Derechos Humanos en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Derecho y TIC: Vertientes Actuales*, México, UNAM, IIJ, INFOTEC, 2016.
- ISLAS DE GONZALES MARISCAL, Olga *Código Penal para el Distrito Federal a diez años de vigencia, XIII Jornadas Sobre Justicia Penal*, García Ramírez, Sergio coordinador y otros, México, Edit. IIJ UNAM, 2013.
- *Análisis Lógico de los delitos contra la vida*, México, edit. Trillas, 1991.
- JIMÉNEZ DE AZUA, Luis, *Tratado de derecho penal*, 3ª ed., tomo I, Buenos Aires Argentina, Edit. Lozada., s. f.
- *Problemas de Derecho penal*, Perú, Ediciones Jurídicas, 2008.
- JUNCO ESTEBAN, María Alicia, *El Derecho a la Información, la penumbra de la Transparencia*, Breviarios Jurídicos, México, editorial Porrúa, 2003.
- MALO CAMACHO, Gustavo. *Derecho penal mexicano*. México, Editorial Porrúa S.A., 1998.
- MAIWALD, Manfred, *De la capacidad de rendimiento del concepto de riesgo permitido para la sistemática del derecho penal*, traducción Sancinetti, Marcelo A., Universidad Externado de Colombia, 1998.
- MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Derecho Penal, parte general*. México, Edit. Trillas, 1994.
- MEZGER, Edmundo. *Derecho penal*. Tijuana México, Edit. Cárdenas editor y distribuidor, 1985.
- MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal*, Buenos Aires, Montevideo Editorial, 2003.
- MORA, José Luis, *Introducción a la informática*, edit., Molina Enzo, 1974.
- MORÓN LERMA, Esther, *Internet y Derecho penal*, España, Edit. Aranzadi, 2002.

- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *Panorama general de la parte general del CP; Código Penal para el D.F a 10 años de su vigencia*, México, Edit. IJ UNAM, 2013.
- NAVA GARCÉS, Alberto E., *Delitos Informáticos*, México, Porrúa, 2007.
- OLVERA Y AGUILAR, Rubén Martín. "La expansión Penal, como Política Criminal del Código Penal para el Distrito Federal", *CPDF a diez años de vigencia, XIII Jornadas sobre Justicia Penal*. México, Edit. IJ. UNAM, 2013.
- ONTIVEROS ALONSO, Miguel, *Legítima defensa e imputación objetiva: especial referencia a los mecanismos predispuestos de autoprotección*, México, INACIPE, 2004.
- ORELLANA WIARCO, Octavio A, *Teoría del Delito, Sistema causalista y finalista*, México, Porrúa, 1994.
- OVILLA BUENO, Rocío, *La protección de Datos personales en México*, México, editorial Porrúa, 2005.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*, México, Edit. Porrúa, 1974.
- PEÑARANDA RAMOS, E, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Buenos Aires, 2005.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E, *La tercera generación de derechos humanos*, España, editorial Arazandi, 2006.
- PÉREZ BUSTILLOS, Camilo, *Internet y derecho en México*, México, Ed. Mc Graw Hill. 1998.
- PIERINI, Alicia, et al., *Habeas Data, derecho a la intimidad*, Buenos Aires Argentina, editorial Universidad, 1999.
- PLASENCIA VILLANUEVA, *Teoría del Delito*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- Rene David, *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, traducción, Bravo Gala, Pedro, México, Edit. Aguilar, s.f., ts. I y II.
- ROMÁN QUIROZ, Verónica, *La culpabilidad y la complejidad de la comprobación*, México, Porrúa, 2000.
- ROMÁN SÁNCHEZ, Carlos, *Derecho a la Privacidad, a la Protección de Datos y a la información en México*, México, Edit. Thomson Reuters, 2014.
- ROSALES ORTIZ, Mariano Carlos, *Protección de Datos Personales*, México, Aqua Ediciones, 2015.

- ROXIN, Klaus, *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*, en revista penal número dos, editorial praxis, Barcelona, 1998.
- *La imputación objetiva en el derecho penal*, Lima, IDEMSA, 1997.
- *La problemática de la Imputación Objetiva*, Cuadernos de política criminal, Núm. 39 Madrid, 1989.
- *Derecho penal parte general*, Tomo I La estructura de la teoría del delito, Civitas, Madrid, 1997.
- REYNOSA DÁVILA, Roberto, *Teoría General del delito*, 2ª edición, México, Porrúa 1997.
- RIASCO GÓMEZ, Libardo Orlando, *EL derecho a la intimidad, la visión iusinformática y el delito de los datos personales*, España, Universidad de LLeida, 1999.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Penología*, México, Porrúa, 2015.
- ROSALES ORTIZ, Mariano Carlos, *Protección de datos personales, una guía práctica para evitar el robo de identidad y utilizar normas vigentes*. 2ª edición, México D.F., Edit. Aqua ediciones, 2015.
- SÁNCHEZ J, Eduardo. *Teoría General del Estado*. 2ª ed., México, Edit. Oxford, 2007.
- SAYEG HELÚ, Jorge. *Introducción a la historia constitucional de México*. México, Edit. UNAM Acatlán, 1983.
- SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, México, Porrúa, 2010.
- TÉLLEZ CARVAJAL, Evelyn (coord.) *Derecho y TIC. Vertientes actuales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Centro de Investigación e Innovación en Tecnologías de la Información y Comunicación, 2016.
- TÉLLEZ VALDÉS, Julio, *Derecho informático*, Segunda Edición, México, Edit. McGraw Hill, 1996.
- TIEDEMANN, Klaus, *La armonización del Derecho penal en los Estados miembros de la Unión Europea*, traducción Cancio Meliá, Manuel, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- VILLALOBOS, Ignacio. *Derecho penal mexicano*, México, Editorial Porrúa, S.A., 1975.
- VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*. Valencia, Valletta España, Ediciones, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, Venezuela, Monte Ávila Editores, 1993.

ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo, *Cuerpo del delito y tipo penal*, México, Ángel editor, 2001.

REVISTAS

“Antecedentes históricos y Constituciones Políticas de los Estados Unidos Mexicanos”, *Dirección General de Compilación Consulta de Orden Jurídico Nacional*, México D.F., SEGOB, 2008.

Cuadernos de Derecho Público, Madrid, INAP Instituto Nacional de Administración Pública, mayo-diciembre de 2003.

Guía del derecho Fundamental a la protección de Datos de carácter personal, Madrid, Agencia Española de Protección de datos, 2004.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, nueva serie, “El Decreto Constitucional de Apatzingán y sus fuentes legales”, año X, núm. 28- 29, enero-agosto de 1977.

Revista Mexicana de derecho Constitucional, Cuestiones Constitucionales, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Número 23, Julio-Diciembre 2010.

Revista Mexicana de Justicia, México, PGR-INACIPE vol. 1, No 1, enero-marzo de 1983.

Revista estudios del derecho a la información, “Protección de datos personales”, México, IJ-INAI, Compendio de lecturas y legislación. Cámara de Diputados-IJ-INAI, número 7, 2010.

Revista de Transparencia y Acceso a la Información y Datos Personales, Marco Normativo, IFAI, 2003.

Revista Internacional, Derecho penal Contemporáneo, Bogotá Colombia, octubre-diciembre 2002.

LEGISLACIÓN

Código Penal para el Distrito Federal, México, Editorial Sista, 2019.

Código Penal Federal, México, Editorial Porrúa, 2019.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ciudad de México, Editorial Tirant lo Blanch, 2019,

Constitución Política de la Ciudad de México, 5 de febrero 2017

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

Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados.

PÁGINAS ELECTRÓNICAS

<https://www.cepal.org/es/publicaciones/2354-caminos-sociedad-la-informacion-america-latina-caribe>

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

<http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/157/la-proteccion-de-los-datos-personales>

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

http://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=186990&pagina=4&seccion=3

http://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=187498&pagina=1&seccion=2

<http://www.redipd.org/index-ides-idphp.php>

<https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/tesis.aspx>

<https://www.studocu.com/es/document/universidad-cooperativa-de-colombia/derecho-penal/apuntes/escuela-finalista-, biblioteca jurídica virtual de Barcelona>

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5669/31.pdf>

<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5525-derecho-a-la-proteccion-de-datos-personales-coleccion-nuestros-derechos-unam-inehrm>