

DIÁLOGOS
JURÍDICOS
ENTRE
ESPAÑA Y MÉXICO

8

MARTHA ELBA IZQUIERDO MUCIÑO

Coordinadora



DIÁLOGOS
JURÍDICOS
ENTRE
ESPAÑA Y MÉXICO

— 8 —

Universidad Autónoma del Estado de México

Dr. en C. I. Amb. Carlos Eduardo Barrera Díaz
Rector

Dra. en C. S. Martha Patricia Zarza Delgado
Secretaria de Investigación y Estudios Avanzados

Dr. en D. J. Dolores Alanís Tavira
Director de la Facultad de Derecho

Mtra. en Admón. Susana García Hernández
*Directora de Difusión y Promoción de la Investigación
y los Estudios Avanzados*

**DIÁLOGOS
JURÍDICOS
ENTRE
ESPAÑA Y MÉXICO**

8

MARTHA ELBA IZQUIERDO MUCIÑO
Coordinadora



DIÁLOGOS
JURÍDICOS
ENTRE
ESPAÑA Y MÉXICO
————— 8 —————

Martha Elba Izquierdo Muciño
Coordinadora

Primera edición: julio 2021

ISBN 978-607-633-319-8 (impreso)

ISBN 978-607-633-323-5 (PDF)

© Universidad Autónoma del Estado de México
Instituto Literario núm. 100 Ote.
C. P. 50000, Toluca, Estado de México
<http://www.uaemex.mx>

El presente libro cuenta con la revisión y aprobación de dos pares doble ciego externos a la Universidad Autónoma del Estado de México. El arbitraje estuvo a cargo de la Dirección de Difusión y Promoción de la Investigación y los Estudios Avanzados, según consta en el expediente 226/2020.

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad Autónoma del Estado de México.

Libro financiado con recursos de la Secretaría de Investigación y Estudios Avanzados.

 Esta obra queda sujeta a una licencia *Creative Commons* Atribución-No Comercial-Sin Derivadas 4.0 Internacional. Puede ser utilizada con fines educativos, informativos o culturales, ya que permite a otros sólo descargar sus obras y compartirlas con otros siempre y cuando den crédito, pero no pueden cambiarlas de forma alguna ni usarlas de manera comercial. Disponible para su descarga en acceso abierto en <http://ri.uaemex.mx>.

El contenido de esta publicación es responsabilidad de los autores.

Hecho en México

Índice

Presentación	9
La protección de la mujer ante la violencia en el Estado de México María Elizabeth Díaz López	13
Intervención legal, exclusión social e interés superior del menor en México: una aproximación desde los derechos humanos Martha Elba Izquierdo Muciño y Gonzalo Guerra Santín	39
La intervención legal con menores en riesgo de exclusión social (especial referencia a los niños en conflicto con la ley) Juan José Periago Morant	59
Nuevos avances sobre el derecho a la privacidad: derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Derecho español, europeo y norteamericano Agustín Viguri Perea	89
Protección de datos personales en el derecho latinoamericano Hiram Raúl Piña Libien	143
Tutela judicial efectiva en el tema de las empresas transnacionales y los derechos humanos Maria Chiara Marullo	181

Presentación

La colaboración interuniversitaria entre la Universitat Jaume I de Castellón España y la Universidad Autónoma del Estado de México, más la ilusión y el esfuerzo puesto en común por docentes e investigadores de ambas instituciones traen como resultado la publicación del octavo número de: *Diálogos Jurídicos entre España y México*.

Por una parte, el intercambio de alumnos y maestros de ambas universidades y la participación en colaboraciones docentes convierten en realidad los “diálogos jurídicos”, un acercamiento que nos lleva a considerar temas de gran trascendencia para el derecho y que responden a las necesidades sociales.

Por otra parte, los operadores jurídicos de ambos países han adquirido un conocimiento directo de la realidad y el intercambio docente entre profesores españoles y mexicanos; esto beneficia la formación de estudiantes, quienes también participan en los programas de intercambio y con ello logran hacer derecho comparado.

La selección de los temas abordados proviene de las distintas propuestas formuladas por los profesores de disciplinas jurídicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Universitat Jaume I y de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, no cerradas a materias de derecho positivo y coincidentes en el tema objeto del análisis, sin perjuicio de haber perfilado la concreción del tema en los términos que mejor resultados aportase, cumpliendo así lo dispuesto en el Convenio Operativo en su cláusula núm. 5:

5.- Que es de interés para los suscribientes promover la publicación de libros jurídicos que aborden desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español y mexicano temas relevantes, objeto de estudio por

personal docente de ambas instituciones, para así tener y difundir un conocimiento más próximo de realidades jurídicas comparadas, potenciando así estos estudios, por lo que es su intención crear una colección de libros sobre diálogos jurídicos España y México.

Así, Elizabeth Díaz analiza el tema de la mujer ante la violencia, los diferentes tipos de violencia que pueden existir y el marco jurídico que se ofrece para su protección en México.

En tanto, Martha Izquierdo, Gonzalo Guerra y Juan José Periago estudian el tema de los menores con riesgo de exclusión social, incluyendo a los menores con discapacidad y las políticas públicas que implementa el Estado ante estos problemas.

El derecho a la intimidad y a la privacidad son tratados por Agustín Viguri e Hiram Piña, quienes enfocan desde la óptica del derecho latinoamericano, del derecho europeo y norteamericano el derecho a la protección de datos personales en contra de todo tipo de intromisión a su intimidad y como un derecho humano.

Finalmente, Chiara Marullo habla de las empresas transnacionales y su impacto en los países desarrollados y en subdesarrollo; de la tutela judicial Efectiva que existe al respecto para el desarrollo sostenible y nos ofrece una visión a través de los derechos humanos.

En consecuencia y como se ha mencionado, esta octava publicación es fruto de la colaboración interinstitucional, en la que ha tenido un papel especialmente importante el Dr. José Luis Blasco Díaz, Decano de la Universitat Jaume I de Castellón, España, quien se encargó de la coordinación de los docentes españoles y a quien expresamente manifiesto mi reconocimiento, esperando que vaya seguida de más publicaciones. Estamos trabajando en la elaboración de una siguiente publicación (número nueve de una serie de diez) y deseamos que con el tiempo estas publicaciones se conviertan en el foro de participación de investigadores de otros centros universitarios, siendo especialmente gratificante que entre ellos lleguen a estar quienes en su momento fueron alumnos y disfrutaron el intercambio que hizo nacer esta idea.

Por último, quiero expresar mi reconocimiento a las autoridades de la Facultad de Derecho de la UAEM, especialmente al Dr. en Derecho José Dolores Alanís Tavira, por todo el apoyo brindado, pues la firma de un acuerdo de colaboración entre ambas Facultades y una gran disposición por parte de muchas personas para seguir estrechando nuestros lazos de amistad, es lo que ha hecho posible continuar con este noble proyecto.

Martha Elba Izquierdo Muciño
*Catedrática e Investigadora de la Facultad de Derecho
Universidad Autónoma del Estado de México*

La protección de la mujer ante la violencia en el Estado de México

María Elizabeth Díaz López*

Introducción

Desde tiempos inmemoriales la violencia contra las mujeres ha estado presente en la historia de todas las sociedades y culturas, México y en particular el Estado de México no son la excepción. Por ello, debemos reconocer a la violencia intrafamiliar como un fenómeno que afecta no solo a las mujeres, sino que limita el desarrollo humano y social en general.

Acorde con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, Convención De Belém Do Pará¹ (CIPSEVCM), “la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades”². En el Estado de México, esta violación a los derechos humanos es muy común aún en pleno siglo XXI, derivada de las prácticas sociales o roles específicos para varones y mujeres. Roles que por fortuna se van desvaneciendo a través de la educación y la concientización sobre todo entre los jóvenes universitarios; por ello, se han incorporado las políticas públicas en el Gobierno del Estado de México consistentes en el contexto sobre la protección de la maternidad

* Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, México.

¹ OEA, Belém do Pará, Brasil.

² Susana Thalía Pedroza de la Llave *et al.* (comp.), *Compilación de instrumentos internacionales de derechos humanos*, p. 609.

en el trabajo; el destierro de la violencia contra las mujeres embarazadas; y garantizar el derecho a la protección de la maternidad en el trabajo en México. Por otro lado, se colige con lo anterior los ejemplos de sororidad recientes de libertad de expresión, exigencia y derecho de manifestación en la Ciudad de México (CDMX): la movilización del 8 de marzo de 2020³ y el movimiento en todo el territorio de los Estados Unidos Mexicanos 9M “Un Día sin Nosotras”⁴.

También se manifiesta en la Convención de Belém Do Pará la violencia contra la mujer

como una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres; Inclina a que la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida, la adopción de una convención para prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra la mujer, en el ámbito de la organización de los Estados Americanos, constituyen una positiva contribución para proteger los derechos de la mujer y eliminar las situaciones de violencia que puedan afectarla.

La Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de la ONU (CCJSM) considera la violencia familiar como “un grave problema que puede revestir formas de agresión, coerción y maltrato físico, verbal,

³ En donde millones de mexicanas, en el marco del Día Internacional de la Mujer, salieron a protestar para exigir su derecho a una vida sin violencia, así como exigir un alto al machismo y a la discriminación, en particular ante los feminicidios y la violencia de género.

⁴ Aquí un ejemplo del panorama que revela la difícil situación de las mexicanas: del 2015 al 2019 se han contabilizado 3 mil 621 casos de violencia de género en México (INEGI). 22% de los casos de violencia de género se concentran en 20 municipios de México (INEGI). En México se cometen 11 delitos sexuales a mujeres por un delito sexual cometido a hombres (INEGI). 20% de las mujeres mexicanas han enfrentado violencia por parte de sus parejas (INEGI). En México ocurren 10 feminicidios en promedio al día (INEGI). 50% de las mujeres mexicanas fueron asesinadas por su esposo o concubino (INEGI). 30% de los casos de violencia de género en México ocurrió dentro del propio hogar (INEGI). Del 21 de noviembre de 2019 al 31 de enero de 2020 se presentaron 362 denuncias por delitos sexuales en la CDMX y solo 55 se convirtieron en carpetas de investigación (Fiscalía General de Justicia de la CDMX). Uno de cada 10 feminicidios se comete contra niñas y adolescentes menores de 17 años. *El Sol de México*. “Las mujeres de México, en cifras”.

psicológico y sexual”. Irma Saucedo González⁵ al respecto manifiesta: “El concepto de violencia doméstica define el entorno donde se da el fenómeno y abarca todas sus modalidades cotidianas crónicas: mujeres golpeadas, niños maltratados y ancianos o minusválidos violentados”. De esta forma, cuando se habla de violencia intrafamiliar nos referimos a todo abuso que afecta la integridad de una persona en el ámbito familiar, ya sea por acciones u omisiones; la violencia no es únicamente contra la mujer, también aplica hacia los hijos, la pareja o incluso los adultos mayores; todos pueden sufrirla dentro de la familia, aunque no vivan en el mismo domicilio familiar. Sin embargo, en el presente trabajo nos enfocaremos en la protección de la mujer ante la violencia intrafamiliar o familiar en el Estado de México.

1. Breve conceptualización de violencia contra la mujer

En la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (DSEVCM), se define la violencia en el artículo 1 y la considera como “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém Do Pará” (CIPSEVCM), define en su artículo 1: “Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”⁶.

⁵ Irma Saucedo González, “Violencia doméstica y sexual”, pp. 32-34.

⁶ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém Do Pará”, el presente instrumento internacional fue adoptado por la Organización de los Estados Americanos en la ciudad de Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, mismo que fue aprobado por el Senado de la República el 26 de noviembre de 1996, lo cual consta en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de diciembre de 1996. Dicho instrumento entró en vigor en el ámbito internacional el 5 de marzo de 1995, pero para el Estado mexicano no fue sino hasta el 12 de diciembre de 1998, previa su ratificación el 12 de noviembre de 1998 y su promulgación en el *Diario Oficial* el 19 de enero de 1999.

Por otro lado, la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de la ONU (CCJSM) considera a la violencia familiar “un grave problema que puede revestir formas de agresión, coerción y maltrato de físico, verbal, psicológico y sexual”.

Así, la violencia familiar se entiende como

todo acto abusivo de poder u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar, o agredir de manera física, verbal, psicológica, patrimonial, económica y sexual, dentro o fuera del domicilio familiar, ejercida por personas que tengan o hayan tenido relación de parentesco, por consanguinidad hasta el cuarto grado ascendente y colateral, por afinidad, por adopción, o por relación de matrimonio, concubinato o mantengan o hayan mantenido una relación de hecho con la víctima⁷.

De aquí se desprende que hay un abusador o generador de violencia que ejerce el poder —quien a través de su acción, omisión o abuso lesiona los derechos de los miembros del grupo familiar— y una víctima, receptor de violencia o sometido —persona que sufre el maltrato físico, psicológico, sexual y/o daño patrimonial—; lo cual facilita actos violentos desde la intimidación, amenazas, agresiones, acoso, uso de fuerza física, e incluso el abandono.

Por su parte, María de la Luz Lima Malvido ha definido la violencia doméstica como “las acciones u omisiones que tienen por objeto o como fin causar intencionalmente un daño total o parcial a bienes jurídicamente protegidos en el entorno familiar”⁸.

En el *Código Civil del Estado de México* se define la violencia familiar como “toda acción, omisión o abuso, que afecte la integridad física, psicológica, moral, sexual, patrimonial y/o la libertad de una persona en el ámbito del grupo familiar aun cuando se configure un delito”⁹. De igual forma el

⁷ Ley para la prevención y erradicación de la violencia familiar del Estado de México, publicada el 25 de septiembre de 2008.

⁸ María de la Luz Lima Malvido, “Violencia intrafamiliar”.

⁹ Gobierno del Estado de México (2007), Decreto número 75 con el que se reforman el artículo 4.397 de *Código Civil*; y los artículos 2.348 y 2.354, el primer párrafo del artículo 2.355 y 2.359 del *Código de Procedimientos Civiles* ambos del Estado de México, p. 35.

propio código en comento especifica qué debemos entender como grupo familiar: conjunto de personas vinculadas por relaciones de intimidad, mutua consideración y apoyo, parentesco, filiación o convivencia fraterna; o bien tengan alguna relación conyugal o de concubinato. La propia *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* en su artículo cuarto menciona a la familia señalando que la mujer y el hombre son iguales ante la ley, y la misma Constitución protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Sin embargo, en ninguno de sus apartados define qué es la familia.

2. Tipos de violencia intrafamiliar que se ejerce contra la mujer

En relación con los tipos de violencia se pueden definir múltiples formas de violencia contra la mujer, el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém Do Pará”¹⁰ (CIPSEVCM) se señalan las siguientes:

Artículo 2

Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

- a) Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;
- b) Que tenga lugar en la Comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violaciones, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c) Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra¹¹.

¹⁰ OEA, Belém do Pará, Brasil.

¹¹ Susana Thalía Pedroza de la Llave *et al.* (comp.), *op. cit.*, p. 610.

Al respecto, los tipos de violencia que se ejercen en contra de la mujer son:

- Violencia física: cualquier acto que infringe daño, usando la fuerza física o algún tipo de arma u objeto que pueda provocar o no lesiones internas, externas, o ambas;
- Violencia psicológica: cualquier acto u omisión que dañe la estabilidad psicológica, puede consistir en negligencia, abandono, descuido reiterado, celotipia, insultos, humillaciones, devaluación, marginación, indiferencia, infidelidad, comparaciones destructivas, rechazo, restricción a la autodeterminación y amenazas, las cuales pueden conllevar a la víctima a la depresión, al aislamiento, a la devaluación de su autoestima e incluso al suicidio;
- Violencia patrimonial: cualquier acto u omisión que afecta la supervivencia de la víctima. Se manifiesta en la transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, documentos personales, bienes y valores, derechos patrimoniales o recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades y puede abarcar los daños a los bienes comunes o propios de la violencia;
- Maltrato sexual: cuando las acciones se aplican en la coacción para que la persona maltratada realice alguna conducta o acto no deseado en la intimidad, ya sea doblegando y denostando su persona.
- Violencia sexual: cualquier acto que degrada o daña el cuerpo y/o la sexualidad del receptor de violencia y que, por tanto, atente contra su libertad, dignidad e integridad física;
- Abandono: quien teniendo a cargo la manutención económica del domicilio conyugal lo deja.

Además, se consideran las lesiones susceptibles de dañar la dignidad, integridad o libertad. La violencia contra la mujer es toda expresión de

abuso de poder que implica la supremacía del generador de violencia hacia el receptor de la violencia.

“Las relaciones entre hombres y mujeres tienen una enorme carga de agresividad que se manifiesta y se expresa de formas diferentes por ambos. Los hombres tienen derecho y permiso de ejercer la violencia contra las mujeres y ellas deben padecerla con obediencia y resignación”¹². También existen otras formas semejantes que lesionan o dañan la dignidad o integridad e incluso la libertad de la mujer. Se resaltan además distintas formas como la violencia de sojuzgamiento económico, de la imposición de decisiones, del engaño, de la infidelidad, menciona también una violencia afectiva y corporal, lo cual implica gritos, maltratos, humillación, ultraje erótico en diversos grados.

3. Marco jurídico protector de la violencia intrafamiliar en el Estado de México

En el *Código Penal del Estado de México*, la violencia familiar se encuentra tipificada como delito en su artículo 218, a la letra dice:

Al integrante de un núcleo familiar que haga uso de la violencia física o moral en contra de otro integrante de ese núcleo que afecte o ponga en peligro su integridad física, psíquica o ambas, o cause menoscabo en sus derechos, bienes valores de algún integrante del núcleo familiar, se le impondrán de tres a siete años de prisión y de doscientos a seiscientos días multa y tratamiento psicoterapéutico, psicológico, psiquiátrico o reeducativo, sin perjuicio de las penas que correspondan por otros delitos que se consumen¹³.

Para estos tipos de violencia, el Gobierno del Estado de México cuenta con asistencia jurídica, social, médica, psicológica y de trabajo social para tratar a las víctimas, a través de la Ley para la Prevención y Erradicación de la Violencia Familiar del Estado de México.

¹² Marcela Lagarde y de los Ríos, *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*.

¹³ LX Legislatura Poder Legislativo del Estado de México, *Código Penal del Estado de México*, “Capítulo V. Violencia Familiar”, artículo 218, p. 67.

En el *Código Civil del Estado de México*, la violencia intrafamiliar es considerada como causal de nulidad del matrimonio e incluso de limitación o de la potestad sobre los hijos:

Artículo 4.70.- Habrá violencia como causa de nulidad del matrimonio si concurren las circunstancias siguientes:

- I. Que importe peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes;
 - II. Que se cause al contrayente, a sus parientes en línea recta sin limitación de grado, sus colaterales dentro del segundo grado, o a su tutor;
 - III. Que haya subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio.
- Legitimación y plazo para deducir la nulidad por violencia

Artículo 4.71.- La acción de nulidad del matrimonio por violencia, sólo puede deducirse por el cónyuge agraviado¹⁴.

Una de las principales causales de la violencia intrafamiliar se da cuando la mujer la considera natural y justificable por su condición de *sexo débil*, la ve normal por el simple hecho de ser mujer; esta conducta se repite con la educación a los hijos, los cuales son propensos a repetir el mismo rol o modelo autoritario dando oportunidad a favorecer aún más la desigualdad entre géneros.

En la Ley para la Prevención y Erradicación de la Violencia Familiar del Estado de México, los bienes jurídicamente tutelados por esta ley son: la vida, la libertad, la integridad física, psicológica, sexual y patrimonial de la familia, por tanto, sus objetivos son:

- I. Garantizar a los integrantes de la familia su derecho a vivir una vida libre de violencia en los ámbitos público y privado, asegurando su integridad personal y el libre desarrollo de su personalidad. (Reformada mediante el decreto número 483 de la “LVIII” Legislatura publicado en la *Gaceta de Gobierno* el 6 de agosto de 2015).
- II. El respeto a la igualdad, a la dignidad humana y a la integridad física, psicológica, sexual y patrimonial de las personas, a fin de lograr las mejores condiciones de bienestar. (Reformada mediante

¹⁴ Cfr. *Código Civil del Estado de México*.

el decreto número 483 de la “LVIII” Legislatura publicado en la Gaceta de Gobierno el 6 de agosto de 2015).

III. La protección de cada uno de los miembros de la familia;

IV. Asegurar la protección institucional especializada en la prevención y detección de la Violencia Familiar, en atención de los receptores de violencia y en la opción terapéutica para los generadores y receptores de Violencia Familiar;

V. Asegurar la concurrencia y optimización de recursos e instrumentos destinados para actuar contra el fenómeno;

VI. Fortalecer las medidas de sensibilización ciudadana, dotando a los poderes públicos de instrumentos eficaces en el ámbito educativo, asistencial, sanitario y publicitario;

VII. Promover la colaboración y participación de las entidades, asociaciones y organizaciones de la sociedad civil que actúan en contra de la Violencia Familiar para buscar la protección y atención de los receptores de la misma; y

VIII. Promover programas permanentes de sensibilización y capacitación de los servidores públicos en la atención de casos de Violencia Familiar, a fin de lograr la recuperación física y psicológica de los receptores de la misma, así como la restitución de sus derechos para garantizar su reincorporación a la vida cotidiana¹⁵.

Como se puede apreciar, la propia ley tiene por objeto establecer medidas concretas de protección integral con la finalidad de salvaguardar la vida, la libertad, la integridad personal, psicológica, sexual y patrimonial de los miembros de la familia (en este caso de las mujeres) de aquellas personas con las que tengan un vínculo familiar, mediante la prevención, atención y tratamiento de la violencia familiar, así como favorecer el establecimiento de medidas de tratamiento y rehabilitación a los generadores de ésta y que permita fomentar una cultura estatal de una vida libre de violencia.

En la Ley para la Prevención y Erradicación de la Violencia Familiar del Estado de México; se establece:

¹⁵ Cfr. Ley para la Prevención y Erradicación de la Violencia Familiar del Estado de México.

Capítulo I Naturaleza y Objeto de la Ley

Artículo 1.- Las disposiciones contenidas en la presente Ley son de orden público e interés general y de observancia obligatoria en el Estado de México y atendiendo el interés superior de niñas, niños y adolescentes. (Reformado mediante el decreto número 483 de la “LVIII” Legislatura publicado en la Gaceta de Gobierno el 6 de agosto de 2015).

La presente ley también se aplicará cuando se ejerza violencia, sobre la persona con quien tenga o haya tenido relación de noviazgo, pareja o matrimonio. De igual forma aquellos a quien se deposite el cuidado de los hijos o a las personas que sin ser familiar se les de este trato.

.....

III. Atención: Al apoyo profesional otorgado a los Receptores o Generadores de Violencia Familiar, de carácter médico, jurídico, psicológico, trabajo social o de cualquier otra naturaleza; IV. Cultura de la No Violencia: Todas aquellas acciones que propicien la convivencia pacífica, armónica, familiar y social; V. Consejo: Consejo para Prevenir y Erradicar la Violencia Familiar del Estado de México; VI. Generador de Violencia Familiar: Es quien realiza actos de descuido, negligencia, abuso, maltrato físico, verbal, psicoemocional, sexual, corrupción, daño patrimonial a la persona con la que tenga o haya tenido algún vínculo familiar, así como el lesionar los derechos de los miembros del grupo familiar. (Reformada mediante el decreto número 483 de la “LVIII” Legislatura publicado en la Gaceta de Gobierno el 6 de agosto de 2015). VII. Grupo Familiar: Conjunto de personas vinculadas por relaciones de intimidad, mutua consideración y apoyo, parentesco, filiación o convivencia fraterna; o bien, tengan alguna relación conyugal o de concubinato; VIII. Prevención: A todas aquellas medidas y acciones encaminadas a prevenir e impedir que se produzca Violencia Familiar; IX. Programa Anual: Programa Anual de Prevención, Atención y Erradicación de la Violencia Familiar en el Estado de México; X. Receptor: Receptor de violencia familiar, toda persona que sufre el maltrato y/o abuso físico, psicológico o sexual, descuido, negligencia, abandono, corrupción y/o daño patrimonial. (Reformada mediante el decreto número 483 de la “LVIII” Legislatura publicado en la Gaceta de Gobierno el 6 de agosto de 2015). XI. Tratamiento: Al procedimiento integral proporcionado por instituciones públicas o privadas, tendente a la protección de los Receptores de Violencia Familiar, así como a la reeducación y rehabilitación de los Generadores de la misma.

.....
Capítulo III Sujetos de la Norma

.....
Artículo 6.- Se consideran sujetos de esta ley, en calidad de Generador o Receptor de Violencia, según sea el caso:

- I. Los miembros integrantes del Grupo Familiar;
- II. La persona con la que tiene o tuvo relación de concubinato, de pareja unida fuera de matrimonio o de noviazgo;
- III. Cualquier miembro del Grupo Familiar sin importar edad y condición, discapacidades y adultos mayores, que estén sujetos a patria potestad y tutela, guarda, protección, educación, cuidado o custodia; (Reformado mediante decreto número 337 de la "LVII" Legislatura publicado en la Gaceta del Gobierno el 1 de septiembre de 2011.)
- IV. Cualquier miembro del Grupo Familiar que aun cuando no tenga parentesco, haya habitado por cualquier razón en el domicilio familiar y que se le haya dado trato de familiar; y
- V. Cualquier miembro del grupo familiar que haya o no habitado en el domicilio familiar y que hubiera tenido bajo su cuidado o atención remunerada o no, a una niña, niño, adolescente, adulto mayor o discapacitado. (Reformada mediante el decreto número 483 de la LVIII Legislatura publicado en la Gaceta de Gobierno el 6 de agosto de 2015. Reformado mediante decreto número 337 de la LVII Legislatura publicado en la Gaceta del Gobierno el 1 de septiembre de 2011.)

En el Estado de México, esta violación a los derechos humanos es muy común aún en pleno siglo XXI y se concluye que es derivada de las prácticas sociales o roles específicos para varones y mujeres. Roles que, por fortuna, se van desvaneciendo a través de la educación y la concientización entre los jóvenes universitarios, por lo que se han incorporado las políticas públicas en el Gobierno del Estado de México consistentes en el contexto sobre la protección de la maternidad en el trabajo; el destierro de la Violencia contra de las mujeres embarazadas; y garantizar el Derecho a la protección de la maternidad en el trabajo en México.

4. Contexto sobre la protección de la maternidad en el trabajo

Con base en las violaciones que se suscitan de violencia en contra de la mujer en México, se considera relevante mostrar el contexto sobre la protección a la maternidad en el trabajo, para dimensionar algunas de las condiciones a las que se ven expuestas las mujeres embarazadas en

sus centros laborales que les impide gozar y disfrutar plenamente de sus derechos humanos.

La protección de la salud materno-infantil implica establecer las condiciones propicias y acciones específicas para la atención de la mujer durante su embarazo, parto y puerperio, así como de la persona recién nacida, durante su crecimiento y desarrollo, a efecto de que puedan disfrutar del más alto nivel posible de vida. La protección a la maternidad en el trabajo es esencial, porque contribuye a la realización de diversos objetivos de desarrollo globales, lo cual implica generar ambientes propicios para el bienestar de las mujeres embarazadas, para que vivan con dignidad y tengan la realización plena de sus derechos humanos.

La salud materno-infantil constituye uno de los objetivos de la resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015, denominada “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, la cual es un plan de acción para hacer realidad los derechos humanos de todas las personas.

Para el caso de la protección de la maternidad en el trabajo, el objetivo número 3 de desarrollo sostenible convoca a “Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades” y una de las metas del referido objetivo para el 2030, es poner fin a las muertes evitables de recién nacidos y de niñas y niños menores de 5 años, logrando que todos los países intenten reducir la mortalidad neonatal al menos hasta 12 por cada 1000 nacidos vivos, y la mortalidad de niños menores de 5 años al menos hasta 25 por cada 1000 nacidos vivos¹⁶.

Uno de los compromisos que tiene el Estado mexicano para el cumplimiento de los propósitos encaminados a hacer realidad los derechos humanos de las personas en situación de vulnerabilidad, como las mujeres embarazadas y los recién nacidos, es eliminar las barreras u obstáculos basados en desigualdad y violencia contra la mujer.

¹⁶ Organización de las Naciones Unidas, objetivos de desarrollo sostenible, 17 objetivos para transformar nuestro mundo.

5. Violencia contra las mujeres embarazadas

Existen diversos factores de riesgo que pueden influir para que una mujer embarazada presente un parto prematuro o parto pretérmino, entre esos factores también se encuentra la violencia contra la mujer embarazada. La Norma Oficial Mexicana NOM-007SSA2-2016, Para la atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, y de la persona recién nacida, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 7 de abril de 2016, en el apartado de Introducción, refiere que la violencia o maltrato hacia la mujer embarazada es uno de los factores que tiene efectos negativos en la salud emocional y física que puede incidir en la probabilidad de sufrir abortos espontáneos, muerte fetal, parto prematuro y bajo peso al nacer.

La Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (LGAMVLV) establece en su artículo 5, fracción IV, que para los efectos de dicho ordenamiento se entenderá por Violencia contra las Mujeres: “Cualquier acción u omisión, basada en su género, que les cause daño o sufrimiento psicológico, físico, patrimonial, económico, sexual o la muerte tanto en el ámbito privado como en el público”. Además, refiere varios tipos de violencia entre la que se encuentra la psicológica, la física, patrimonial, económica y sexual. En cuanto a modalidades, señala que la violencia contra las mujeres se presenta en el ámbito familiar, laboral, docente, como hostigamiento sexual, acoso sexual, violencia en la comunidad, institucional, obstétrica y el feminicidio.

Existen también criterios jurisprudenciales con respecto a la Violencia contra las Mujeres, como el criterio sustentado por el Poder Judicial de la Federación:

la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales, que limita total o parcialmente su goce o ejercicio, esto es, la violencia contra la mujer incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad; por lo que el Estado también es responsable de los actos de violencia contra las mujeres perpetrados por particulares en tanto no adopte medidas con la diligencia debida para impedir la

violación de derechos o para investigar y castigar actos de violencia e indemnizar a las víctimas¹⁷.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) acreditó que la violencia contra la mujer se puede presentar en diversas situaciones, como en el ámbito laboral, por ejemplo; por ello, en el tema de maternidad en el trabajo, cobra especial relevancia la protección de la mujer en contra de todo tipo de violencia, especialmente, al ser una situación que afecta únicamente a las mujeres, en razón de su sexo y las coloca en un estado de particular vulnerabilidad, por tal motivo se deben adoptar medidas tendentes a brindarles un ambiente libre de violencia durante el embarazo, parto y puerperio¹⁸.

La violencia contra la mujer impide el logro de los objetivos de igualdad, desarrollo y paz. La violencia contra la mujer viola y menoscaba o impide su disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La inveterada incapacidad de proteger y promover esos derechos y libertades en los casos de violencia contra la mujer es un problema que incumbe a todos los Estados y exige que se adopten medidas al respecto¹⁹.

Sostiene la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) que vivir en un ambiente libre de violencia durante el embarazo implica que en el ámbito privado y público se adopten medidas de especial protección para el binomio materno-infantil, pues durante el periodo de gestación la mujer presenta cambios fisiológicos y necesidades específicas para su bienestar físico y psicológico. En la opinión médica del especialista de este organismo constitucional, algunos cambios fisiológicos pueden limitar la capacidad funcional de la trabajadora embarazada y su tolerancia a determinadas condiciones del entorno laboral. Los cambios más relevantes de la mujer gestante se manifiestan en cambios circulatorios, el peso

¹⁷ SCJN, Actos de violencia contra la mujer: es obligatorio para los juzgadores dar vista de oficio a la autoridad ministerial cuando de autos adviertan dicha circunstancia.

¹⁸ Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), Recomendación 23/2017 Sobre casos de restricciones ilegítimas al derecho a la seguridad social, en la modalidad de protección a la maternidad, en agravio de V1, V2, V3, V4, V5, V6, V7, V8, V9, V10, V11, V12, V13, V14 Y V15, párrafo 373.

¹⁹ ONU, Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, párrafo 112.

corporal, la postura, el equilibrio, la laxitud de ligamentos, las extremidades superiores y la frecuencia urinaria.

Asimismo, para la CNDH, la mujer embarazada al encontrarse en un estado de vulnerabilidad requiere que los factores de riesgo presentes en su trabajo sean disminuidos o eliminados, ya que se convierten en obstáculos o barreras que le impiden gozar plenamente de sus derechos humanos.

Por otro lado, con base en la consulta al Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo en España, se concluye que entre los factores que inciden en la salud de la mujer trabajadora embarazada y el desarrollo óptimo del producto de la gestación está la carga de trabajo, definida como el conjunto de requerimientos físicos y mentales a los que se ve sometida una persona durante la jornada laboral y que implica consumo de energía—en el caso de esfuerzo físico, se aumentan los ritmos cardíacos y respiratorios, lo cual puede producir fatiga muscular, caracterizada por un dolor agudo que obliga a la persona a interrumpir las actividades—. En el caso de la mujer embarazada, la fatiga aumenta por el propio estado de gravidez y produce consecuencias en la mujer como en el producto de la gestación²⁰.

Para la Organización Mundial de la Salud, una de las consecuencias que puede tener la mujer embarazada al enfrentarse a cargas excesivas de trabajo, es presentar parto pretérmino o prematuro. Esto implica un esfuerzo considerable y significa un peligro para su salud en relación con la gestación, debiendo percibir su salario íntegro y la conservación de su empleo, así como los derechos inherentes. La mayoría de los fallecimientos neonatales se deben a partos prematuros, asfixias durante el parto (incapacidad para respirar en el momento del parto) e infecciones²¹. En ese sentido, la prematurez ocurre cuando existe un nacimiento antes de que se hayan cumplido las 37 semanas de gestación y existen subcategorías en función de la edad gestacional de los recién nacidos²²: prematuros extremos (menos de 28 semanas de gestación); muy prematuros (de 28 a 32 semanas de gestación); prematuros moderados a tardíos (de 32 a 37 semanas de gestación).

²⁰ Ficha técnica del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo en España.

²¹ OMS, Reducción de la mortalidad en la niñez.

²² OMS, Nacimientos prematuros.

Por su propia condición, los recién nacidos prematuros corren el riesgo de desarrollar discapacidades que les acompañarán toda la vida, el grado en que esto puede afectarles en su salud depende en gran medida del nivel de prematuridad, la calidad de la atención y los cuidados recibidos en el parto y el periodo inmediatamente posterior a este, y en los días y semanas subsiguientes²³.

Así, se concluye que la protección especial y reforzada de la mujer embarazada, a través de medidas o acciones con enfoque de derechos humanos, resulta indispensable para el cuidado y bienestar de la salud de las mujeres trabajadoras y el desarrollo óptimo del producto o productos de la gestación.

6. Derecho a la protección de la maternidad en el trabajo en México

El artículo 1º. de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* prevé diversas obligaciones para todas las autoridades, entre otras, en el ámbito de su competencia el respeto a los derechos humanos reconocidos en la propia *Constitución* y en los tratados internacionales; el procurar la protección más amplia de esos derechos; y, desde el ámbito de su respectiva competencia, el “promover, proteger, respetar y garantizar los derechos humanos” de todas las personas, con un énfasis particular en aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, como es el caso de las mujeres embarazadas.

La protección de la maternidad está consagrada constitucionalmente en el artículo 123, apartado B, fracción XI, inciso c: “Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación”²⁴.

²³ *Idem.*

²⁴ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Secretaría General. Secretaría de Asuntos Parlamentarios, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, p. 142.

La Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, reglamentaria del apartado B) del artículo 123 Constitucional (Ley de los Trabajadores), en su artículo 14, fracción III, estipula que serán condiciones nulas y no obligarán a una jornada inhumana por lo notoriamente excesiva o peligrosa para la salud de la trabajadora embarazada o el producto de la gestación.

La Ley Federal del Trabajo²⁵, en su artículo 166, establece que cuando se ponga en peligro la salud de la mujer, o la del producto, ya sea durante el estado de gestación o el de lactancia, no se podrá utilizar su trabajo en labores insalubres o peligrosas.

El artículo 170 de la Ley Federal del Trabajo también establece: “No realizarán trabajos que exijan esfuerzos considerables y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación, tales como levantar, tirar o empujar grandes pesos, que produzcan trepidación, estar de pie largo tiempo o puedan alterar su estado psíquico y nervioso”, además de que los periodos de descanso antes y después del parto podrán prorrogarse por el tiempo necesario, en caso de imposibilidad para trabajar a causa del embarazo o del parto.

El artículo 61 de la Ley General de Salud establece: “La atención materno-infantil tiene carácter prioritario y comprende las siguientes acciones: I. La atención de la mujer durante el embarazo, el parto y el puerperio”.

El artículo 65, fracción III, de dicha ley, establece la obligación de las autoridades sanitarias, educativas y laborales de apoyar y fomentar “la vigilancia de las actividades ocupacionales que puedan poner en peligro la salud física y mental de los menores y de las mujeres embarazadas”.

El Convenio No. 102 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la Norma Mínima de la Seguridad Social, ratificado por el Estado

²⁵ La Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, en su artículo 11, preceptúa: “En lo no previsto por esta ley o disposiciones especiales, se aplicarán supletoriamente, y en su orden, la Ley Federal del Trabajo, el Código Federal de Procedimientos Civiles, las leyes del orden común, la costumbre, el uso, los principios generales del derecho y la equidad”. Puerperio, en razón de la condición de vulnerabilidad en que se encuentra la mujer y el producto y, comprende la atención integral de la mujer, incluyendo la atención psicológica que requiera.

Mexicano el 12 de octubre de 1961, en la Parte VIII, indica que se deberá garantizar la concesión de prestaciones de maternidad.

Por su parte, el artículo II.2, inciso d), de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), establece que los Estados Parte adoptarán las medidas apropiadas para “prestar protección especial a la mujer durante el embarazo, en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella”.

Además, los artículos 58 y 59 del Reglamento Federal de Seguridad y Salud en el Trabajo²⁶ prohíben asignar a mujeres en estado de gestación la realización de trabajos que “Demanden esfuerzo físico moderado y pesado; cargas superiores a los diez kilogramos; posturas forzadas, o con movimientos repetitivos por períodos prolongados, que impliquen esfuerzo abdominal o de miembros inferiores” y cuando el patrón tenga conocimiento del estado de gestación de una mujer trabajadora, inmediatamente después, la deberá reubicar temporalmente en otras actividades que no sean peligrosas e insalubres.

Como ha quedado expresado al principio de este apartado, en el marco de la reforma Constitucional de Derechos Humanos publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 10 de junio de 2011, el artículo 1o. de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* prevé para todas las autoridades, en el ámbito de su competencia, el respeto a los derechos humanos reconocidos en la propia *Constitución* y en los tratados internacionales; el procurar la protección más amplia de esos derechos; y, desde el ámbito de su respectiva competencia, el “promover, proteger, respetar y garantizar los derechos humanos” de todas las personas, con un énfasis particular

²⁶ Este reglamento tiene por objeto establecer las disposiciones en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo que deberán observarse en los Centros de Trabajo, a efecto de contar con las condiciones que permitan prevenir Riesgos y, de esta manera, garantizar a los trabajadores el derecho a desempeñar sus actividades en entornos que aseguren su vida y salud, con base en la Ley Federal del Trabajo, que en su artículo 11 preceptúa: “En lo no previsto por esta ley o disposiciones especiales, se aplicarán supletoriamente, y en su orden, la Ley Federal del Trabajo, el Código Federal de Procedimientos Civiles, las leyes del orden común, la costumbre, el uso, los principios generales del derecho y la equidad”.

en aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, como es el caso de las mujeres embarazadas²⁷.

Las autoridades del Estado mexicano deben asegurar la dignidad humana de las personas que se ubican en los *grupos de atención prioritaria*, como son las mujeres embarazadas, por lo que la ejecución de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible resulta indispensable para hacer realidad los derechos fundamentales de las personas con una particular situación de vulnerabilidad y alcanzar con ello una igualdad sustantiva; así, el derecho a la protección de la maternidad en el trabajo implica que las actividades en los centros de trabajo de las trabajadoras embarazadas no pongan en riesgo o peligro su salud, implementando una serie de medidas o acciones que refuercen la protección de las mujeres gestantes.

El Convenio No. 183 “Sobre la protección de la maternidad” de la Organización Internacional del Trabajo, y el numeral 6 de la Recomendación

²⁷ De acuerdo con la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*:

TÍTULO PRIMERO

CAPÍTULO I. De los Derechos Humanos y sus Garantías

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta *Constitución* y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta *Constitución* establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta *Constitución* y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

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

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

191 de ese Organismo Internacional, establecen la necesidad de brindar especial protección a las mujeres embarazadas, evitando que se les obligue a realizar trabajos que les impliquen un riesgo significativo para su salud, así como que en los trabajos peligrosos deberían incluir: “(a) todo trabajo penoso: (i) que obligue a levantar, tirar o empujar grandes pesos; (ii) que exija un esfuerzo físico excesivo y desacostumbrado, incluido el hecho de permanecer de pie durante largo tiempo”.

La protección de la maternidad en el trabajo en México se encuentra prevista como ya ha quedado expresado en los artículos 1º. y 123, apartado B, fracción XI, inciso c, de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*; II.2, inciso d), de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés); 14, fracción III de la Ley de los Trabajadores; 166 y 170 de la Ley Federal del Trabajo; en los cuales se obliga a las autoridades del Estado mexicano a respetar los derechos humanos de las mujeres embarazadas, por lo que deben vigilar que no realicen trabajos que les exijan esfuerzos que signifiquen un peligro para su salud: como levantar, tirar o empujar grandes pesos, que produzcan trepidación, estar de pie largo tiempo o puedan alterar su estado psíquico y nervioso; por tanto, para su protección especial se adoptarán las medidas apropiadas.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de la Organización de Estados Americanos, en su artículo VII, menciona: “toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tiene derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”. La Norma Oficial Mexicana NOM-007-SSA2-2016, Para la atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, y de la persona recién nacida, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de abril de 2016, establece:

la salud materno infantil constituye un objetivo básico de los pueblos porque en ella descansa la reproducción biológica y social del ser humano; es condición esencial del bienestar de las familias, y constituye un elemento clave para reducir las desigualdades y la pobreza.

Asimismo, señala:

la mayoría de los daños obstétricos y los riesgos para la salud de la madre y la persona recién nacida pueden ser prevenidos, detectados y tratados con éxito mediante la aplicación de procedimientos para la atención, entre los que destacan, el uso del enfoque de riesgo, la realización de actividades eminentemente preventivas y la eliminación o racionalización de algunas prácticas generalizadas que llevadas a cabo en forma rutinaria y sin indicaciones generan riesgos innecesarios.

Al existir una protección especial de la mujer trabajadora embarazada, las decisiones adoptadas por las autoridades que involucren a una persona en situación de vulnerabilidad deben contener una perspectiva de derechos humanos que implique visibilizar a la mujer desde una dimensión integral encaminada a proteger su dignidad. Por ello, la protección del embarazo y la maternidad responden a la protección de la relación especial entre la madre y el recién nacido, la salud de ambos y una cierta seguridad en el empleo, con lo cual se logra que la mujer embarazada trabajadora goce de una salud física y emocional²⁸.

Conclusiones

Se ha definido la violencia doméstica como “las acciones y omisiones que tienen por objeto o como fin causar intencionalmente un daño total o parcial a bienes jurídicamente protegidos en el entorno familiar”. Los maltratos a mujeres en el seno familiar o doméstico son aquellos en donde el sujeto activo es el cónyuge o la persona con quien la mujer sostiene o ha sostenido relaciones maritales de manera estable, incluyendo las relaciones íntimas. Este tipo de violencia también abarca la proveniente de cualquier otra persona con parentesco de consanguinidad, ascendente o descendente, hermanos o afines, así como de quienes ejercen la patria potestad, la tutela o la custodia (depósito) de menores, independientemente

²⁸ (SCJN), Trabajadoras embarazadas al servicio del Estado. Su despido constituye un acto de discriminación por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran.

de que el agresor y la persona sujeta a violencia compartan una misma residencia.

Los aspectos del maltrato a mujeres son equiparables a modelos de conducta y de comunicación propios de una relación asimétrica de dominación y en ellos el agresor tiene una relación de afectividad y/o de cercanía con la víctima.

Entre las violaciones que se suscitan de violencia en contra de la mujer en México, se considera relevante la protección a la maternidad en el trabajo, para dimensionar algunas de las condiciones a las que las mujeres embarazadas se ven expuestas en sus centros laborales y les impide gozar y disfrutar plenamente de sus derechos humanos. La protección de la salud materno-infantil implica establecer las condiciones propicias y acciones específicas para la atención de la mujer durante su embarazo, parto y puerperio, así como de la persona recién nacida, durante su crecimiento y desarrollo, a efecto de disfrutar del más alto nivel posible de vida.

En el marco de la reforma Constitucional de Derechos Humanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, el artículo 1º. de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* prevé para todas las autoridades, en el ámbito de su competencia, el respeto a los derechos humanos reconocidos en la propia *Constitución* y en los tratados internacionales; el procurar la protección más amplia de esos derechos; y, desde el ámbito de su respectiva competencia, el “promover, proteger, respetar y garantizar los derechos humanos” de todas las personas, con énfasis particular en aquellas en situación de vulnerabilidad, como el caso de las mujeres embarazadas.

Por ende, las autoridades del Estado mexicano deben y tienen que asegurar la dignidad humana de las personas integrantes de los *grupos de atención prioritaria*, como las mujeres embarazadas; por esto, la ejecución de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible resulta indispensable para hacer realidad los derechos fundamentales de las personas en situación de vulnerabilidad y con ello alcanzar una igualdad sustantiva; así, el derecho a la protección de la maternidad en el trabajo implica que las actividades en los centros de trabajo no pongan en riesgo o peligro la

salud de las trabajadoras embarazadas, implementando una serie de medidas o acciones que refuercen la protección de las mujeres gestantes.

Fuentes de consulta

- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Secretaría General, Secretaría de Asuntos Parlamentarios, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_080520.pdf [30 de noviembre de 2020].
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), Recomendación 23/2017 Sobre casos de restricciones ilegítimas al derecho a la seguridad social, en la modalidad de protección a la maternidad, en agravio de V1, V2, V3, V4, V5, V6, V7, V8, V9, V10, V11, V12, V13, V14 Y V15, 31 de mayo de 2017, 131 pp.
- Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer*. Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx>.
- El Sol de México*, "Las mujeres de México, en cifras", Sociedad, *El Sol de México*. Disponible en <https://www.elsoldemexico.com.mx/mexico/sociedad/un-dia-sin-mujeres-un-dia-sin-ella-paro-nacional-datos-mexico-violencia-economia-estadistica-4939227.html> [9 de marzo de 2010].
- Ficha técnica del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo en España. Disponible en http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/401a500/n tp_413.pdf.
- Gobierno del Estado de México, Decreto número 75 con el que se reforman el artículo 4.397 de *Código Civil*; y los artículos 2.348 y 2.354, el primer párrafo del artículo 2.355 y 2.359 del *Código de Procedimientos Civiles* ambos del Estado de México, *Gaceta del Gobierno*, núm. 43, miércoles 29 de agosto de 2007, LVI Legislatura.
- Lagarde y de los Ríos, Marcela, *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, 2019.

- Ley General de Acceso de Las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, nueva ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de febrero de 2007. Texto Vigente. Última reforma publicada DOF 13-04-2018
- Ley para la Prevención y Erradicación de la Violencia Familiar del Estado de México, Reformada mediante el decreto número 483 de la LVIII Legislatura, publicado en la *Gaceta de Gobierno* el 6 de agosto de 2015.
- Lima Malvido, María de la Luz, "Violencia intrafamiliar", ponencia magistral presentada en el Foro internacional de prevención y Violencia doméstica. Gobierno del Estado de Jalisco / Sociedad Mexicana de Criminología / Programa de Naciones Unidas, 14 y 15 de noviembre de 1996, documentos CNDH, 35 pp.
- LX Legislatura Poder Legislativo del Estado de México, *Código Penal del Estado de México*, pdf. Disponible en http://www.secretariadeasuntosparlamentarios.gob.mx/leyes_y_codigos.html
- Organización de los Estados Americanos (OEA). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer. Convención De Belém Do Pará. Depositario: OEA. Lugar de adopción: Belém do Pará, Brasil. Fecha de adopción: 9 de junio de 1994. Vinculación de México: 12 de noviembre de 1998, ratificación. Aprobación del Senado: 26 de noviembre de 1996, según decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de diciembre de 1996. Entrada en vigor: 15 de marzo de 1995, general; 12 de diciembre de 1998, México. Publicación del decreto de promulgación en el *Diario Oficial de la Federación*: martes 19 de enero de 1999. Última modificación Diario Oficial: ninguna.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU), Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, 1995.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU), Objetivos de desarrollo sostenible. 17 objetivos para transformar nuestro mundo. Disponible en <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/health/>.
- Organización Mundial de la Salud (OMS), Nacimientos prematuros. Disponible en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs363/es/> [16 de mayo de 2018].
- Organización Mundial de la Salud (OMS), Reducción de la mortalidad en la niñez. Disponible en <http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/children-reducing-mortality>.

- Pedroza de la Llave, Susana Thalía *et al.* (comp.), *Compilación de instrumentos internacionales de derechos humanos*, tomo I, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2010.
- Plascencia Villanueva, Raúl y Ángel Pedraza López (comps.), *Compendio de instrumentos internacionales de derechos humanos*, tomo I, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011.
- Saucedo González, Irma, "Violencia doméstica y sexual", *Revista Demos. Carta Demográfica sobre México*, núm. 8. 1995.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Actos de violencia contra la mujer. es obligatorio para los juzgadores dar vista de oficio a la autoridad ministerial cuando de autos adviertan dicha circunstancia, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, Registro: 2009256, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Publicación: viernes 29 de mayo de 2015.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Trabajadoras embarazadas al servicio del estado. su despido constituye un acto de discriminación por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, Registro: 2010880, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 26, enero de 2016, tomo IV, página 3313.

Intervención legal, exclusión social e interés superior del menor en México: una aproximación desde los derechos humanos

Martha Elba Izquierdo Muciño* y Gonzalo Guerra Santín**

Introducción

Los niños, niñas y adolescentes (NNA) son un grupo poblacional que, por sus características, requieren un grado especial de atención y protección. Por ello, se consideran un sector vulnerable, pues es propenso a ser víctima de transgresiones a sus derechos humanos. Aunado a lo anterior, existen condiciones que agravan ese estado de indefensión: la pobreza; el género; la marginación; la situación migratoria; la discapacidad; la pertenencia a un grupo o comunidad indígena; o la situación jurídica por la presunta o comprobada comisión o participación en un hecho delictivo.

En esa tesitura, el Estado tiene la obligación de implementar las acciones necesarias, incluyendo aquellas de tipo legislativo, para brindar una atención a los NNA, procurando en todo momento su desarrollo integral en condiciones adecuadas, y eliminando todas aquellas barreras que fomenten o permitan exclusión o discriminación en contra de sus derechos y la dignidad.

* Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, México.

** Servidor público del Gobierno del Estado de México.

En virtud de la diversidad y complejidad de los temas que abarcan la protección de los NNA en nuestro país, para efectos de este artículo, nos enfocaremos en aquellos casos en los cuales los NNA presenten alguna condición de discapacidad, o hayan cometido o participado en algún hecho considerado como delito por la legislación penal.

De esa forma, aunque en una primera vista esos dos temas se aprecian distintos para su estudio, se analizarán desde la perspectiva del pensamiento *foucaultiano*, en el sentido de comprender cómo el Estado, ejerciendo el poder, hace uso de mecanismos similares para controlar la discapacidad y las conductas antisociales, consideras como delitos, generando exclusión.

Para la atención de esas dos hipótesis, el Estado ha desarrollado mecanismos de control, operados por sus propias instituciones, que le permiten apartar del resto de la sociedad aquellos NNA que tengan algún tipo de discapacidad o que hayan cometido algún delito. De esa forma la autoridad puede aplicar el tratamiento que considere adecuado, ya sea relacionado con la salud o alguna disposición punitiva.

Una vez implementado lo anterior, la autoridad puede determinar qué es lo adecuado para reintegrarlos a la sociedad cuando se considere que están “curados” o hayan cumplido su sanción. Una de esas herramientas es la intervención legal, que resulta una respuesta del Estado para ejercer un control directo y total de las personas.

Para el primer caso, debemos señalar que la discapacidad en nuestro país ha sido atendida desde los modelos asistencial y médico, en ellos las personas con discapacidad (PCD) no son consideradas como parte de la homogeneidad y son excluidas al presentar las condiciones físicas o cognitivas típicas.

La atención para ese sector de la población radica, desde el punto de vista del modelo asistencial, en brindarle los insumos necesarios a especie de dádivas para “sobrellevar” su vida. Por otro lado, el modelo médico trata a las PCD como sujetos que, al tener un problema de salud, deben ser “curados”, siendo la obligación de las instancias de salud mejorarlas

para que tengan cabida en la sociedad. Esos dos modelos de atención a la discapacidad, como es de observarse, cosifican a las PCD.

Por cuanto hace a las personas menores de edad que han cometido o participado en un hecho delictivo, en México, como lo refiere Andrés Calero Aguilar: “La discusión sobre la responsabilidad delictiva de los menores de edad ha versado principalmente sobre el concepto de imputabilidad o inimputabilidad; el problema se ha centrado en determinar si deben ser sujetos de reproche cuando ejecutan una conducta típica y antijurídica y, en consecuencia, cómo deben ser sancionados”¹. Así, en México existe todo un sistema de justicia para adolescentes a efecto de salvaguardar sus derechos humanos en dichos casos.

En nuestras dos hipótesis de estudio, se considera que el Estado utiliza disposiciones jurídicas que contemplan herramientas legales que van desde la intervención legal hasta la reclusión para su atención. La intervención legal trae consigo *institucionalización*, entendiéndose como el mecanismo del Estado para acondicionar a las personas limitando su conducta e internándolas o poniéndolas a disposición de instituciones públicas, en donde se les dará un tratamiento para su incorporación a la sociedad.

Lo anterior, como será referido en apartados subsecuentes, genera exclusión de los NNA, pues los segrega de la sociedad y acondiciona su comportamiento. Para el caso de los NNA que presentan algún tipo de discapacidad, el Estado los institucionaliza en organismos públicos de salud, donde se les atiende físicamente para sobrellevar su condición; ahora bien, el sector de la población que ha cometido o participado en hechos constitutivos de algún delito se interna, en caso de que sean adolescentes, en instituciones de readaptación social, donde cumplen una condena establecida por la legislación aplicable.

¹ A. Calero Aguilar, *El nuevo sistema de justicia para adolescentes en México*, p.1.

2. Protección de niñas, niños y adolescentes en riesgo de exclusión en México

En México son diversos los cuerpos normativos que contienen derechos que promueven la protección de los derechos de los NNA. Para efectos de este texto, nos enfocaremos exclusivamente en aquellos ordenamientos jurídicos que tienen por objeto proteger sus derechos con base en el interés superior de la infancia en materia de discapacidad y lo relativo al sistema de justicia penal para adolescentes.

En el ámbito internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), mediante la Resolución 44/25, de fecha 20 de noviembre de 1989, establece que los Estados deben respetar los derechos enunciados en su texto sin distinción alguna. El artículo 3, numeral uno, menciona: “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, el interés superior del niño, deberá ser una consideración primordial”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José”), suscrita en la ciudad de San José de Costa Rica, menciona en su artículo 1:

los Estados Parte de la Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos por 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 (*sic*), color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Asimismo, el “Pacto de San José” menciona en el numeral 5, del artículo 5:

cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento; debiendo las penas privativas de la libertad tener como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), en vigor a partir de 2008, reconoce en el inciso

e) de su apartado de considerandos que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

En ese sentido tenemos una nueva conceptualización de la discapacidad progresando del paradigma donde las PCD no tenían cabida en la sociedad.

El propósito de esa CDPD, según el artículo primero, es

promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

En materia de atención y protección de las NNA con alguna discapacidad, reconoce que “deben gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y recordando las obligaciones que a este respecto asumieron los Estados Parte en la Convención sobre los Derechos del Niño”.

Aunado a lo anterior, el numeral 7 menciona: “los Estados Parte tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas”. Y recalca: “en todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño”.

En cuanto

a la habilitación y rehabilitación, los Estados Parte adoptarán medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. A tal fin, los Estados organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales.

En materia penal, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, Reglas de Beijing, adoptadas por la ONU, mediante la Resolución 40/33, del 29 de noviembre de 1985, ocupan especial relevancia para nuestro estudio. Razón por la cual ocuparemos especial relevancia para su análisis.

Así, el punto 1.2

refiere que los Estados Miembros se deben esforzar por crear condiciones que garanticen al menor una vida significativa en la comunidad fomentando, durante el periodo de edad en que el menor es más propenso a un comportamiento “desviado”, un proceso de desarrollo personal y educacional lo más exento de delito y delincuencia posible.

Este numeral nos habla sobre la prevención del delito, estableciendo como una acción para evitarlo procurar un desarrollo integral de los NNA.

No es de extrañar que el numeral 1.4 de las reglas en estudio mencione:

la justicia de menores se ha de concebir como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y que debe administrarse en el marco general de justicia social para todos aquellos menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad.

Esas Reglas de Beijing, como lo menciona el artículo 2.1, se deberán aplicar “a los menores delincuentes con imparcialidad, sin distinción alguna, por ejemplo, de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

Dicho instrumento normativo define al menor como: “todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto; y por menor delincuente”, Además, señala que:

es todo niño o joven al que se ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito; acotando que en cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de la justicia de menores, conjunto que tendrá por objeto:

- a) Responder a las diversas necesidades de los menores delincuentes, y al mismo tiempo proteger sus derechos básicos;
- b) Satisfacer las necesidades de la sociedad;
- c) Aplicar cabalmente y con justicia las reglas que se enuncian a continuación.

Por su parte, el numeral 3.1 establece que las disposiciones pertinentes de

las Reglas no sólo se aplicarán a los menores delincuentes, sino también a los menores que puedan ser procesados por realizar cualquier acto concreto que no sea punible tratándose del comportamiento de los adultos.

En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior.

En cuanto al internamiento de los menores, las Reglas de Beijing establecen en su artículo 19.1, “que el confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible”.

Destacándose así sus objetivos como se transcribe:

26. Objetivos del tratamiento en establecimientos penitenciarios

26.1 La capacitación y el tratamiento de menores confinados en establecimientos penitenciarios tienen por objeto garantizar su cuidado y protección, así como su educación y formación profesional para permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad.

26.2 Los menores confinados en establecimientos penitenciarios recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria —social, educacional, profesional, psicológica, médica y física— que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano.

26.3 Los menores confinados en establecimientos penitenciarios se mantendrán separados de los adultos y estarán detenidos en un establecimiento separado o en una parte separada de un establecimiento en el que también estén encarcelados adultos.

26.4 La delincuente joven confinada en un establecimiento merece especial atención en lo que atañe a sus necesidades y problemas personales. En ningún caso recibirá menos cuidados, protección, asistencia, tratamiento y capacitación que el delincuente joven. Se garantizará su tratamiento equitativo.

26.5 En el interés y bienestar del menor confinado en un establecimiento penitenciario, tendrán derecho de acceso los padres o tutores.

26.6 Se fomentará la cooperación entre los ministerios y los departamentos para dar formación académica o, según proceda, profesional adecuada al menor que se encuentre confinado en un establecimiento penitenciario a fin de garantizar que al salir no se encuentre en desventaja en el plano de la educación.

En nuestro país, el artículo 1º. de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* consagra que en el territorio nacional todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos por la Carta Magna y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, quedando establecido de esa forma el llamado “Bloque de Constitucionalidad”. En ese sentido, continúa el texto del artículo en cita, las normas relativas a los derechos humanos se deben interpretar de conformidad con la misma *Constitución* y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia, “principio *pro-persona*”.

Así, el dispositivo citado *supra*, refiere la obligación de

todas las autoridades en México para que, en el ámbito de sus competencias, promuevan, respeten, protejan y garanticen los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Asimismo, se consagra

la prohibición de toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Por otra parte, el párrafo noveno, del artículo 4o. constitucional, señala “que el Estado, en todas sus decisiones y actuaciones, deberá velar y cumplir con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos”. Agregando dicho dispositivo constitucional que “los niños y niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral”. Por ello, concluye: este “principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez”.

Vale la pena señalar que el 12 de octubre de 2011 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación una reforma al Artículo 4 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, donde se establece el principio del interés superior del niño, lo que significa una revitalización del Derecho Mexicano, de corte totalmente positivista que imperó en el siglo xx. La norma fundante básica reconoce y salvaguarda los derechos humanos de los NNA, destacando la siguiente adecuación:

Se incorpora el concepto de niño en la pretensión de sustituir paulatinamente el término menor, a la vez que se instituye la obligación para el estado mexicano de proveer lo necesario para el respeto a la dignidad de la niñez y la efectividad en el ejercicio de sus derechos humanos, considerándose deber de los padres, tutores y custodios preservar tales prerrogativas².

En esa tesitura, el interés superior de las niñas, niños y adolescentes resulta primordial para la implementación de una debida protección de sus derechos. Este interés superior debe privilegiar la toma de decisiones de las autoridades, debiendo plantearse las políticas públicas en torno.

Resulta importante señalar que, derivado de la Reforma Constitucional en materia de derechos humanos publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, la modificación al párrafo segundo del artículo 18 señala a la letra:

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres purgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

Y precisamente el dispositivo constitucional citado consagra en su párrafo cuarto:

² C. A. Martínez Zaragoza *et al.*, "El interés superior de niños migrantes centroamericanos no acompañados en México: la historia de Ashlie", pp. 69-70.

[la] federación y las entidades federativas establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema de justicia para adolescentes, que será aplicable a quienes se atribuya la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años.

Adicionalmente el artículo de referencia señala que este sistema debe garantizar “los derechos humanos que reconoce la *Constitución* para toda persona, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos a los adolescentes”. Además, la parte final de dicho artículo refiere que “las personas menores de doce años a quienes se atribuya que han cometido o participado en un hecho que la ley señale como delito, sólo podrán ser sujetos de asistencia social”.

Por otro lado, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA) tiene por objeto reconocer a niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos, con capacidad de goce de los mismos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; garantizar el pleno ejercicio, respeto, protección y promoción de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes; así como establecer los principios rectores y criterios que orienten la política nacional en materia de protección a sus derechos.

El artículo 13 de la LGDNNA refiere, de manera enunciativa y no limitativa, que las niñas, niños y adolescentes, tienen derecho a la vida, la paz, la supervivencia y el desarrollo; de prioridad; a la identidad; a vivir en familia; a la igualdad sustantiva; a no ser discriminados; a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral; a una vida libre de violencia y a la seguridad personal; a la salud y a la seguridad social; a la inclusión; a la educación; al descanso y al esparcimiento; a la libertad de convicciones; a la libertad de expresión y acceso a la información; a la asociación y reunión; a la intimidad; a la seguridad jurídica y al debido proceso; relativos a la migración y al acceso a las tecnologías de información y comunicación.

Asimismo, en su Capítulo Décimo Octavo, relativo al derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso, se menciona que las niñas, niños

y adolescentes gozan de dichos derechos y garantías establecidos por la *Constitución* y los tratados internacionales.

Así, el artículo 84 de la citada ley menciona que las autoridades federales, de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de su respectiva competencia,

garantizarán que niñas y niños a quienes se atribuyan la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito se les reconozcan que están exentos de responsabilidad penal y garantizarán que no serán privados de su libertad ni sujetos a procedimiento alguno, sino que serán únicamente sujetos a la asistencia social con el fin de restituirles, en su caso, en el ejercicio de sus derechos.

En esa tesitura, el artículo 85 de la LGDNNA hace referencia que “en aquellos casos en que el Ministerio Público o cualquier otra autoridad, tenga conocimiento de la presunta comisión o participación de una niña o niño en un hecho que la ley señale como delito, de manera inmediata dará aviso a la Procuraduría de Protección” competente. Señalando que las niñas o niños, en ningún caso podrán ser detenidos, retenidos o privados de su libertad por la supuesta comisión o participación en un hecho delictivo.

La Ley de Asistencia Social define

la asistencia social como el conjunto de acciones tendientes a modificar y mejorar las circunstancias de carácter social que impiden el desarrollo integral del individuo, así como la protección física, mental y social de las personas en estado de necesidad, indefensión desventaja física y mental, hasta lograr su incorporación a una vida plena y productiva.

En tanto, su artículo 4 instituye “que son sujetos de la asistencia social, entre otros: todas las niñas, niños y adolescentes, en especial aquellos que se encuentren en situación de riesgo o afectados por desnutrición; deficiencias en su desarrollo físico o mental”; maltrato o abuso; abandono, ausencia o irresponsabilidad de sus padres; abandono; situación de calle; por ser víctimas de algún delito; “por ser hijos de padres que padezcan

enfermedades terminales o en condiciones de extrema pobreza; migrantes y repatriados; víctimas de conflictos armados” u orfandad.

En materia penal, la Ley del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes (LSIJA), menciona que, en términos de la Ley General, las niñas y niños a quienes se les atribuya la comisión de un delito estarán exentos de responsabilidad penal; en ese sentido se refiere que “para efectos de esa ley el interés superior de la niñez debe entenderse como derecho, principio y norma de procedimiento dirigido a asegurar el disfrute pleno de todos sus derechos”, en concordancia con la LGDNNA.

Para ello, la LSIJA establece una serie de derechos y deberes de las personas adolescentes, a saber: la protección a la intimidad; confidencialidad y privacidad; registro de procesos; garantías de la detención; prohibición de incomunicación; información a las personas adolescentes; defensa técnica especializada; presencia y acompañamiento de la persona responsable o por persona en quien confíe; derecho a ser escuchado; ajustes razonables al procedimiento y abstención de declarar.

Cabe resaltar que se instauran por la LSIJA, de igual manera, derechos para las personas adolescentes en prisión preventiva o internamiento, entre ellos están: derechos de las personas sujetas a medidas cautelares o de sanción privativa de libertad; alojamiento adecuado; incidir en el plan individualizado; cercanía con sus familiares; acceso a medios de información; educación; equivalencia para el acceso al derecho a la salud; conservar la custodia (en caso de madres adolescentes); prohibición de aislamiento; recibir visita íntima; así como derecho al trabajo.

En resumen, en materia de protección de los NNA en sus dos vertientes: discapacidad y en materia punitiva, el *corpus iuris* en nuestro país constriñe al Estado a implementar mecanismos que permitan atender estas dos hipótesis sin utilizar herramientas que representen exclusión alguna y que permitan el desarrollo integral de las personas.

3. Intervención legal e institucionalización en México

Como se mencionó en un inicio se considera que, desde la perspectiva *foucaultiana*, en materia de NNA con algún tipo de discapacidad o que se encuentran en el supuesto de haber cometido o participado en alguna conducta delictiva, el Estado utiliza tecnologías de poder controlar sus acciones y comportamientos. Esta tecnología del poder resulta ser la intervención legal.

La intervención para Alfredo J, Carballeda resulta ser el “conjunto de dispositivos de asistencia y de seguros en función de mantener el orden o la cohesión de lo que denominamos sociedad”³. Por ello, Montero refiere que esa definición supone que la intervención tiene un papel importante en la detección de anormalidades, formas de disciplinar y de construir a esos “otros” que se consideran amenazas para la sociedad⁴.

Y es precisamente ese disciplinamiento de los cuerpos del que nos habla Foucault al mencionar que “al mismo tiempo que esta distinción administrativa, se opera la denegación teórica: lo esencial de la pena que nosotros, los jueces, infringimos, no crean ustedes que consiste en castigar; tratar de corregir, reformar, ‘curar’; una técnica del mejoramiento rechaza, en la pena, la estricta expiación del mal, y libera a los magistrados de la fea misión de castigar”⁵.

Así, el disciplinamiento de los cuerpos por medio del ejercicio del poder es a través de la intervención legal que realiza el Estado, previo el establecimiento de dispositivos legales que lo legitimen, mediante la intervención que justifica el beneficio de la colectividad y de los NNA.

La intervención representa un dispositivo legal a cargo del Estado mediante el cual ejerce la rectoría sobre un determinado grupo de personas. En ese tenor, para Giorgio Agamben, Foucault

³ A. J. Carballeda, *La intervención en lo social*, p. 91.

⁴ M. Montero Rivas, “El concepto de intervención social desde una perspectiva psicológico-comunitaria”, p. 59.

⁵ M. Foucault, *Vigilar y castigar: el nacimiento de la prisión*, p. 36.

llamó dispositivo a todo aquello que tiene, de una manera u otra, la capacidad de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar y asegurar los gestos, conductas, opiniones y discursos de los seres vivos. No solamente las prisiones, sino además los asilos, el *Panoptikon*, las escuelas, la confesión, las fábricas etc"⁶.

Y para nuestro estudio, la intervención legal representa ese *Panoptikon* al que se refiere Foucault, que permite al Estado vigilar y, en su caso, castigar a los NNA que se encuentran en nuestras dos hipótesis, procurando con ello intervenir en cada uno de los procesos de sus vidas. Derivado de esa intervención, de la cual son objeto las personas, tenemos una institucionalización en la que los sujetos son acondicionados, regulados y disciplinados para controlar su conducta o su estado de salud, en aras de reacondicionarlos a la sociedad una vez que el mismo Estado determine que son óptimos para ello.

Para Huete, la institucionalización se define como un sistema en el que los individuos son agrupados y sus vidas son reguladas por un conjunto de normas. Este modelo, además de desempeñar una función social (de carácter educativo, social o de atención a las necesidades básicas del individuo), implicaría, por su propia naturaleza, la asunción, por parte de los individuos participantes en ellas, una serie de pautas de comportamiento a través del sistema de normas y reglas que las conforma⁷.

Es propio entender que la institucionalización es el proceso mediante el cual el Estado integra a las personas, con características homogéneas, dentro de una institución para un fin determinado. Por ello, podemos encontrar que dicha institucionalización puede ser de varios tipos o para varios fines, existiendo desde la institucionalización por motivos de salud pública, siendo el caso el de las personas con discapacidad, así como la institucionalización punitiva, derivado de la comisión de algún delito en la purgación de una pena.

En México, la institucionalización de los NNA con algún tipo de discapacidad o que han cometido algún delito representa para los primeros ser

⁶ G. Agamben, "¿Qué es un dispositivo?", p. 257.

⁷ A. Huete García, *Institucionalización de las personas con discapacidad en España*, pp. 8-9.

internados en centros de rehabilitación en donde facultativos de la salud empleen técnicas para curarlos y para los segundos, es lógico interpretar, ser reclusos.

No pasamos por alto el hecho de que los niños y las niñas, menores de 12 años, a quienes se les atribuye la comisión de un delito solo pueden ser sujetos de asistencia social en virtud de dicha comisión. De igual forma, el Estado, haciendo uso de la herramienta de la intervención legal, utiliza la institucionalización como una forma punitiva.

En resumen, observamos que para nuestras dos hipótesis se cumple el supuesto de que el Estado, desde una perspectiva foucaultiana, utiliza la herramienta del poder de la institucionalización para controlar esas dos problemáticas que no encuentran cabida en la homogeneidad de la sociedad que, según su discurso, debe tener la población.

4. Intervención, exclusión y el interés superior del menor

La intervención de los NNA con alguna discapacidad o en alguna relación punitiva trae consigo el análisis de aspectos necesarios para considerar: la exclusión y el interés superior del menor.

En ese sentido la exclusión resulta una consecuencia de las acciones que implementa el Estado al separarlos de la sociedad en general, justificándose en la atención a las PCD y de la acción punitiva de los menores infractores. Lo anterior resulta una doble victimización para esos sectores, pues a la discriminación y segregación de las que son víctimas por su estado, se suma el ser separados, en muchas ocasiones, de su núcleo familiar y controlados por la autoridad. "Por lo que respecta al interés superior del niño, tanto la CDN como el Comité de los Derechos del Niño han elevado este principio al carácter de rector-guía, pues este se concibe, más allá del ordenamiento legal, hacia las políticas públicas"⁸.

⁸ C. A. Martínez Zaragoza *et al.*, *op. cit.*, p. 67.

En esa tesitura, como lo refiere Claudia A. Martínez, dicho interés debe ser la

primera consideración en todas las decisiones que conciernen a la infancia; por ende, los Estados deben proporcionar asistencia si los padres u otros responsables legales no cumplen con sus obligaciones. Además, los gobiernos están obligados a anteponer este principio cuando se encuentran frente algún hecho o circunstancia que involucre la atención de los NNA. La Observación General referida en párrafos anteriores precisa que son tres las perspectivas sobre el interés superior de la niñez, a saber⁹:

1. *Un derecho sustantivo*: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3 párrafo 1 establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicación inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

2. *Un principio jurídico interpretativo fundamental*: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

3. *Una norma de procedimiento*: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños en concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. Los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos¹⁰.

⁹ *Ibidem*, pp. 67-68.

¹⁰ ONU, Observación General No. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, artículo 3, párrafo 1, p. 4.

Concluye la autora:

se advierte la necesidad de enfatizar el interés superior del niño debido a que se considera a los NNA como vulnerables, condición que adquiere importancia en su relación con personas adultas; asimismo, es considerado como la piedra de toque que afianza la filosofía detrás de la CDN, al afirmar que la niñez y la adolescencia tienen valía por sí misma, bajo un criterio de igualdad (Hammarberg, 1990), pues este principio rector representa, por una parte, una garantía, ya que toda decisión que compete a los NNA debe contemplar esencialmente sus derechos —no solo obliga al legislador, sino también a las autoridades e instituciones públicas y privadas, así como a la madre, el padre o tutor—; por otra, una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos legales y finalmente una guía o criterio político para la formulación de políticas públicas para la niñez y adolescencia¹¹.

Conclusiones

Como fue expuesto a lo largo de este documento, los derechos de los NNA han sido reconocidos por un gran número de instrumentos jurídicos de corte internacional, nacional y local, teniendo su fundamento en el principio del interés superior de la infancia consagrado en la *Constitución* de nuestro país. Esa protección resulta primordial pues, como ha sido abordado, por sus características de madurez física y psicológica requieren de todo un sistema que les permita un desarrollo integral. Este complejo sistema de protección de los NNA abarca temas tan diversos desde la educación hasta el esparcimiento.

Por lo anterior, contenido en el cuerpo normativo de nuestro país se encuentra un completo catálogo de derechos, disposiciones y políticas públicas que deben ser implementadas para proteger a los NNA. Dentro de esas políticas se encuentran muy delimitados los lineamientos para el tratamiento de las personas con discapacidad y los menores infractores.

Ahora bien, desde la óptica del filósofo Michel Foucault, el Estado, en su intento por dominar a todas las personas, ha creado economías del

¹¹ C. A. Martínez Zaragoza *et al.*, *op. cit.*, pp. 68-69.

poder para dominar la mente y los cuerpos. Es precisamente una de esas economías el *Panoptikon*, como una edificación perfecta que permite vigilar constantemente la conducta de los individuos. Del análisis de la obra de dicho autor podemos observar que precisamente en estos dos sectores se concentró la institucionalización. Primero como una forma de castigo para los delincuentes, después como una forma de exclusión para aquellas personas que no encontraban cabida dentro de una homogeneidad de la misma sociedad.

Resulta importante señalar que en la actualidad esas políticas públicas implementadas para esos dos sectores no representan algún tipo de castigo, pues desde la vista del mismo Estado, por una parte, desea lograr la “cura” de las personas con discapacidad y, por la otra, reintegrar a la sociedad a los menores que hayan cometido alguna conducta considerada por la legislación penal como delito.

La institucionalización resultó el medio idóneo y simultaneo para eliminar la carga de la autoridad para dar solución a esta problemática, pues como menciona Foucault en sus obras: dentro de las clínicas se encontraban igualmente reclusos los “locos” y los delincuentes. En esa institucionalización se recluían los cuerpos y las mentes de toda la sociedad que normalizaba esas conductas.

La institucionalización, desde una perspectiva de los derechos humanos, no se considera una alternativa saludable para el desarrollo integral de los NNA, pues se ha demostrado que un menor cuando se encuentra mucho tiempo en situación extrema no permitirá la reclusión escapando una y otra vez o, caso contrario, cuando la institucionalización ha sido marcada por mucho tiempo, las personas no conocen otro tipo de vida fuera de las clínicas.

Finalmente podemos concluir que todos aquellos mecanismos creados e implementados por el Estado para ejercer su poder y lograr un control directo en la conducta de las personas producen exclusión, al no permitir un desarrollo adecuado de la personalidad, atentando contra los derechos humanos y dignidad de las personas.

Fuentes de consulta

- Agamben, G., "¿Qué es un dispositivo?", *Sociológica*, vol. 26, núm. 73, 2011, pp. 249-264. Disponible en <http://www.scielo.org.mx/pdf/soc/v26n73/v26n73a10.pdf>.
- Calero Aguilar, A., *El nuevo sistema de justicia para adolescentes en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, s/a.
- Carballeda, A. J., *La intervención en lo social*, Buenos Aires, Paidós, 2004. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.
- Convención sobre los Derechos de los Niños.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Foucault, M., *Vigilar y castigar: el nacimiento de la prisión*, Argentina, Siglo XXI Editores, 2009.
- Huete García, A., *Institucionalización de las personas con discapacidad en España*, Madrid, Observatorio Estatal de la Discapacidad, 2015.
- Ley de Asistencia Social.
- Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.
- Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores "Reglas de Beijing".
- Martínez Zaragoza, C. A. et al., "El interés superior de niños migrantes centroamericanos no acompañados en México: la historia de Ashlie", *Cofactor. Desarrollo, Alimentación y Capital Social. Revista del Consejo de Investigación y Evaluación de la Política Social*, año 7, núm. 13, enero-julio de 2011.
- Montero Rivas, M., "El concepto de intervención social desde una perspectiva psicológico-comunitaria", *MEC-EDUPAZ*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Guía de formación. Serie de capacitación profesional número 19*, Nueva York / Ginebra, Organización de las Naciones Unidas, 2014.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU), Observación General No. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, Nueva York, 2013.

La intervención legal con menores en riesgo de exclusión social (especial referencia a los niños en conflicto con la ley)

Juan José Periago Morant*

Introducción

Uno de los principales asuntos a los que ha de enfrentarse el poder legislativo es el de ofrecer el tratamiento adecuado a un fenómeno de extraordinaria importancia como el de los menores en riesgo de exclusión social. El interés en dicha materia es debido a que en ella se afecta un colectivo de personas especialmente vulnerables y merecedoras de una singular protección: los menores. El tratamiento legal de nuestro objeto de estudio va a plantear una serie de cuestiones que conviene despejar.

La primera de ellas es determinar el colectivo de atención y el concepto de exclusión social. Este colectivo de atención viene determinado en primer lugar por el concepto de minoría de edad. En el artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría

* Universitat Jaume I de Castellón, España.

La presente publicación se deriva de la tesis doctoral del autor, “La ejecución de las medidas de internamiento en el sistema de justicia juvenil español”.

de edad". En el derecho español, conforme al artículo 12 de la *Constitución Española*, los españoles son mayores de edad a los dieciocho años.

Los niños corren mayor riesgo de pobreza o exclusión social que el resto de la población en la gran mayoría de los países de la Unión Europea y quienes crecen así tienen menos posibilidades que sus coetáneos más favorecidos de tener buen rendimiento escolar, disfrutar de buena salud y aprovechar todo su potencial en fases posteriores de su vida¹.

Visto el primer elemento, conviene definir el término *exclusión social*. Para ello, se ha de tener presente que la exclusión social es un fenómeno multidimensional y multifactorial, estas características dificultan su conceptualización, su caracterización, la descripción de los perfiles sociales afectados y, por supuesto, su medición².

Para poder establecer su concepto se puede acudir a definiciones doctrinales: "proceso mediante el cual los individuos o grupos son total o parcialmente excluidos de una participación plena en la sociedad en la que viven"³; o se puede extraer el concepto recurriendo a los textos legales, por ejemplo, en Europa, el concepto de *exclusión social* fue oficialmente adoptado en 1989 por la Comunidad Europea en una resolución del Consejo Europeo titulada *Combatir la exclusión social*⁴.

La lucha contra la pobreza y la exclusión social ha sido objeto de atención por parte de las instituciones de la Unión Europea para lograr alcanzar objetivos comunitarios como la mejora de la cohesión social, el crecimiento económico y la creación de empleos de calidad. Ello llevó, por ejemplo, a la decisión de considerar al 2010 como el Año Europeo de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social. Actualmente, esta lucha se sitúa en el centro de la estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e

¹ European Comision, Recomendación de la Comisión Europea de 20 de febrero de 2013 Invertir en la infancia: romper el ciclo de las desventajas (2013/112/EU), pág. L59/5.

² M. Hernández Pedreño, "El contexto de la exclusión social", p. 16.

³ N. Deakin, A. Davis y N Thomas, *Public Welfare Services and Social Exclusion: The Development of Consumer Oriented Initiatives in the European Union*.

⁴ Council of the European Communities, Resolución del Consejo de Europa del 29 de septiembre de 1989 relativa a la lucha contra la exclusión social (89/C277/01), pág. C277/1.

integrador. No en vano, las estadísticas ofrecidas por la Comisión Europea señalan que en 2017, el 22,4% de la población de la Unión Europea estaba en riesgo de pobreza o exclusión social: esto incluye el 24,9% de todos los niños en Europa⁵. El parlamento europeo estableció la cifra en 25 millones de niños (más de uno de cada cuatro niños de la Unión Europea) en riesgo de exclusión social⁶.

En el marco de las instituciones europeas, se maneja el concepto de *exclusión social* como la situación que se da en personas que, debido a su pobreza, oportunidades de aprendizaje, o por otros motivos de discriminación se encuentran al margen de la sociedad alejándoles de las oportunidades del empleo, educación y actividades de la comunidad⁷.

En ese concreto conjunto de personas a su vez podemos encontrarnos con una serie de situaciones diversas. Hablamos en primer lugar de menores que sufren dificultades para poder ser atendidos correctamente por sus padres o representantes legales, y respecto de los cuales se han de adoptar medidas de protección para garantizar un adecuado desarrollo de su personalidad, aquí podemos distinguir: niños en situación de riesgo y niños en situación de desamparo.

La situación de riesgo del niño se produce cuando por circunstancias personales, interpersonales o de su entorno se ocasiona un perjuicio para el desarrollo, el bienestar personal o social del menor. En esta situación no es necesario tutelar al menor ni separarlo de su núcleo familiar, la intervención de la administración se limita a intentar eliminar, dentro de la institución familiar, los factores de riesgo.

La situación de desamparo del niño se produce cuando a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección legales por parte de sus padres o representantes legales para la guarda de los menores, quedan privados de la necesaria asistencia moral o material. En los casos de desamparo, dada la gravedad de los hechos

⁵ European Comision, 6 de octubre de 2019.

⁶ Parlamento Europeo, Resolución del Parlamento Europeo, del 14 de marzo de 2018, sobre el Semestre Europeo.

⁷ European Youth Portal, 6 de octubre de 2019.

es necesario la separación del menor de su núcleo familiar causante de tal situación y se tutela al niño por parte de la administración.

Estas dos situaciones (menores en riesgo y desamparados) componen lo que se conoce como menores desprotegidos. Por otro lado, aquellos menores en conflicto con la ley son los que han vulnerado la ley penal cometiendo alguno o algunos de los delitos previstos en el *Código Penal Español*; aunque pueden ser a su vez niños desprotegidos (en situación de riesgo o desamparo) o no serlo. Es la comisión de un delito el elemento determinante para integrarlo en el sistema de reeducación.

Se distingue entre menores desprotegidos y menores en conflicto con la ley, porque el legislador puede optar entre:

- Ofrecer el mismo tratamiento a los menores desprotegidos y a los menores en conflicto con la ley. Este es el sistema conocido como sistema tutelar.
- Dispensar un tratamiento legal diferenciado a los menores desprotegidos y a los menores en conflicto con la ley. Este es el sistema que se aplica en España desde enero del 2001.

2. Menores desprotegidos y menores en conflicto con la ley: la legislación aplicable

Ahora se examinará cómo en España se organiza la intervención con menores en riesgo de exclusión. Distinguiremos su sistema de protección y el previsto para menores en conflicto con la ley.

El sistema constitucional español establece un sistema de reconocimiento de la autonomía territorial que jurídica y administrativamente se viene desarrollando por medio de una descentralización entre el Estado y las Comunidades Autónomas. España se divide territorialmente en 17 territorios autonómicos denominados Comunidades Autónomas.

Las Comunidades Autónomas tienen autonomía política y financiera. Esto supone la atribución de competencia para aprobar leyes en las materias en las que sus estatutos así lo reconocen, así como realizar tareas ejecutivas que los mismos estatutos les asignan. Los estatutos, conforme al artículo 147 de la constitución son la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma y el Estado los reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico.

Nuestra constitución de 1978 establece un reparto de competencias entre la administración central (estatal) y la autonómica. Existen materias, por ejemplo, la legislación penal, que son de competencia exclusiva del Estado. Estas materias se definen en el artículo 149 de nuestra constitución; sin embargo, existen otras materias cuya competencia puede corresponder a las Comunidades Autónomas si la han asumido en sus respectivos estatutos, conforme a lo previsto en el artículo 148 de nuestra Carta Magna.

La totalidad de las Comunidades Autónomas han asumido en sus respectivos estatutos la competencia sobre la asistencia social, que se encuentra entre las competencias enumeradas y que se puede transferir a las Comunidades Autónomas, en concreto en el artículo 148.1. 20º. Uno de los elementos estructurales de la materia de asistencia social es la denominada protección de los menores. En España actualmente los menores desprotegidos reciben la atención del sistema de protección y de su legislación aplicable mediante el siguiente esquema:

- Existe una legislación básica aplicable a todos los territorios, consiste en las disposiciones de nuestro *Código Civil* (fundamentalmente sus artículos 172 y 173) y la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero de protección jurídica del menor.
- Cada uno de los territorios autonómicos puede elaborar sus propias leyes de infancia y adolescencia e incluir disposiciones sobre protección de menores (respetando lo establecido en la legislación básica estatal); ejecutivamente llevan a cabo las acciones necesarias para adoptar las medidas de protección precisas con los menores en situación de riesgo y desamparados.

Esta posibilidad es perfectamente viable, pues las Comunidades Autónomas tiene competencia en esta materia.

Finalmente, este sistema de protección participa de los principios y la normativa internacional emitida sobre esta materia.

El segundo aspecto por contemplar es el destinado a los menores en conflicto con la ley. En el sistema español, la competencia legislativa sobre la responsabilidad penal de los menores, al tratarse de una materia penal, es competencia exclusiva del Estado. Esa competencia legislativa se ha materializado con la Ley Orgánica 5/2000, del 12 de enero de Responsabilidad Penal de los Menores. No obstante, dicha norma permite que las Comunidades Autónomas tengan competencia para ejecutar las medidas (la consecuencia jurídica penal, la sanción, está prevista en esa ley aplicable a los menores por la comisión de delitos).

La Ley Orgánica 5/2000 a su vez está desarrollada por otra norma que es el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, donde se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, del 12 de enero, y regula de la responsabilidad penal de los menores que fundamentalmente determina los aspectos relacionados con la ejecución de las medidas.

Como se puede observar, el sistema actual ofrece un tratamiento legal diferenciado para los niños en riesgo de exclusión (existiendo una normativa específica para los menores desprotegidos) y otra para los menores delincuentes. De esta manera nuestro legislador abandona el sistema tutelar (en función desde 1918 hasta 2001), donde unificaba la denominada protección y la reforma de los menores delincuentes en un mismo sistema regulado por la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (texto refundido aprobado por Decreto del 11 de junio de 1948).

En el modelo tutelar, la noción del Derecho Penal se sustituye por la pedagogía correctiva; se eliminan las penas para los menores y en su lugar se aplican medidas educativas y reformadoras de orientación correctora por medio de un procedimiento desprovisto de los principios

básicos propios de todo proceso judicial⁸. En este modelo el menor se presenta como un enfermo que necesita ser tratado y para ello el internamiento en un reformatorio que le aparte del entorno dañino adquiere un protagonismo indiscutible⁹.

Pese al afán loable de conseguir la reeducación del menor, lamentablemente se desconocen los derechos del menor y su correcta aplicación a los seres que aparecen más necesitados de protección dentro del ordenamiento jurídico. Se ha dicho que la antigua legislación tutelar española era indefendible en la medida en que los sustitutivos impuestos sin reconocimiento de garantías podían en ocasiones ser más duros que las penas¹⁰.

En el abandono del modelo tutelar en favor de un sistema de responsabilidad sancionadora y educativa tuvo especial incidencia nuestro Tribunal Constitucional con la sentencia número 36/1991, del 14 de febrero. Esta sentencia resolvió un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la legislación en ese momento vigente (Decreto del 11 de junio de 1948, por el que se aprueba el texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores) e instó a que el legislador elaborara una nueva legislación, pues en palabras del propio tribunal existía “una imperiosa necesidad de una pronta reforma legislativa en esta materia”.

Dicho mandato de reforma desemboca primeramente en una ley que modifica ese decreto de 1948, pero mantiene las bases del sistema tutelar: la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley Reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores; finalmente con nuestra Ley Orgánica 5/2000 se cambia la orientación tutelar a un modelo de responsabilidad.

En el caso de ser un menor en conflicto con la ley y también un menor desprotegido, entonces, se aplicarán las medidas de protección previstas en la legislación civil junto a las medidas de naturaleza sancionadora que le correspondan por la comisión de un delito.

⁸ E. Cuello, *Derecho penal*, p. 545.

⁹ M. C. Gómez Rivero, “Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, p. 165.

¹⁰ T. S. Vives, “Constitución y derecho penal de menores”, p. 102.

A continuación, nos referiremos a los principios del sistema de responsabilidad penal de los menores que corresponde a los niños en conflicto con la ley.

3. El modelo español de sistema de responsabilidad penal de los menores: sus principios

El sistema español se caracteriza, en primer lugar, porque a diferencia de otros ordenamientos europeos, como el alemán, no dispone de un código penal juvenil, sino que los delitos cometidos por los menores serán los establecidos en el *Código Penal Español* (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre). Es decir, la naturaleza de la Ley Orgánica 5/2000 es formalmente penal, pero materialmente sancionadora-educativa respecto al procedimiento y a las medidas aplicables a los infractores menores de edad. Esta norma tiene un carácter sustantivo y procesal al regular la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica a los menores infractores cuando cometen delitos. Pues como la doctrina ha señalado, la responsabilidad criminal de los menores adoptó un nuevo sentido a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991 del 14 de febrero, donde se afirma que los menores son responsables porque poseen capacidad de infringir una norma¹¹.

El modelo de responsabilidad implica dar un trato diferenciado, desde el punto de vista penal, al ofrecido a los adultos, sin restarle garantías sustantivas y procesales. Frente a la función de prevención general que opera en el derecho penal de adultos y atribuye a la pena una finalidad intimidatoria y de afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales, el concepto de este sistema sancionador educativo en la exigencia de la responsabilidad penal de los menores coloca la medida como instrumento que responde a criterios de prevención especial positiva educadora, para que los menores lleguen a ser competentes socialmente con una clara finalidad educativa de reeducación y reinserción social¹². Resumiendo,

¹¹ Véase M. L. Cuerda y J. L. González Cussac, *Justicia penal de menores y jóvenes*.

¹² J. F. Higuera, *Derecho penal juvenil*.

el propósito educativo destaca y es preeminente frente a la función sancionadora, diferenciándose así del sistema penal de adultos.

En este sentido, la doctrina¹³ unánimemente venía considerando que el modelo de responsabilidad —caracterizado por la búsqueda de un equilibrio entre lo judicial y lo educativo, entre el reconocimiento del menor (en el ámbito penal y procesal) como sujeto de las mismas garantías jurídicas que un adulto, y donde la respuesta penal frente al menor delincuente requiere de una orientación educativa—, era el más apropiado.

Dichas características también han sido puestas de relieve por nuestra jurisprudencia constitucional, véanse, por ejemplo, la Sentencia Tribunal Constitucional número 243/2004, del 16 de diciembre; la Sentencia del Tribunal Constitucional número 61/1998, del 17 de marzo de 1998 y también el Auto Tribunal Constitucional número 33/2009 del 27 de enero, que dicen “en el ámbito de la justicia de menores se observa una peculiar combinación de ‘elementos sancionadores y reeducativos’”.

3.1 Los principios del proceso, del procedimiento y de la ejecución

A continuación, se muestran los principios del sistema de responsabilidad penal para los menores infractores, naturalmente los aspectos penales y procesales se encuentran en la Ley Orgánica 5/2000.

Tradicionalmente se suele establecer la distinción entre proceso y procedimiento. El procedimiento hace referencia a la coordinación de una serie de actos. El proceso supone que dichos actos están encadenados y dirigidos a la resolución de un conflicto mediante la actuación de un órgano jurisdiccional. La relación entre proceso y procedimiento se basa en que el procedimiento es la forma de exteriorización usada por

¹³ Véanse J. L. de la Cuesta, *Líneas directrices de un nuevo derecho penal juvenil y de menores*, p. 19; O. García Pérez, *Los actuales principios rectores del derecho penal juvenil: un análisis crítico*, p. 38; M. I. Sánchez García de Paz, *Minoría de edad y derecho penal juvenil*, p. 43; y, M. C. Alastuey Dobón, *Derecho penal de menores: evolución y rasgos esenciales de la Ley Orgánica 5/2000*, p. 1537.

el proceso para lograr sus fines. Para llegar a la finalización del litigio el proceso emplea el procedimiento como medio.

Ello nos lleva a clasificar entre principios del proceso, principios del procedimiento y los principios de la ejecución que se encuentran en el sistema de justicia juvenil español.

La diferencia entre principios del proceso y principios del procedimiento se basa en que los fundamentos políticos tienen más preponderancia en los principios del proceso, mientras que en los principios del procedimiento destacan más los fundamentos técnicos.

Finalmente, los principios de la ejecución son aquellos que sirven de base a la regulación de la sanción penal y orientan la actividad de los profesionales, organismos e instituciones que intervienen en la ejecución de las medidas impuestas por el juez de menores.

3.1.1 Principios del proceso¹⁴

Principio del interés superior del menor. La toma de decisiones por los profesionales ayudará a la educación y al desarrollo personal de quien ha manifestado una actitud o una tendencia antisocial.

Principio de flexibilidad. La respuesta del juez o del ministerio fiscal para modificar o sustituir la medida sancionadora se adecuará a las concretas necesidades del interés del menor, así como a las circunstancias y la evolución del menor.

Principio de especialización. En actos donde se investigue a menores de edad, se les juzgue y se les impongan medidas, deberán participar personas expertas en el ámbito de la infancia y adolescencia y del derecho penal de menores.

¹⁴ J. M. de la Rosa, "Los principios del derecho procesal de menores".

Principio de legalidad. Este se extrae de los artículos 25.1 y 124 de la *Constitución Española*. El proceso, sus actos, su objeto y su sentencia no están sometidos al poder de disposición de los sujetos jurídicos, sino que se subordinan al interés público determinado por el tribunal de acuerdo con la ley. Las medidas sancionadoras sólo pueden imponerse si están previstas en la Ley y por los jueces de menores a través de un proceso. Cuando el órgano encargado de perseguir los delitos tenga conocimiento de la existencia de un ilícito penal perseguible de oficio pondrá en marcha el mecanismo jurisdiccional conforme a la ley.

Principio de oportunidad. Posibilita al juez o el ministerio fiscal, en determinados casos, dar por finalizado anticipadamente el proceso o incluso a no incoarlo, pese a disponer de pruebas de cargo. En el derecho penal de menores no se persigue la retribución por el delito, sino la reeducación y reinserción del menor infractor; por ello, cuando la sanción no es necesaria o puede conseguirse la solución al conflicto por otras vías o no puede conseguirse a través de las medidas, lo aconsejable en principio será no hacer uso de ella.

Principio de necesidad. El proceso regulado en la Ley Orgánica 5/2000 es el cauce para imponer la medida al menor infractor que resulte condenado en el proceso.

Principio acusatorio. Ningún menor puede ser condenado sin haberse formulado contra él acusación por la parte acusatoria ajena al juez de menores, de modo que haya tenido la oportunidad de defenderse de manera contradictoria. Este derecho obliga al juez a pronunciarse dentro de los términos de debate, tal y como han sido formulados por la acusación y defensa, no pudiendo condenarlo por hechos distintos a los formulados por las acusaciones, ni a una medida más restrictiva que la interesada por las acusaciones, en suma, siempre ha de existir correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia condenatoria. El juez de menores podrá imponer una medida de distinta naturaleza a la solicitada por las acusaciones, cuando sea menos restrictiva de derechos (la comparación deberá hacerse entre medidas de la misma naturaleza).

Principio de libre valoración de la prueba. Bajo este principio el juez de menores ha de explicar el razonamiento utilizado para llegar a las conclusiones plasmadas en la declaración de hechos probados de la sentencia. En la sentencia dirá los motivos valorados en las pruebas practicadas.

Principio de contradicción. Por norma general, todo proceso exige la presencia de las partes; no obstante, en la jurisdicción de menores se permite la celebración del juicio en ausencia del menor, solamente para los supuestos en que la medida solicitada sea inferior a un año, cualquiera que esta sea. Generalmente estos casos son situaciones de reiteradas incomparecencias del menor a señalamientos anteriores, con previa advertencia, con pluralidad de testigos y para medidas que no excedan de un año de privación de libertad.

3.1.2 Principios del procedimiento penal de menores

Principio de oralidad. En general, el convencimiento del juez para tomar la decisión plasmada en la sentencia se fundamenta en la práctica de prueba se realiza ante él; las partes han interrogado en su presencia y han presentado sus alegaciones ante el juez de forma inmediata; sin embargo, en el sistema español se permite la posibilidad que el juez pueda dictar sentencia *in voce*.

Principio de inmediación. Este principio implica que el juez esté en directa relación con las partes y las demás personas que intervienen en las actuaciones, sin que entre todos ellos haya ningún elemento interpuesto. Tiene especial importancia en la práctica de las pruebas. La inmediación se da sobre todo en los actos orales, pero ello no impide que se produzca también en los actos escritos. Las actuaciones procesales se realizarán ante la presencia directa del juez de menores para que tenga conocimiento de lo actuado y pueda apreciar todos los elementos y situaciones ocurridas en la práctica de la prueba y así pueda efectuar una valoración correcta de la misma. En el proceso penal de menores el juez no interviene de modo esencial durante la instrucción; así, en esta fase el principio no tiene mucha efectividad salvo lo correspondiente a la adopción de medidas cautelares.

Principio de celeridad. Aunque no aparece de forma expresa en la Ley Orgánica 5/2000, se extrae del artículo 40 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 y otras normas internacionales en materia de justicia juvenil. La celeridad y agilidad en el procedimiento es muy importante. El fin educativo precisa que la intervención por medio de la sanción educativa, que sirve de reacción frente a las carencias que se quieren corregir, sea lo más próxima posible a la comisión de la infracción, pues de no ser así se corre el riesgo de una respuesta ineficaz, ya que el menor o el joven puede evolucionar lo suficiente. La Sentencia del Tribunal Constitucional número 153/2005, de 6 de junio de 2005 dice:

la tardanza excesiva en la finalización de los procesos puede tener sobre el afectado unas consecuencias especialmente perjudiciales cuando se trata de un supuesto en el que se depura la eventual responsabilidad penal de un menor. La dimensión temporal merece una consideración diferente en la llamada justicia de menores. Y ello es así por cuanto que, si la respuesta de los órganos jurisdiccionales se demora en el tiempo, un postulado básico que ha de observarse en estos procedimientos, el superior interés del menor queda violentado, así como distorsionada la finalidad educativa que los procesos de menores han de perseguir; además de verse frustrado también el interés global de la sociedad a la hora de sancionar las infracciones perseguidas. Por ello las medidas que se adoptan en el seno de estos procesos, que no pueden poseer un mero carácter represivo, sino que han de dictarse teniendo presente el interés del menor y estar orientadas hacia la efectiva reinserción de éste, pierden por el retraso del órgano judicial su pretendida eficacia, pudiendo llegar a ser, incluso, contrarias a la finalidad que están llamadas a perseguir.

Principio de concentración. Los actos procesales deben realizarse en la medida de lo posible en una sesión durante el juicio oral, para que el juez conserve fielmente las posturas adoptadas por las partes y las pruebas practicadas por ellas. Este principio precisa que los actos procesales se realicen en el menor número de sesiones posibles, para que el procedimiento adquiera agilidad y, desde el punto de vista de la valoración de la prueba por parte del juez de menores, se pueda tener una percepción global.

Principio de publicidad de las actuaciones cuando sea compatible con el interés del menor. La publicidad hace referencia a la necesidad de que las actuaciones puedan ser conocidas por terceros. Significa que las actuaciones judiciales durante la fase de juicio oral se practiquen, con presencia de las partes y ante cualquiera que quiera presenciarlas.

Los principios de oralidad, inmediación y publicidad pueden ser afectados en supuestos de testigos o víctimas menores, especialmente en los casos en que se declara sobre la violencia, agresión o abuso sexual sufridos.

3.1.3 principios de la ejecución

Los principios generales que la rigen la ejecución del sistema de responsabilidad previsto en la Ley Orgánica 5/2000 podrían resumirse en los siguientes:

- El superior interés del menor sobre cualquier otro.
- El respeto al libre desarrollo de la personalidad del menor.
- La información de los derechos que les corresponden en cada momento y la asistencia necesaria para poder ejercerlos.
- La aplicación de programas educativos que fomenten el sentido de la responsabilidad y el respeto por los derechos y libertades durante la ejecución de las medidas sancionadoras.
- La adecuación de las actuaciones a la edad, la personalidad y las circunstancias personales y sociales de los menores.
- La prioridad de las actuaciones en el propio entorno familiar y social, siempre que no sea perjudicial para el interés del menor.
- El fomento de la colaboración de los padres, tutores o representantes legales durante la ejecución de las medidas.

- El carácter preferentemente interdisciplinario en la toma de decisiones que afecten o puedan afectar a la persona del menor.
- La confidencialidad en la vida privada de los menores y en la de sus familias, en las actuaciones que se realicen.
- La coordinación de actuaciones y la colaboración entre los distintos organismos que intervengan con menores.

4. La edad de responsabilidad penal en el sistema de justicia juvenil español

Ante la comisión de un delito por parte de un niño se plantea la necesidad o no de ofrecer una respuesta sancionadora. Cuando finalmente el legislador opta por castigar al menor por la perpetración del hecho delictivo, es necesario fundamentar su reproche.

La justificación implica una serie de cuestiones previas como la de determinar la imputabilidad del menor, ¿todos los menores son inimputables?, ¿cuándo se deja de ser inimputable? Para ello, el legislador debe decantarse entre una serie de alternativas como que la imputabilidad del menor dependa de su grado de discernimiento o de la edad del menor en el momento de la comisión del hecho o incluso puede depender de ambos elementos. Además, cuando la opción es la de acudir al criterio de la edad biológica, aquí de nuevo el legislador debe elegir la franja de edad.

La culpabilidad es fundamental para la existencia de responsabilidad por la comisión de delitos, esto es, una conducta antijurídica personalmente reprochable¹⁵. Respecto a la imputabilidad del menor, de acuerdo con Dolz, hemos de tener en cuenta “la pretendida inimputabilidad del menor no puede quedar en impunidad de sus acciones delictivas ni en trato

¹⁵ M. A. Boldova, “Principales aspectos sustantivos del nuevo derecho penal juvenil español”, pp. 39-70.

inquisitorial, sino en el tratamiento penal específico a sus necesidades, el que mejor protege tanto al menor como a sus víctimas”¹⁶.

Algunos consideran que en el menor se dan los presupuestos necesarios de la imputabilidad (capacidad intelectual y volitiva), aunque su capacidad es diferente a la del adulto, dicha diferencia supone que en la Ley Orgánica 5/2000 se adopten consecuencias distintas a las del adulto; por ello, la edad y la personalidad del menor se encuentran entre los elementos para valorar la medida a imponer¹⁷.

Es sabido que la minoría de edad es una etapa de transición hacia la madurez, se caracteriza porque en ella se produce un estadio de aprendizaje de las destrezas cognitivas y de la capacidad volitiva del individuo. La defensa de la edad, como uno de los límites de la capacidad de culpabilidad, se justifica por la comprobación de que existe un estadio en la evolución cronológica de la madurez de las personas en la que aún no están plenamente asentados sus rasgos psicológicos ni tampoco su personalidad.

La importancia de la edad penal ha promovido la necesidad de un diálogo entre las ciencias de la conducta y las ciencias jurídicas. De ahí, son muy importantes las aportaciones realizadas desde la psicología evolutiva como disciplina que estudia los cambios psicológicos de las personas a lo largo de su vida. El problema central de la imputabilidad en la justicia para menores se relaciona con la falta de precisión analítica del concepto de madurez psicosocial como noción clave en la cuestión sobre si el menor es capaz de comprender el alcance del hecho delictivo cometido.

En España, los sistemas o fórmulas para determinar la edad en que se considera imputable a un menor han sido fundamentalmente tres: el del discernimiento, el biológico-cronológico y el mixto (biológico-discernimiento). Aunque nuestro legislador, en el sistema impuesto por la Ley Orgánica 5/2000, se ha decantado por un criterio estrictamente biológico.

¹⁶ M. J. Dolz, *Comentarios a la legislación penal de menores*, p. 35.

¹⁷ M. V. Cervelló y A. Colás, *La responsabilidad penal del menor*, p. 55.

Este criterio biológico viene proclamado expresamente en el artículo 1 de la norma mencionada, cuando dice que esta ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de 14 años y menores de 18 por la comisión de hechos tipificados como delitos en el *Código Penal* o las leyes penales especiales.

Se sabe que no existe una norma internacional que se pronuncie claramente con respecto a la edad a partir de la cual se puede atribuir la responsabilidad penal por el hecho cometido a un menor de forma razonable. La regla 4 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) manifiesta: “En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual”.

El punto cuarto de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2000 explica la razón de fijar el límite de 14 años como mínimo para la aplicación de esta norma:

con base a la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que en los escasos supuestos en que aquellas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado.

Se puede observar que el legislador español se anticipa en la práctica a las proclamaciones del Comité de los Derechos del Niño, que ha manifestado que no es internacionalmente aceptable la fijación de la edad mínima para la responsabilidad penal por debajo de los 12 años, de acuerdo con la interpretación de la expresión “una edad demasiado temprana” y recomienda a los Estados que sitúen esa edad a un nivel más alto, 14 o 16 años, para favorecer la desjudicialización¹⁸.

¹⁸ Committee on the Rights of the Child.

El legislador podía haber elegido un criterio mixto, por ejemplo, el existente en Italia, donde el artículo 98.1 del *Codice Penale* dice: “È imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, aveva compiuto i quattordici anni, ma non ancora i diciotto, se aveva capacità d’intendere e di volere; ma la pena è diminuita” y requiere junto al cumplimiento de una determinada edad que exista cierto grado de madurez.

Tanto el criterio biológico como el psicológico tienen inconvenientes¹⁹, al biológico principalmente se le objeta que el desarrollo intelectual y la madurez son un proceso de continua evolución donde no cabe compartimentar periodos concretos de edad, ya que puede derivar en resultados injustos, por ejemplo, no es menos maduro el menor con 17 años 11 meses y 28 días que el que tiene 18 años y un día. Al criterio mixto se le objeta la dificultad de probar la madurez o inmadurez de un joven en un caso en particular. Razones de certeza o seguridad jurídica favorecen la opción de estimar como más adecuado el criterio biológico.

5. Los participantes en el sistema de justicia penal juvenil

Esta denominación se refiere a los principales protagonistas que tienen presencia y actúan en el sistema de justicia juvenil. En primer lugar, nos detendremos en el menor infractor, la víctima, los representantes legales de ambos y las defensas técnicas en el proceso de estas partes, posteriormente aludiremos a aquellas personas que tienen un papel como operadores jurídicos en el sistema.

El menor infractor requiere una cualidad subjetiva: tener una edad comprendida entre los catorce años y los dieciocho años en el momento de la comisión del delito.

La víctima no requiere ninguna cualidad especial, puede ser cualquier persona jurídica, física menor o mayor de edad, atendiendo al concepto

¹⁹ Véase sobre este tema a M. I. Sánchez García de Paz, “La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, p. 711.

de víctima que se establece en el artículo 2 de la Ley 4/2015, del 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

Los representantes legales (padres o tutores) del menor infractor o de la víctima, cuando estos son menores de edad, también participan en el procedimiento.

El letrado del menor tiene participación en todas y cada una de las fases del proceso, conociendo en todo momento el contenido del expediente, pudiendo proponer pruebas e interviniendo en todos los actos que se refieren a la valoración del interés del menor y a la ejecución de la medida, de la que puede solicitar la modificación. Los colegios profesionales de abogados españoles requieren que los abogados que vayan a defender a los menores infractores estén especializados en esta materia. El menor puede nombrar a su abogado o se le puede designar de oficio entre el turno de abogados especialistas, si tiene derecho a la asistencia jurídica gratuita.

La acusación particular, conforme al artículo 25 de la Ley Orgánica 5/2000, son las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, sus herederos o sus representantes legales, si fueran menores de edad o incapaces. La acusación particular es ejercida por un abogado de dichos interesados mencionados anteriormente. El ejercicio de la acusación particular durante el procedimiento consiste en una serie de actuaciones entre las que están la solicitud de imposición de las medidas, la proposición de pruebas que versen sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión, participar en la práctica de las pruebas, ser oído en todos los incidentes que se tramiten durante el procedimiento también en el caso de modificación o de sustitución de medidas impuestas al menor, el acusador particular participa en las vistas o audiencias que se celebren y puede formular los recursos procedentes previstos en la Ley Orgánica 5/2000.

Para un mejor entendimiento de las personas que participan en el sistema conviene tener presente que el proceso de exigencia de la responsabilidad penal al menor infractor cuenta con una serie de fases donde las actuaciones profesionales de estas personas tienen especial significación:

- La instrucción.
- El enjuiciamiento.
- La ejecución de la medida impuesta en la sentencia condenatoria.

El artículo 23 de la Ley Orgánica 5/2000 determina qué supone la actuación instructora del fiscal. La instrucción del procedimiento consiste en averiguar si el hecho cometido es delito, si ese delito lo ha cometido un menor y finalmente proponer la medida sancionadora y educativa más adecuada para ese menor. Hay autores que consideran que esta última función no forma parte de las competencias del ministerio fiscal, ya que ese reproche se hará en la sentencia²⁰.

La instrucción del procedimiento le corresponde al fiscal de menores, según el artículo 16 de la Ley Orgánica 5/2000. El artículo 6 de esa misma Ley determina las funciones del fiscal en el procedimiento penal del menor:

Corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento, para lo cual dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquéllos y de la participación del menor en los mismos, impulsando el procedimiento.

Las únicas limitaciones en la facultad instructora del fiscal se producen cuando se trata de practicar de diligencias restrictivas de derechos fundamentales, pues en estas habrá de solicitar del Juzgado la práctica de las que sean precisas para el buen fin de las investigaciones y, por tanto, son autorizadas previamente el juez de menores.

El fiscal de menores es un órgano personal de carácter especializado y desarrolla su labor sobre los delitos cometidos en su provincia por los menores.

²⁰ M. R. Ornos, *Derecho penal de menores*, p. 302.

El ministerio fiscal, lejos de encargarse de acusar sistemáticamente a un menor, debe valorar todos los intereses en juego y debe garantizar, al menor infractor y a la víctima, el máximo respeto hacia sus derechos y garantías constitucionales en el procedimiento²¹.

En esta fase de instrucción y muy relacionada con la función del fiscal de proponer la medida sancionadora y educativa más adecuada para ese menor, se encuentra otro órgano de notable importancia: el equipo técnico.

El artículo 4 del reglamento de la Ley Orgánica 5/2000 determina su composición y su actuación:

Los equipos técnicos estarán formados por psicólogos, educadores y trabajadores sociales cuya función es asistir técnicamente en las materias propias de sus disciplinas profesionales a los jueces de menores y al Ministerio Fiscal, elaborando los informes, efectuando las propuestas, siendo oídos en los supuestos y en la forma establecidos en Ley Orgánica 5/2000, del 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, y, en general, desempeñando las funciones que tengan legalmente atribuidas.

Este es un órgano de asesoramiento de jueces y fiscales de menores. Sin embargo, aunque sus opiniones emitidas en los informes son de extraordinario interés, no tienen un carácter vinculante. La intervención del equipo técnico aparece en la instrucción, en la fase de enjuiciamiento y durante el proceso de ejecución de la medida. Sus funciones son de asesoramiento en las medidas cautelares y, durante la instrucción, esta función puede darse hasta el final de este, por ejemplo, en el supuesto de la revisión de las medidas impuestas; también tiene funciones de propuesta e intervención y puede servir de asistencia al menor.

Otro de los protagonistas es el juez de menores, el encargado de dirimir si el menor es responsable del delito por el que se le acusa o decidir que se le absuelva en caso de inocencia. Los jueces de menores, por tanto, son los competentes para conocer de los hechos cometidos por los menores

²¹ C. V. Escorihuela, *El Ministerio Fiscal y la responsabilidad penal de los menores*, p. 175.

en su provincia y para hacer ejecutar las sentencias. También resuelven sobre las responsabilidades civiles derivadas de los hechos cometidos por los menores infractores. El juez de menores es un órgano especializado en esta materia.

El juez junto al fiscal vela en todo momento por la protección de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por las infracciones cometidas por los menores, además de controlar la legalidad del procedimiento.

El letrado de la administración de justicia del juzgado de menores ostenta la titularidad de la fe pública judicial, haciendo constar la realización de los actos procesales que se hayan desarrollado en el juzgado o ante este y de la producción de hechos con trascendencia procesal, expidiendo las oportunas actas y diligencias, también le corresponde impulsar el proceso en los términos establecidos en la Ley Orgánica 5/2000.

El representante de la entidad pública de protección es otra de las personas que adquiere importancia en el proceso. El sistema español establece que la ejecución de las medidas judicialmente impuestas corresponde a las entidades públicas de protección y reforma de menores de las Comunidades Autónomas, bajo el inexcusable control del juez de menores.

La intervención de la entidad pública puede darse con un carácter previo al inicio del procedimiento prestando asistencia al menor, mientras se tramita el expediente, antes de iniciarse la ejecución de la medida y finalmente durante la ejecución de la medida²².

La ejecución de las medidas adoptadas por los jueces de menores en sus sentencias firmes es competencia de las Comunidades Autónomas, conforme al artículo 45 de la LORPM, permitiendo, según su punto tercero, la gestión directa y la indirecta.

Las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla podrán establecer los convenios o acuerdos de colaboración

²² T. Montero, "El papel de la entidad pública de protección y/o reforma en la Ley Orgánica 5/2000, del 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores".

necesarios con otras entidades, bien sean públicas, de la Administración del Estado, Local o de otras Comunidades Autónomas, o privadas sin ánimo de lucro, para la ejecución de las medidas de su competencia, bajo su directa supervisión, sin que ello suponga en ningún caso la cesión de la titularidad y responsabilidad derivada de dicha ejecución.

6. La respuesta penal a los delitos cometidos por menores

La respuesta jurídico-penal a los delitos cometidos por menores tiene una naturaleza sancionadora-educativa respecto a las medidas aplicables a los infractores menores de edad cuando cometen un delito.

El sistema español cuenta con un repertorio completo de medidas sancionadoras a disposición del juez, para que este elija la más conveniente teniendo en cuenta el interés del menor, las características del caso concreto y la evolución personal del menor condenado durante la ejecución de la medida.

La consecuencia jurídica impuesta al menor infractor radica en una intervención de naturaleza educativa, caracterizada por alejarse de las finalidades y postulados que son propios del derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación dirigida hacia los destinatarios de la norma.

Las medidas sancionadoras (no penas) se definen en el artículo 7 de la Ley Orgánica 5/2000 y la regulación de su ejecución se contiene en el Real Decreto 1774/2004, del 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, del 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Las reglas de aplicación de las medidas se contienen en los artículos 9 y 10 de la Ley Orgánica 5/2000.

Las medidas contempladas en el artículo 7 de la Ley Orgánica 5/2000 pueden distinguirse entre privativas de libertad y no privativas de libertad.

Son medidas privativas de libertad:

- a) Internamiento en régimen cerrado: los menores residirán en el centro de reeducación y desarrollarán dentro de él todas las actividades formativo-educativas, laborales y de ocio.
- b) Internamiento en régimen semiabierto: los menores residirán en el centro, sin embargo podrán realizar fuera del centro alguna o algunas de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio previstas en el programa individualizado de ejecución de la medida. La realización de actividades fuera del centro quedará condicionada a la evolución del menor y a que cumpla una serie de objetivos educativos, pudiendo el juez de menores suspender las salidas al exterior por tiempo determinado, en caso del incumplimiento de dichos objetivos, decidiendo en este caso que el menor realice todas las actividades dentro del centro.
- c) Internamiento en régimen abierto: en esta modalidad de internamiento los menores llevarán a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados de su entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del centro.
- d) Internamiento terapéutico (puede ser en régimen cerrado, semiabierto o abierto): En los centros de esta naturaleza se realiza un tratamiento específico dirigido a aquellos menores que padecen anomalías o alteraciones psíquicas, o serios problemas de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o cuando el menor presenta alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad. Esta medida podrá aplicarse sola o ser complementaria de otra medida prevista en el artículo 7 de la Ley Orgánica 5/2000. En el caso que el menor rechazase un tratamiento de deshabitación, el juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.
- e) La permanencia de fin de semana: el menor está obligado a permanecer en su domicilio o en el centro de reeducación que

se designe hasta un máximo de treinta y seis horas que van entre la tarde o noche del viernes y la noche del domingo, a excepción, en su caso, del tiempo que deban dedicar a las tareas socio-educativas asignadas por el juez que deban llevarse a cabo fuera del lugar de permanencia.

Conviene añadir que las medidas de internamiento constan de un periodo de internamiento efectivo y otro de libertad vigilada que se realizará una vez finalizado el internamiento efectivo.

Muy discutida en la doctrina ha sido la naturaleza jurídica de las medidas de internamiento al no existir un acuerdo pacífico, porque suele identificarse este tipo de medidas como penas²³, o dotarles de una singularidad diferente a las penas²⁴; pese a la indiscutible naturaleza penal propia de toda sanción, las medidas de internamiento cuentan con una finalidad educativa específica orientada a la recuperación individual y social del menor que sobrepasa al contenido aflictivo.

Por su parte, las medidas no privativas de libertad son:

a) Libertad vigilada. La medida más impuesta por los juzgados de menores; en ella hace un seguimiento de la actividad formativa o laboral del menor, según los casos, procurando ayudarle a superar los factores que propiciaron la comisión de la infracción. Asimismo, la medida obliga, en su caso, a seguir las pautas socio-educativas que señale el técnico encargado de la ejecución de acuerdo con el programa elaborado al efecto y aprobado por el juez de menores. El menor está obligado a mantener con dicho profesional las entrevistas establecidas en su programa y a cumplir las reglas de conducta que se le impongan en el mismo.

b) La prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez.

²³ Véanse M. L. Cuerda y J. L. González Cussac, *op. cit.*, y G. Landrove, *Derecho penal de menores*.

²⁴ Véanse M. J. Dolz, *La nueva responsabilidad penal del menor*; J. J. Periago, *La ejecución de la medida de internamiento de menores infractores* y M. V. Cervelló, *La medida de internamiento en el derecho penal del menor*.

c) Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. La persona sometida a esta medida debe convivir, durante el periodo establecido por el juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo seleccionado adecuadamente.

d) Prestaciones en beneficio de la comunidad. No podrán imponerse sin el consentimiento del menor y este ha de realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad.

e) Realización de tareas socio-educativas. Realización de actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social.

f) Amonestación. Esta medida consiste en que el juez de menores reprocha al menor su conducta y le transmite la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que acarrearán los mismos.

g) La privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o armas que se depositan en el juzgado.

h) Inhabilitación absoluta. Esta medida produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos sobre el que recayere, aunque sean electivos; también, la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la medida.

No corresponde ahora analizar cada una de estas medidas de una manera minuciosa, ni las reglas relativas a la aplicación y duración de las medidas, contenidas en los artículos 9 y 10 de la ley; pero sí se puede decir que, para la elección de la medida o medidas adecuadas, se deberá atender de modo flexible a la prueba y valoración jurídica de los hechos, especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor. Pesa mucho en esa elección la gravedad del delito y la edad del menor (si era mayor o menor de 16 años cuando se cometió el delito, por ejemplo). Existen unas reglas

concretas donde el juez no tiene flexibilidad para elegir la medida, como los supuestos de comisión de delitos especialmente graves (asesinato, homicidio, agresiones sexuales, delitos de terrorismo o aquellos que en el *Código Penal* contengan una pena de prisión igual o superior a 15 años).

Conclusiones

Sin ninguna duda se puede decir que el sistema español para responder a la delincuencia juvenil ha avanzado notablemente respecto de etapas pretéritas. El modelo de responsabilidad sancionadora educativa en la Ley Orgánica 5/2000 ofrece mayores garantías que el anterior y se encuentra en sintonía con las corrientes más avanzadas de política criminal en materia de menores infractores al incorporar en su legislación instrumentos y principios recomendados en las principales normas internacionales de la materia.

Pese a la percepción de la ley, derivada de las distintas reformas que ha experimentado y que puede hacer pensar que no responde adecuadamente a la reducción de la criminalidad juvenil, es conveniente tener presente que el denominado “populismo punitivo” que impulsó la última reforma en el 2006 y que socavó en gran medida la flexibilidad del juez de menores en la elección y modificación de la medida, no debe empañar las bondades del sistema, que no son pocas, en particular el buen hacer de todos los profesionales que con tanto empeño trabajan por lograr un mejor futuro para esos niños.

Fuentes de consulta

- Alastuey, M. C., “Derecho penal de menores: evolución y rasgos esenciales de la Ley orgánica 5/2000”, en J. L. Diez Ropolles, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002.
- Boldova, M. A., “Principales aspectos sustantivos del nuevo derecho penal juvenil español”, en M. A. Boldova, *El nuevo derecho penal juvenil español*, Zaragoza, Diputación General de Aragón, 2002.

- Cervelló, M. V., *La medida de internamiento en el derecho penal del menor*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- Cervelló, M. V. y A. Colás, *La responsabilidad penal del menor*, Madrid, Tecnos, 2002.
- Committee on the Rights of the Child, Observación General Nº 10, 44º periodo de sesiones, Ginebra, Naciones Unidas, 2007.
- Council of the European Communities, Resolución del Consejo de Europa de 29 de septiembre de 1989 relativa a la lucha contra la exclusión social (89/C277/01), *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, Bruselas.
- Cuello, E., *Derecho penal*, Barcelona, Bosh.
- Cuerda, M. L. y J. L. González Cussac, *Justicia penal de menores y jóvenes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- De la Cuesta, J. L., *Líneas directrices de un nuevo derecho penal juvenil y de menores*, Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, 1988.
- De la Rosa, J. M., "Los principios del derecho procesal de menores, Tribunales de Justicia", *Revista Española de Derecho Procesal*, pp. 21-45.
- Deakin, N., A. Davis y N. Thomas, *Public Welfare Services and Social Exclusion: The Development of Consumer Oriented Initiatives in the European Union*, Dublin, European Foundation for Improvement of Living and Working Conditions, 1995.
- Dolz, M. J., *Comentarios a la legislación penal de menores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- Dolz, M. J., *La nueva responsabilidad penal del menor*, Valencia, Ediciones RGD, 2000.
- Escorihuela, C. V., *El Ministerio Fiscal y la responsabilidad penal de los menores*, Tesis doctoral, Castellón de la Plana, España, Universitat Jaume I, 2015.
- European Comision, <https://ec.europa.eu>. Disponible en <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=751&langId=en> [6 de octubre de 2019].
- European Comision, Recomendación de la Comisión Europea de 20 de febrero de 2013 Invertir en la infancia: romper el ciclo de las desventajas (2013/112/EU), *Diario Oficial de la Unión Europea*, Bruselas, 2013.
- European Youth Portal, https://europa.eu/youth/EU_en. Disponible en https://europa.eu/youth/es/article/39/2069_en [6 de octubre de 2019].

- García Hernández, G., *Equipo técnico y medidas judiciales*, Madrid, Fiscalía General Estado de España, 2013.
- García Pérez, O., "Los actuales principios rectores del derecho penal juvenil: un análisis crítico", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1999.
- Jimeno Sendra, J. V., "El proceso penal de menores", *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, núm. 1413, 2021.
- Gómez Rivero, M. C., "Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores", *Actualidad Penal*, núm. 165, 2001.
- Hernández Pedreño, M., "El contexto de la exclusión social", en M. Hernández Pedreño, *Exclusión social y desigualdad*, Murcia, Universidad de Murcia, 2008.
- Higuera, J. F., *Derecho penal juvenil*, Barcelona, Bosch, 2003.
- Landrove, G., *Derecho penal de menores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- Mathieson, J., "Social Exclusion Meaning, measurement and experience and links to health inequalities. A review of literature. Social exclusion literature review, 2008.
- Montero, T., "El papel de la entidad pública de protección y/o reforma en la Ley Orgánica 5/2000, del 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores", *Diario La Ley*, 2008.
- Ornosa, M. R., *Derecho penal de menores*, Barcelona, Bosch, 2005.
- Parlamento Europeo, Resolución del Parlamento Europeo, del 14 de marzo de 2018, sobre el Semestre Europeo, Estrasburgo, Parlamento Europeo, 2019.
- Periago, J. J., "De la premisa de la minoría de edad como opción político-criminal en el sistema de justicia juvenil español", *Revista Jurídica UCLA Law Review*, pp. 451-466, 2018.
- Periago, J. J., *La ejecución de la medida de internamiento de menores infractores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- Sánchez García de Paz, M. I., "La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor", *Actualidad Penal*, núm. 33, 2000.
- Sánchez García de Paz, M. I. *Minoría de edad y derecho penal juvenil*, Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, 1998.
- Vives, T. S., "Constitución y derecho penal de menores", *Revista del Poder Judicial*, núm. 21, 1991.

Nuevos avances sobre el derecho a la privacidad: derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Derecho español, europeo y norteamericano

Agustín Viguri Perea*

1. Marco general de actuación del derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad aparece reconocido en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (DUDH) de las Naciones Unidas en 1948, dentro de lo preceptuado a lo largo de su artículo 12 al establecer que nadie debiera de ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, familia, domicilio o correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación. En consecuencia, toda persona tendrá derecho a gozar de la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Dentro de la esfera de la Unión Europea, el derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia, en cuanto a su aspecto normativo, se enmarca en la aplicación del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma, fechado el 4 de noviembre de 1950 y en vigor desde 1953. No olvidemos que la Declaración y la Convención regulan los derechos humanos y libertades fundamentales de un modo sustancialmente idéntico.

* Universitat Jaume I (UJI) Castellón de la Plana, España.

En conformidad con la jurisprudencia dimanante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que tiene un valor similar a las sentencias del TS en el ámbito comunitario, con carácter vinculante para los Estados miembros¹, es interesante dejar constancia, en el presente, que nos ha tocado vivir de la responsabilidad de los motores de búsqueda reconocidos (como Google, Yahoo, Bing) en relación con el tratamiento de datos personales. En este contexto, en el marco del ordenamiento jurídico español, cabe citar la sentencia del Tribunal Constitucional (STC 58/2018, del 4 de junio).

Es conveniente puntualizar, asimismo, desde una perspectiva comparada del derecho a la privacidad, que el *Código Civil Francés* viene a componer la columna vertebral de la familia legal romanista. Basado en el credo de la ilustración, con sus correspondientes variantes, constituye el pilar esencial de los *Códigos Civiles* de España, Italia, Portugal, Benelux (Bélgica, Holanda y Luxemburgo), así como en una mayoría de las naciones iberoamericanas, con influencias históricas en algunos Estados norteamericanos, *verbi gratia*, Luisiana y Tejas, y también en Puerto Rico (en su condición de Estado Libre Asociado de Estados Unidos), Quebec (Canadá), Egipto, e igualmente en algunas de las colonias francesas y mandatos en África y Oriente Medio.

Por otro lado, el *Código Civil Alemán* es el soporte del ordenamiento jurídico germano, que, con sus modificaciones respectivas, ha sentado, asimismo, las estructuras básicas de los *Códigos Civiles* de Austria, Suiza, Grecia, Turquía, y algunos países asiáticos, como Japón, Corea, Malasia y Taiwán.

Para una mejor y más amplia comprensión del problema que nos ocupa, a nuestro juicio, pondremos de relieve la distinta orientación de los diferentes derechos que intentamos poner en liza, esto es, la perspectiva del derecho norteamericano *versus* los enfoques seguidos por el derecho continental, ámbito al cual pertenece nuestra familia civilista, en contraposición al sistema de derecho anglosajón, general o común. En un plano formal, en esta segunda clasificación, recogemos

¹ Cfr. Sentencia 13-5-2014, asunto C-131/12, *Google vs. Agencia Española de Protección de Datos*.

el hecho de que prevalece el efecto inspirador de los precedentes y del caso juzgado ("*rule of precedent*"), a través de las decisiones de los jueces.

Incluimos, así, el derecho común o derecho consuetudinario vigente en la mayoría de los países de tradición anglosajona (en inglés, *common law*), derivado del sistema legal aplicado en la Inglaterra medieval. Contemplamos, así, un método jurisprudencial orientado práctico-empíricamente por una técnica inductiva, creadora del derecho, mediante un mecanismo de raciocinio que transcurre de un caso a otro (*reasoning from case to case*). Este proceso configura la llamada técnica del *case law* (derecho de casos), que se desarrolla, como indica su nombre, en litigios prácticos concretos extraídos de la propia realidad social, lo que le acerca a la vida cotidiana de los ciudadanos. Resulta, por tanto, antitético del "derecho legal codificado", propio de los países regidos por el derecho continental.

Sin embargo, tampoco resulta menos cierto que, en un futuro próximo, la posibilidad de que los sistemas jurídicos pertenecientes al círculo angloamericano se puedan ir aproximando, paulatinamente, al llamado *derecho legal* de todos aquellos ordenamientos propios de Europa continental o viceversa. A título de ejemplo, es factible reconocer el crecimiento que ha venido experimentando el derecho estatutario (*statute law*), por parte del derecho angloamericano, en claro contraste con el creciente desarrollo de la jurisprudencia (*derecho judicial*) en el derecho europeo (*case by case law*), lo que ha coadyuvado, de una manera decisiva, a nivelar las diferencias de origen existentes en la materia que nos ocupa en el presente estudio.

Como apoyo legal de estos asertos anteriores, resulta sumamente apasionante descubrir las corrientes profundas de la mutua inspiración y comprobar la presencia que la doctrina europea alcanzó en Norteamérica, especialmente a lo largo de las primeras décadas del siglo xx y, en retorno de esta afirmación, las sugerencias específicas con frecuencia difundidas, en una dirección inversa, hacia Europa. Al unísono, es igualmente patente que el laureado magistrado norteamericano Benjamín Cardozo tuvo previa información de las sabias reflexiones del jurista del modernismo Saleilles, quien contribuyó de una manera decisiva al estudio del derecho comparado), y que el ilustrado magistrado neoyorquino fue el gran artífice

de matizaciones influyentes en todo el Occidente europeo. En síntesis, cautiva sobremanera proceder a la lectura a doble texto de pasajes de algunas Directivas de la Unión Europea y, a su vez, contrastarlas con los criterios paralelos consolidados en la jurisprudencia de los Estados Unidos.

De ahí que, en el presente trabajo, hayamos creído muy conveniente y justificada la apertura de un subapartado e)², siguiendo la técnica del *case law*, que se encuentra estrechamente relacionado con la posible convergencia entre el derecho continental y el derecho del *common law*, alrededor del concepto del *orden público*.

2. Novedades en materia del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Tecnologías en la era digital. Derecho europeo y español

No puede pasar fácilmente inadvertido para todos los participantes de la vocación universal del derecho que nuestro Tribunal Supremo, a lo largo de estos últimos años, ha ido perfilando de una manera bastante paulatina, en función del tiempo transcurrido, los contornos jurídicos del derecho a la intimidad, a la privacidad y a la propia imagen, en consonancia con las distintas decisiones emanadas de los tribunales europeos. A continuación, vamos a proceder, por lo tanto, a mencionar algunas de ellas, entre las que destacamos las siguientes:

a) Intimidad personal, familiar y domiciliaria: problemas derivados del medioambiente y de la contaminación acústica. Desde nuestro punto de vista, una de las sentencias históricas con mayor trascendencia en España, en cuanto al tratamiento legal del problema que abordamos, es la que procede del histórico fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), máxima autoridad judicial europea para la garantía de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en el caso López Ostra contra el Reino de España (del 9 de diciembre de 1994). La mencionada resolución ha sido extensamente recogida en posteriores

² Cfr. Dentro del apartado 3, punto B.

decisiones del Tribunal Supremo³. Parafraseando al Tribunal Europeo, se produjo una clara infracción del artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en relación con el derecho que tiene toda persona a ser respetada en su vida privada y familiar.

El mentado precepto, en su apartado 1, en el Título I sobre derechos y libertades, recoge el derecho al respeto a la vida privada y familiar señalando: “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”, añadiendo en el apartado 2:

no podrá haber injerencia de la autoridad pública 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 libertades de los demás.

El fallo otorgó una indemnización de 4 millones de pesetas, a favor del demandante, por el daño moral derivado de “las molestias causadas por las emanaciones de gas, los ruidos y los olores provenientes de una depuradora” y, además “por la angustia y ansiedad propias de ver cómo la situación se prolongaba en el tiempo y la salud de su hija se resentía”, estimando, al mismo tiempo, que “la interesada y su familia vivieron durante años a 12 metros del foco de olores, ruidos y humos”. Por otro lado, se incluyó como compensación la depreciación del valor de la vivienda de la recurrente, con la inclusión de los gastos y molestias derivados del cambio de domicilio.

Como comentario al presente caso, es necesario dejar constancia de que el Tribunal europeo concedió la indemnización, después de que las citadas pretensiones del demandante (fundamentadas en la vulneración de derechos fundamentales) hubiesen sido desestimadas en el orden

³ Cfr. Sentencia del 31 de mayo de 2007.

jurisdiccional contencioso-administrativo y, asimismo, nuestro Tribunal Constitucional no hubiera admitido tampoco su recurso de amparo.

Esta doctrina legal se ha venido aplicando con posterioridad. Así resultó en otro litigio célebre⁴ resuelto por el Tribunal europeo de manera favorable también para la parte demandante. Tras la decisión de este pleito, la Unión Europea emitió la Directiva 2006/12, relativa a la contaminación que provoca “incomodidades por el ruido o los olores”, contemplada en el artículo 4-1 (a). Su transposición a nuestro ordenamiento jurídico se realizó mediante la Ley 13/2009, del 17 de noviembre.

Ambos litigios han sentado jurisprudencia en nuestro derecho, obvio es decirlo, como se pudo comprobar en la reciente sentencia del 13 de octubre de 2008, del Tribunal Supremo, pionera en su género, con motivo de otra vulneración del derecho fundamental a la intimidad domiciliaria y al libre desarrollo de la personalidad en el domicilio, todo ello a propósito del ruido de aviones que sobrevolaban una zona residencial (Ciudad de Santo Domingo del Municipio de Algete) para aterrizar en el aeropuerto de Barajas (hoy Adolfo Suárez de Madrid).

Con posterioridad, hemos podido comprobar la ratificación de los criterios anteriores, en el asunto *Cuenca Zarzoso vs. España* (sentencia, 16 de enero de 2018). La demanda se interpuso contra el Reino de España, con arreglo al artículo 34 del citado Convenio, sobre demandas individuales, que señala

el Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.

Al alimón, se aplicó el artículo 41 del Convenio que estipula:

⁴ Moreno Gómez contra el Reino de España, sentencia del 16 de noviembre de 2004.

Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.

El actor denunció, con arreglo a la Ordenanza Municipal de Ruido y Vibraciones, aprobada por acuerdo plenario de 28/6/1996, artículo 8-1 (sobre niveles sonoros de recepción) y artículo 30 (que regula las zonas acústicamente saturadas), la inactividad del Ayuntamiento de Valencia, al no haber tomado las medidas necesarias para terminar con las molestias nocturnas.

El Tribunal destacó que, tal como se observó en el voto discrepante, existía un informe pericial que demostró la *relación de causalidad* entre el nivel del ruido y la alteración fisiológica del sueño del demandante y de su familia, así como la presencia de un síndrome ansioso-depresivo. Contrariamente a lo declarado por el Gobierno, en su cargo de Presidente de la asociación de vecinos, el reclamante interpuso múltiples recursos contra el Ayuntamiento y tomó medidas que se mostraron como insuficientes para resolver el problema, antes de verse en la obligación de cambiar las ventanas. De los hechos se deduce que su comportamiento respecto a las molestias sufridas no puede considerarse *abusivo o desproporcionado*.

Al mismo tiempo que recordó el litigio *Bor vs. Hungría* (sentencia del 18 de junio de 2013) para hacer hincapié en que la existencia de un procedimiento sancionador no es suficiente si no se aplica de una manera eficaz y oportuna. Así, se llegó a la firme conclusión sobre la violación del *derecho a respetar el domicilio*, y la urgencia de acabar con la continua *vulneración de su vida privada*. El Tribunal juzgó que existían pruebas suficientes de las consecuencias que el ruido había provocado a su salud, al igual que lo acontecido en *Moreno Gómez*, residente en la misma zona acústicamente saturada, tan solo a unos metros de distancia. Se trataba, en consecuencia, de dos casos bastante *análogos*.

Debido a la falta de una actuación *razonable*, por parte de las autoridades pertinentes, para que cesara la violación del derecho del litigante al respeto de su domicilio, se condenó al Estado demandado al abono, en

un plazo de 3 meses, desde la firmeza de la sentencia, de 7.000 euros, más los impuestos exigibles al recurrente, en concepto de daños materiales y morales, además de 6.671,26, más los impuestos exigibles al recurrente, en concepto de daños y costas.

b) Intromisión ilegítima, interés público, corrupción política, en torno a unas publicaciones sobre personajes de relevancia pública. El Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) en su sentencia 92/2018, del 10 de febrero, decidió a favor de la inexistencia de *intromisión ilegítima* en unos reportajes publicados en prensa⁵ y otros comentarios vertidos en un libro sobre la corrupción en Baleares⁶, con críticas severas a la actuación llevada a cabo por el demandante, magistrado instructor de una importante causa penal, tras haberse cernido una duda sobre su imparcialidad, ante el posible trato de favor hacia una amiga suya, dirigente política del partido Unió Mallorquina (UM), que estaba bajo investigación en dicho procedimiento.

En los fundamentos jurídicos se pudo probar que la crítica había sido legítima y, a su vez, proporcionada porque estaba basada en hechos sustancialmente veraces, sobre una materia de *interés público*, en la que estaban, además, envueltos personajes con evidente proyección pública. De ahí que la casación se centrara básicamente en la ponderación, en concreto, en la proporcionalidad de las expresiones vertidas en el asunto.

En materia de cantidades otorgadas por *daño moral* en todos aquellos litigios que han conculcado el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, solamente podrán ser revisadas mediante dicho recurso, en los casos excepcionales de un error notorio, arbitrariedad, una desproporción manifiesta o infracción del ordenamiento jurídico en las bases fijadas para la estimación de las sumas establecidas. Tal como se contemplan en el artículo 9.3 de la LO 1/1982, al establecer:

la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las *circunstancias del caso* y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se

⁵ *El Mundo, El día de Baleares*, entre 2007-2010.

⁶ *Mallorca és nostra. Crònica oculta del saqueu balear*, pp. 368-381.

tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.

Todo ello, tras su reforma en 2010⁷. La jurisprudencia precisa que lo relevante para determinar el carácter meramente ofensivo u oprobioso de una expresión es su vinculación o desvinculación con el juicio de valor que se emite o con la información transmitida (STC 219/2013). Es doctrina mayoritaria el hecho de priorizar la libertad de expresión “cuando se trata de la comunicación de una opinión pública sobre asuntos de interés general pues resulta necesaria para hacer efectivo el derecho de los ciudadanos a conocer cómo se gobiernan los asuntos públicos”. Además, el significado ofensivo de las palabras o expresiones no resulta de su valoración aislada, sino de su consideración dentro del contexto en que han sido proferidas o empleadas.

Por lo tanto, cabe reforzar la prevalencia de la libertad de expresión, respecto del derecho al honor, en casos de contienda o conflicto, tanto de naturaleza política, como en supuestos de tensión o de otra índole, como laboral, sindical, deportivo, procesal, entre los más recientes⁸. Los hechos en dicha decisión partieron de una probable infracción de los derechos fundamentales, respecto del honor de una sociedad limitada, en relación con la libertad de expresión.

Se estimó que las manifestaciones críticas con la gestión sanitaria del gobierno de La Rioja, realizadas en sucesivas ruedas de prensa, por parte de un destacado político y diputado autonómico de la oposición, en las que también aludió a la sociedad mercantil adjudicataria de contratos de prestación de servicios públicos sanitarios en la mentada comunidad autónoma, no podían calificarse de intromisión ilegítima en el honor. La fundamentación se basó en la necesaria proporcionalidad de las expresiones por el contexto de contienda y crítica política, iniciada con anterioridad a que se produjeran las manifestaciones cuestionadas, la indiscutible relevancia pública del asunto, en función de la materia y la proyección

⁷ Cfr. LO 5/2010, del 22 de junio, apartado tres de la disposición final segunda, por la que se modifica la LO 10/1995, del 23 de noviembre, del *Código Penal*, BOE del 23 de junio, con vigencia 23 de diciembre de 2010.

⁸ Cfr. Tribunal Supremo, sentencia 450/2017, del 13 de julio.

pública de los sujetos implicados, y la menor protección que merece el honor de las personas jurídicas privadas.

En resumen, es criterio jurisprudencial que los dirigentes políticos deben tolerar un nivel de crítica superior a las demás personas, porque con su actividad se exponen voluntariamente a un mayor control. No obstante, en contrapartida con el aserto anterior, justo es reconocer que gozan también de una mayor libertad en el momento que expresan sus opiniones y juicios.

En cuanto a una interesante extensión, al ámbito de jueces y magistrados, en estrecho paralelismo con el caso anterior, conviene resaltar, en referencia a la crítica por sus actuaciones profesionales, al hilo de lo establecido por la STS 381/2009, que se llegó a desestimar la existencia de intromisión ilegítima alguna en el honor de un magistrado, por considerarse amparadas dentro del marco legal de la libertad de expresión, unas reprobaciones realizadas respecto a sus aspiraciones a ocupar cargos en el Poder Judicial.

También se ha admitido, en la práctica, el tratamiento humorístico como forma de transmisión del conocimiento de determinados acontecimientos, llamando la atención sobre los aspectos susceptibles más destacados, mediante el empleo de la ironía, el sarcasmo o incluso de la burla⁹. Posteriormente, matizó;

por consustancial que sean al género satírico tanto la ridiculización de un personaje y el tono jocoso y burlón como la brevedad y rotundidad del mensaje, acudir a ese género no borra ni elimina los límites que impone la protección del derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen¹⁰.

En esta misma línea de argumentaciones, se ha venido manifestando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, *Vereinigung Bildender Künstler c. Austria*), con fecha del 25 de enero de 2007, al afirmar que “con frecuencia el tipo de sátira es una forma de expresión artística y crítica social que, con su contenido inherente de exageración y distorsión de la realidad, persigue naturalmente la provocación y la agitación”. En

⁹ Cfr. Tribunal Supremo, sentencia del 20 de julio de 2011, rec. n.º 1745/2009.

¹⁰ Cfr. STS 24-7-2012, rec. n.º. 1919/2010.

otras históricas decisiones¹¹, elevó a la máxima expresión los límites de la libertad de información y de la libertad de expresión para que la prensa pueda cumplir *su función vital de perro guardián*. Cuando así sucede, el uso manipulativo de la imagen ajena podrá constituir un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión, en cuanto coadyuve al mantenimiento de una opinión pública crítica y plural, todo ello lógicamente “como condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al sistema democrático”, al hilo de las SSTC 159/1986 y 77/2009.

En sintonía, viene a colación la normativa prevista en el artículo 8.2 b), de la LO 1/1982, porque condiciona la legitimidad del género a su adecuación al *uso social*, reconociendo, por lo tanto, su inexistencia cuando la publicación, *verbi gratia*, de una imagen no tiene otra intención que la de ridiculizar al personaje al que se refiere, afectando su honorabilidad. El encaje constitucional, al refrendar este precepto, apareció en la STC 176/95, que dictaminó la existencia de intromisión ilegítima en un texto, historieta o cómic, pese a su tono jocosos o burlón, cuando el llamado *animus iocandi* o intención de bromear se utilizó “*precisamente como instrumento del escarnio*”.

En el plano jurisprudencial, resulta interesante exponer, en este apartado, aunque sea de manera un tanto sucinta, el análisis de la STS 498/2015 que resolvió un recurso en casación de D. Geronimo, en calidad de demandante, por intromisión ilegítima en su *derecho a la propia imagen*, interpuesto en ejercicio de una acción de protección civil de su derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (a la que podía accederse a través de Internet), a raíz de la publicación en la revista humorística, satírica, de crítica social y política, Ediciones El Jueves, S.A., de un fotomontaje realizado a partir de una imagen del actor mientras participaba en un desfile militar. Como apoyo legal de sus pretensiones adujo la falta de su consentimiento, así como su popularidad como cabo primero de la Legión y jefe de las escuadras de gastadores, encargados de honrar al Cristo de la Buena Muerte de Málaga, participando en desfiles procesionales.

¹¹ Cfr. 23 de septiembre de 1994, *Jersild vs. Dinamarca*, y 24 de julio de 2012, *Ziembinski contra Polonia*.

La mercantil demandada alegó, por un lado, haberle maquillado el rostro para no permitir su identificación, con la apariencia de un payaso, con la finalidad de criticar, por otro lado, en clave humorística, el descuido cometido días antes por D. Mariano Rajoy, al referirse al desfile de las Fuerzas Armadas con la frase *Mañana tengo el coñazo del desfile; en fin, un plan apasionante*, una ligereza cometida tras pensar que los micrófonos estaban cerrados; sin embargo, uno de ellos quedó conectado a un circuito interno enlazado con los medios de comunicación. Por ello, debía quedar absuelta de la acusación.

En los hechos se recogieron otros datos: a) de estas mentadas palabras se hicieron eco numerosos *mass media*; b) el desfile militar se celebró con motivo del Día de la Hispanidad y la imagen reflejaba medio torso del militar, muy deformado mediante un maquillaje, que estaba sobrepuesto al estilo de los *clownes*, con el objetivo de no ofenderle, acompañado de un bocadillo con el texto “todo sea por no aburrir al Sr. Rajoy”, cuyo objetivo era ridiculizarlo por su descuido cuando era, en 2008, presidente del Partido Popular, entonces líder de la oposición; por último, c) se incorporó también una fotografía del entonces presidente del Gobierno Sr. Rodríguez Zapatero, con frases irónicas sobre la influencia de la banca en España, así como una caricatura del Rey D. Juan Carlos I.

El pleito versó sobre el conflicto existente la libertad de expresión y el derecho a la propia imagen. La doctrina constitucional y la jurisprudencia civil que salieron en este caso a colación merecen ser destacadas, en cuanto a sus líneas maestras. Siguiendo un orden cronológico, partiendo de las SSTC 231/1988 y 14/2003, el derecho a la propia imagen se reafirmó como

un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública” y, a su vez, “a impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad informativa, comercial, científica, cultural, etc. [...] perseguida por quien la capta o difunde.

Desde una visión legislativa, el artículo 18.1 de nuestra Carta Magna, desarrollado por la LO 1/1982, tal como se recoge en su artículo 7.5, otorgan protección legal al mencionado derecho, y consideran intromisión ilegítima la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo en los casos previstos en el artículo 8.2 de la citada ley orgánica¹².

Abundando en este punto, no cabe discusión alguna sobre el hecho cierto de que la esfera propia de la defensa del derecho a la propia imagen es la protección frente a usos no consentidos de la representación pública de la persona que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental, muy destacadamente, en lo que afecta la utilización de la imagen con fines puramente lucrativos. A tal efecto, está prevista la aplicación del artículo 7.6 de la citada ley.

Al hilo de estas exclusiones, se ha venido incardinando en la práctica habitual del derecho, dentro del concepto de caricatura, todo montaje irónico elaborado a partir de una fotografía del rostro de una persona superpuesto sobre un cuerpo ajeno¹³, “como manipulación de la imagen calificable como caricatura”. En la STC 176/1995 se matizó, en lo que hace referencia al juicio de *proporcionalidad*, que la manipulación satírica de una fotografía puede obedecer a intenciones que no gozan de relevancia constitucional que justifique la afectación de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la *Constitución Española* por su patente desvinculación de sus objetivos democráticos “cuando el propósito burlesco se utiliza como instrumento de escarnio y la difusión de imágenes creadas con la específica intención de denigrar o difamar a la persona representada”.

En este sentido, resulta cierto argumentar que la proporcionalidad en la comunicación de la crítica, a través de una imagen ajena, requiere la ausencia de dicha intención. Se debe valorar, a este respecto, su posible justificación de acuerdo con los *usos sociales*, y las circunstancias concurrentes en cada caso, como acontece en cualquier otro supuesto

¹² Cfr. a título de ejemplo, STS 24-12-2012, rec. nº 355/2011.

¹³ STS 20-7-2011, rec. nº 1745/2009.

relacionado con los derechos fundamentales. Todo ello, añadido a la necesidad de la presencia de una persona pública o la inclusión de una cuestión de interés general o relevancia para el público, se requerirá para que pueda quedar desvirtuada la presunción de prevalencia, que favorece, en abstracto, la libertad de expresión, sobre todo, en aquellos casos que es ejercitada por profesionales de la información.

No puede pasar inadvertido tampoco dentro de nuestro sistema legal que el derecho a la propia imagen es un *derecho fundamental autónomo* en relación con los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno y, asimismo, tal como aparece regulado en el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Ello se traduce en el hecho de que si la publicación de la imagen de una persona afecta a su derecho sobre la misma y, a su vez, al derecho a su honor así como a su intimidad, el desvalor de la conducta enjuiciada se incrementa¹⁴.

En aplicación de las denominadas técnicas de *ponderación* constitucional, el tratamiento humorístico y sarcástico, mediante la burla o la ironía, constituye una forma de comunicación de ideas y opiniones que interesan a la sociedad, ligada a la libertad de expresión y de información. En el terreno de lo concreto, la caricatura se ha erigido, desde hace siglos, como una vía frecuente de expresión de críticas sociales o políticas, un importante elemento de participación y control público, inescindible de todo sistema democrático; y un factor que ayuda a la existencia y a la formación de una opinión pública y libre.

En consecuencia, en el caso juzgado, no se aprecia lesión alguna del derecho a la propia imagen del demandante, porque las representaciones de la persona deben facilitar su reconocibilidad “de un modo evidente y no dubitativo o por aproximaciones o predisposiciones subjetivas”¹⁵, lo que no ocurre en el presente litigio; a pesar de que la posibilidad de identificación no se mide por el reconocimiento dentro de un círculo

¹⁴ Cfr. STC 14/2003; STS 22-1-2014.

¹⁵ STS 31-5-2010, rec. nº 1651/2007.

mayor o menor de personas “bastando incluso que lo sea en el ámbito más íntimo familiar o de allegados”, como se afirma en la mentada sentencia.

En primer lugar, el rostro del actor quedó oculto prácticamente en su totalidad; en segundo lugar, la imagen fue accesoria respecto de la finalidad esencial de exponer de forma humorística y burlesca, propia del género de la revista, una cuestión de interés general; por último, en tercer lugar, el acceso a la imagen del demandante era público y libre por Internet, al ser captada la fotografía en un lugar y en un acto públicos; de ahí que no pueda hablarse de una desproporción en la utilización de su imagen. Todo ello conduce a que la libertad de expresión deba primar sobre el derecho a la propia imagen del recurrente.

En síntesis, la libertad de expresión utilizada como un vehículo de emisión de juicios personales y subjetivos, opiniones, creencias, pensamientos, comprensiva de la crítica de la conducta de otro, aunque sea desabrida y pueda molestar a aquel contra quien se dirige, constituye un límite del derecho de la persona a la propia imagen. Su protección constitucional se circunscribe a la esfera moral, en estrecha conexión con la dignidad humana, con el reconocimiento legal de la garantía de un ámbito privado libre de las intromisiones ajenas¹⁶. Su horizonte de aplicación no alcanza el campo patrimonial, puesto que el conjunto de derechos existentes sobre la posible explotación comercial de la imagen no se inscribe dentro del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del citado artículo 18.1 CE. Si bien, aquellas consecuencias patrimoniales del uso ilegítimo de una imagen ajena no obstan para su protección constitucional¹⁷.

Así como el contenido positivo del derecho a la propia imagen delimita el alcance de la libertad de expresión, al no tener carácter absoluto, el derecho a la propia imagen está, a su vez, limitado por el derecho a la comunicación de información, y también a las libertades de expresión y creación artística¹⁸. Además, la prevalencia del derecho a la libertad de expresión sobre el derecho a la imagen es todavía mayor que sobre

¹⁶ Cfr. STC 81/2001.

¹⁷ SSTC 156/2001, 23/2010.

¹⁸ STC 139/2001.

el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar: “es menor la consecuencia lesiva sobre la dignidad que tiene en sí misma la mera reproducción gráfica de la representación externa de una persona”¹⁹.

c) Protección de datos frente a los motores de búsqueda. Derecho al olvido. Desde una perspectiva europea, partiendo de la realidad normativa existente, debemos señalar que el artículo 17 del Reglamento de la Unión Europea 2016/679, que derogó la Directiva 95/46, se ocupa del llamado derecho al olvido o derecho de supresión, afirmando que todo interesado tiene derecho a obtener, sin dilación indebida, del responsable del tratamiento, la eliminación de datos personales que le conciernan cuando no fueran necesarios para los fines para los que se recogieron, cuando se retire el consentimiento o se oponga al tratamiento y no prevalezcan otros derechos, o cuando los datos personales hayan sido tratados ilícitamente. En función de lo previsto en el artículo 3, en lo que afecta al ámbito territorial, se establece su aplicación “a todo aquel tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado de la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no”.

Desde una visión jurisprudencial, brilla con luz propia la sentencia del 13 de mayo de 2014, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que consideró a los motores de búsqueda responsables del tratamiento de datos personales, sin que se les pudiera permitir substraerse a la vigente normativa europea aplicable en la materia. A título de ejemplo, destaca en este sentido la decisión en el asunto C-131/12²⁰. Los hechos analizados concluyeron que cada vez que un internauta introducía el nombre del afectado salían a colación unos vínculos hacia dos páginas del periódico *La Vanguardia*, del 19 de enero y 9 de marzo de 1998, que publicaban un anuncio de cierta subasta de inmuebles conectada con un embargo de deudas de la Seguridad Social en la que constaba el nombre del agraviado. En la decisión se hizo mención del hecho de que su posible relevancia, así como la legalidad y validez para la opinión pública debería ya haber

¹⁹ STS 17-12-2012, rec. n.º 2229/2010.

²⁰ Cfr. *Google vs. Agencia Española de Protección de Datos*.

desaparecido por ser *desproporcionada* respecto del transcurso del tiempo, esto es, doce años más tarde (2010) del mismo momento en el que apareció.

Dicha resolución incluyó dentro del capítulo del tratamiento de datos personales cualquier operación efectuada o no mediante procedimientos automatizados, aplicada a datos personales. En otras palabras, incorporó toda conducta referida, a través de una página web, a los datos personales. Procede constatar que el caso enjuiciado estimó que el tratamiento de datos se hizo dentro de la esfera de actividades de Google Spain, aunque la parte material se hiciera a cargo, de un modo exclusivo, por Google Inc. Así, se llegó a la conclusión de la existencia de una indisoluble relación entre las actividades realizadas por el gestor del motor de búsqueda y las que fueron materializadas por su establecimiento sito en un Estado miembro.

La razón subyacente en esta clase de pleitos obedece al hecho de que los citados motores recogen, extraen, registran, organizan, conservan en sus servidores y comunican datos, facilitando el acceso a sus usuarios mediante listas de resultados de sus búsquedas. En consecuencia, es necesario atajar la difusión global de datos de personas a todo internauta que realice una averiguación partiendo de los mismos. De esta manera, será factible la aplicación de las normativas existentes en los países europeos a gigantes digitales que, en muchos casos, tienen ubicadas sus sedes principales en países que se encuentran fuera de los límites comunitarios.

En la esfera del Derecho español, el artículo 93 de la Ley Orgánica 3/2018, del 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales²¹ sobre el derecho al olvido en búsquedas de Internet, dice que toda persona física tiene derecho a que los mencionados motores eliminen de las listas de resultados obtenidos, tras una búsqueda realizada partiendo de su nombre y apellidos, los enlaces publicados que contuvieran información relativa a dicha persona, cuando los resultados estructurados, indexados fuesen inadecuados, no pertinentes, inexactos, no actualizados, excesivos o hubiesen devenido como tales por el transcurso del tiempo. No puede desconocerse, en modo alguno, los fines para los

²¹ Cfr. BOE-A-2018-16673.

que se recogieron o trataron los datos. Esta Ley tiene por objeto adaptar el Derecho interno español al Reglamento General de Protección de Datos²², derogando, por consiguiente, a la anterior Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, aunque se mantiene vigente para la regulación de ciertas actividades.

Se trata de resolver un problema derivado de la frecuente colisión entre el derecho al honor, a la intimidad y a la protección de datos, por un lado, y el derecho a la información, por otra parte. Siguiendo en este punto la jurisprudencia dimanante del Tribunal Constitucional²³, podemos apreciar que se reconoce el derecho al olvido como una facultad intrínsecamente ligada a la protección de los datos personales, por lo tanto, puede ser considerada como un derecho fundamental. Sus límites se fijan velando por el respeto a otros derechos fundamentales, como el derecho a la libertad de información y expresión que, ante la existencia de posibles supuestos de controversias, serán dirimidos mediante el recurso a la vía de la *ponderación*, analizando *caso por caso*, sobre la prevalencia existente entre ellos. De nuevo, vemos un estrecho paralelismo con los litigios propios del *common law*.

Todo ello nos conduce a aseverar la estrecha vinculación existente entre el derecho a la supresión de los datos personales, con la salvaguardia del derecho fundamental a su defensa frente al uso de la informática (artículo 18.4 de la *Constitución Española*), y con su protección legal que se incardina en el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁴, y cuyo artículo 11 se ocupa, cabe reseñar, del respeto a la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo, al reconocer los derechos a la libertad de expresión, así como a recibir y a comunicar su información. Por su parte, el Convenio del Consejo de Europa (núm. 108) regula la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

²² RGPD 2016/679.

²³ Sentencia 58/2018, del 4 de junio.

²⁴ 2010/C, 83/02.

En síntesis, *en concreto*, por lo que respecta al derecho al olvido, resulta un hecho incontrovertible que viene a configurar: a) una vertiente del derecho a la protección de datos personales frente al uso actual de la informática; b) un mecanismo de garantía para la preservación de los derechos a la intimidad y al honor; c) un derecho autónomo, a pesar de su estrecha conexión con los derechos a la intimidad y al honor²⁵.

El Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) sigue los criterios ya expuestos²⁶, en la medida que ya se había pronunciado en la STS 545/2015, del 15 de octubre. Los hechos parten de una búsqueda que, a través del nombre y apellidos del demandante llevaba, vía Google, a una publicación del Boletín Oficial del Estado (BOE), de 1999, en la que se le indultaba de una pena de prisión a la que fue condenado en 1990. El TS declaró ilícito el tratamiento de datos del motor de búsqueda. La condena se debe a que, tras dicha búsqueda por nombres y apellidos, apareciese la página del BOE en la que se recogía el indulto. Lógicamente, no condena su aparición en el boletín ni que dicha página pueda aparecer en el buscador utilizando otros patrones de búsqueda. En relación con el tratamiento de datos, puede ocurrir que, al referirse a legitimaciones distintas, no proceda el ejercicio del derecho de supresión frente al editor original aunque se admita respecto al motor de búsqueda.

El asunto se genera, obviamente, debido a un tratamiento automatizado de datos. Su revelación, inicialmente, puede ser considerada como adecuada para que la sociedad esté informada, y el daño provocado por haber trascendido es posible que constituya una obligación a soportar. No obstante, para poder solicitar con garantías la supresión de datos que no sean del agrado de una persona de los motores de búsqueda ha de probarse que son de alguna manera ilícitos, en función de las *circunstancias concurrentes*, que nos recuerdan la máxima orteguiana de “yo soy yo y mis circunstancias y si no las salvo a ellas no me salvo yo”, tal como la expuso Ortega y Gasset, referente del pensamiento español, en su obra *Meditaciones del Quijote*. Sin olvidar tampoco su equivalencia

²⁵ Cfr. TJUE, en el asunto C-131/32, *supra*.

²⁶ Sentencia 210/2016, del 5 de abril.

en el Derecho angloamericano que bien pudiera sintetizarse en la frase “*In the light of circumstances arising in each legal case*”.

Por último, aunque por orden de menor importancia, es de resaltar el hecho de que, sin el menor género de dudas, no cabe desconocer tampoco la influencia del *factor tiempo* en el derecho, porque resultó de trascendental importancia en la resolución final del proceso. De ahí que para el TS no hubiera pasado inadvertida esta circunstancia en la decisión final del pleito. Por ello, en sus fundamentos jurídicos se hizo hincapié en

un tratamiento que inicialmente pudo ser adecuado a la finalidad que lo justificaba puede devenir por el transcurso del tiempo inadecuado para la finalidad con la que los datos personales fueron recogidos y tratados inicialmente, y el daño que cause en derechos de la personalidad como el honor y la intimidad, desproporcionado en relación al derecho que ampara el tratamiento de datos.

Del mismo modo, al hilo de lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia del 18 de septiembre de 2014, en el caso Brunet contra Francia, el derecho a la supresión de los resultados, por parte del afectado, tras realizar una búsqueda de su nombre y apellidos en un determinado buscador, se deberá juzgar valorando todas las *circunstancias* del caso. Para ello se tendrán en cuenta la veracidad de la noticia, el enlace respectivo, la proyección pública de la persona, el derecho a la información de los internautas, el factor tiempo, así como también la posible pertinencia y proporción.

Entre todos estos aspectos señalados con anterioridad, debemos hacer mención de la trascendencia de la veracidad, como uno de los elementos básicos, ante la presencia de noticias inexactas en cuanto al contenido de un enlace, ya que constituye un argumento decisivo para la defensa del derecho a la protección de datos del ciudadano afectado por la libertad de información, como establece el Tribunal Supremo²⁷. En este caso, el fallo fue contrario a Google, ya que la información difundida sobre el sujeto perjudicado por su motor de búsqueda adolecía de veracidad. Todo ello, como consecuencia de las noticias vertidas en torno a tres cazadores

²⁷ Sentencia del 11 de enero de 2019.

furtivos, puesto que el agraviado había demostrado con anterioridad su inocencia.

En la segunda de las resoluciones reseñadas, se hizo referencia a la difusión realizada por Ediciones El País, S.L., a través de su sitio web, de una noticia publicada por el diario *El País*, titulada “El hermano del... detenido por presunto tráfico de drogas, ingresado en un hospital”. Para llegar al fondo de este tipo de asuntos, se debe partir del hecho de que la finalidad de divulgar una información ya se obtuvo cuando se publicó la noticia en los años 80, en una edición en papel del diario; por ello, se deduce que el volcado de la hemeroteca al soporte digital tenía una finalidad mercantilista, en forma de incremento de los ingresos publicitarios. De ahí, se estimó en la sentencia que el interés económico de Ediciones El País, S.L. no debería prevalecer sobre los derechos al honor, a la intimidad y la protección de datos de las personas demandantes, pues no son personajes públicos y han superado además sus problemas de adicción a las drogas. En resumen, no se les debía de negar un derecho al olvido.

Ciertamente, certifica la sentencia

[el derecho al olvido] no ampara que cada uno construya un pasado a su medida, obligando a los editores de páginas web o a los gestores de los motores de búsqueda a eliminar el tratamiento de sus datos personales cuando se asocian a hechos que no se consideran positivos.

Y se añade también en la misma

tampoco justifica que aquellos que se exponen a sí mismos públicamente puedan exigir que se construya un currículum a su gusto, controlando el discurso sobre sí mismos, eliminando de Internet las informaciones negativas, “posicionando” a su antojo los resultados de las búsquedas en Internet, de modo que los más favorables, ocupen las primeras posiciones”.

Todo ello, para concluir: “de admitirse esta tesis, se perturbarían gravemente los mecanismos de información necesarios para que los ciudadanos adopten sus decisiones en la vida democrática de un país”.

En aras de la buena lógica, se procedió a la *ponderación* de la protección de los datos, en relación con el derecho al olvido, con la finalidad de dirimir la procedencia del plazo de caducidad de una acción. El TS estimó que la acción ejercitada no había caducado, pues persistía el tratamiento de datos personales, causante de un daño por la vulneración del derecho al honor y a la intimidad del demandante. Se consideró al editor de una página web en la que aparecen datos de carácter personal como responsable de que el tratamiento de tales datos respete las exigencias derivadas del principio de la calidad de los mismos. En esta clase de litigios, interesa dejar constancia de que se requiere proceder a la ponderación entre el ejercicio de la libertad de información, propio de las hemerotecas digitales, y el daño causado a los derechos de la personalidad, esto es, a los derechos al honor, a la intimidad y a la protección de datos personales de aquellas personas que pueden quedar afectadas por las informaciones en los llamados almacenes digitales.

En la línea seguida por el derecho angloamericano, los elementos a considerar son, por un lado, el potencial ofensivo que comporta para los derechos de la personalidad la información publicada, y el *interés público* (*matters of public interest*) que implica la aparición de la información vinculada a los datos personales del afectado. Este interés tiene que estar alejado por el gusto al cotilleo o la maledicencia y la difamación que están tan extendidos en los medios de comunicación social (*mass media*), en la actualidad.

Otrosí, como se recoge en su fundamento jurídico sexto, el *interés público* en la formación de una opinión fundada sobre los asuntos que guardan trascendencia para el correcto funcionamiento de una sociedad debe diferenciarse del *interés del público*. Consideración especial merecen aspectos particulares tales como las miserias de sus conciudadanos que no son sujetos de relevancia pública y, en muchos casos, se trata de noticias que han sucedido incluso con bastante anterioridad. Conviene subrayar que, en el caso U.S. Department of Justice *vs.* Reporters Committee²⁸, se utilizó cierta semántica (*obscuridad práctica*) para hacer mención de que, con una simple búsqueda por Internet, pueda accederse al perfil completo de la persona a la que concierne la situación creada, con inclusión

²⁸ 109 S. Ct. 1468, 1989.

de informaciones obsoletas que son gravemente perjudiciales para su reputación y su vida privada.

d) Intromisión ilegítima tras el fallecimiento de una persona de cierta relevancia pública. Recientemente, el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil²⁹ tuvo que dirimir una demanda dentro del mundo de la tauromaquia, sobre un tema un tanto controvertido ante la oposición que existe, en el presente, en ciertos sectores de la sociedad respecto de las celebraciones de la llamada en España “fiesta nacional”.

La parte demandada, concejal de una formación política, activista del movimiento animalista, con motivo del fallecimiento del Sr. Eutimio, llegó a proferir expresiones en tono vejatorio, tales como “asesino”, que fueron publicadas en su cuenta de Facebook³⁰ pocas horas después de su muerte (corneado por un toro), que se consideró que excedían de la mera crítica hacia su persona y profesión.

Dicha conducta provocó gran dolor entre sus familiares por la subsiguiente falta de respeto hacia el difunto, personaje de cierta relevancia pública. Como se indica en el artículo 4.6 de la Ley Orgánica 1/1982, se debe permitir la protección de las personas fallecidas, incluso cuando la intromisión ilegítima se produjera tras su muerte, puesto que, como se afirma en la Exposición de Motivos, aunque se extingan los derechos de la personalidad, su memoria constituye una prolongación de esta última y merece la tutela del derecho. Además, hubo constancia de que todos los medios de comunicación nacionales se hicieron eco del mensaje.

En su artículo 7.7, se considera que existe una intromisión por la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor mediante acciones o expresiones que lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. En el plano doctrinal, dicha dignidad personal queda reflejada en el sentimiento de la persona afectada y en la consideración de los demás.

²⁹ Sentencia 201/2019, del 3 de abril.

³⁰ Cfr. Fundamento de derecho 1, antecedentes del caso, en el que se recogen las graves manifestaciones realizadas.

En sus fundamentos jurídicos, se hizo constar que los *usos sociales* delimitan la protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, según establece el artículo 2.1 de la citada ley. Estos usos sociales, normativos o no normativos, configuran un conjunto de prácticas, pautas y reglas de comportamiento, generalmente admitidas por una sociedad o en algunos de sus sectores, y que afectan a numerosos aspectos de nuestras vidas. Debemos dejar constancia de que la doctrina constitucional y la jurisprudencia de esta Sala reconocen la legitimidad de la información y opinión frívola, de espectáculo o entretenimiento, que puede ser algo más ácida para los personajes afectados que aquel género tradicional, de acuerdo con dichos *usos sociales*, sin que el buen gusto sea un factor que configure, en la actualidad, un límite a la libertad de expresión³¹.

En cumplimiento de lo dispuesto en su apartado 2.2, deducimos que no existió, a nuestro entender, la posibilidad de que se pudiera esgrimir autorización alguna por la ley, de una manera expresa, en cuanto a la referencia a la intromisión, ni se produjo, mucho menos aún, el consentimiento de un modo expreso, por parte del titular del derecho.

A su vez, cabe recordar que los derechos de la personalidad, contenidos en el artículo 18 de nuestra *Constitución Española*, constituyen una exigencia propia de una sociedad democrática. De ahí se deriva lógicamente que su conculcación quedara suficientemente probada mediante una vulneración grave e innecesaria. Por lo tanto, se determinó que las libertades de expresión e información del artículo 20.1.a) y d) de la *CE* no deben considerarse absolutas sino más bien funcionales.

La jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional se reafirma en la tesis de que estos derechos fundamentales son conceptos jurídicos normativos, cuya configuración y precisión se delinean en torno a normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, en la dirección adoptada por el *common law*³². En lo que atañe a su contenido, este derecho protege frente a los atentados en la reputación personal, entendida como

³¹ STC 51/2008.

³² Cfr. SSTC 180/1999, del 11 de octubre; 52/2002, del 25 de febrero; y 51/2008, del 14 de abril.

la apreciación que los demás pueden tener de una persona, con total independencia de sus deseos³³, impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen su descrédito³⁴, siguiendo un *criterio objetivo*, como en el caso del derecho angloamericano.

En esta línea de argumentaciones, es muy loable apostillar la unificación de doctrina existente entre el TC y el TS ante la posible existencia de un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor por su reiterada defensa de la *ponderación* necesaria para poder resolverlo. Como punto de partida se tiene en cuenta la posición prevalente, aunque no jerárquica, que sobre los derechos de la personalidad ostenta el derecho a la libertad de expresión. Todo ello, siempre en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre y unida al pluralismo político dentro del Estado.

Los derechos fundamentales consagrados en la CE, sin el menor género de dudas, responden a principios y valores plurales. Dicha pluralidad no está organizada por un criterio de jerarquización, sino de ponderación. Por lo tanto, la solución de la colisión entre derechos fundamentales y sus principios tiene en cuenta aquellas *circunstancias concurrentes* en cada caso concreto (*case by case law*, *cfr. supra*, en una línea que parece bastante idéntica a la seguida por el *common law*), y las condiciones bajo las cuales un derecho prevalece sobre el otro.

Conviene recordar que, conforme estipula el Convenio Europeo (*supra*) en su artículo 10, “la defensa de la reputación o de los derechos ajenos” tiene que ser *proporcionada*. En este precepto se establece que “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras”. Como se recoge en el apartado segundo “el ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o

³³ Cfr. STC 14/2003, del 28 de enero.

³⁴ Cfr. STC 216/2006, del 3 de julio.

sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática para [...] la protección de la reputación o de los derechos ajenos”.

Desde una perspectiva jurisprudencial, cabe reseñar una interesante sentencia del 20 de noviembre de 2018 en el caso Toranzo Gómez³⁵ del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al señalar, al respecto, que la naturaleza y la severidad de las sanciones impuestas deben ser factores, muy a tener en cuenta, en el mismo *instante* en el que se procede a la evaluación de la *proporcionalidad* de la interferencia. A continuación, se argumentó el siguiente criterio “si bien es perfectamente legítimo que las instituciones del Estado, como garantes del *orden público institucional* (*supra*), estén protegidas por las autoridades competentes, la posición dominante ocupada por dichas instituciones exige que las autoridades actúen con moderación en el recurso a la vía penal”.

Ciertamente, a título de breve comentario, podemos añadir la necesidad de reseñar que, en lo que incumbe al litigio sometido a nuestro análisis, en este apartado, interesa poner de relieve que se trata de la estimación de una demanda civil, en otros términos, de consecuencias bastante menos severas que el pleito del que procede la mencionada decisión del TEDH (*supra*).

En síntesis, de acuerdo con la doctrina reiterada por nuestro Tribunal Supremo en este tipo de contextos se considera, en primer lugar, la relevancia pública o el *interés general* de la cuestión sobre la que se han vertido las opiniones, bien por la propia materia a la que alude la noticia o el juicio de valor por razón de las personas, en otras palabras, porque se proyecte sobre quienes ejercen un cargo público, una profesión de notoriedad o con proyección pública. En segundo lugar, se requiere una necesaria *proporcionalidad* en la difusión de las opiniones, ya que se proscribe el empleo de expresiones que sean manifiestamente injuriosas, vejatorias, y que no guarden relación o que no resulten necesarias para transmitir una opinión o una idea crítica.

³⁵ Cfr. Otegui Mondragón *vs.* España, nº 2034/07, 58 CEDH 2011.

Para concluir con el análisis de estos casos que hemos venido abordando, en lo que incumbe al procedimiento conducente a la retirada de determinados resultados, en primer término, la persona perjudicada por la información que se estima desproporcionada deberá dirigirse en su reclamación al motor de búsqueda de la entidad que ha tratado sus datos, a través de los mecanismos habilitados a tal efecto. El TS ha dejado sentado, de una manera diáfana, el siguiente principio³⁶:

no puede exigirse al gestor de un motor de búsqueda que por su propia iniciativa depure estos datos, porque ello supondría un sacrificio desproporcionado para la libertad de información, a la vista de las múltiples variables que debería tomar en consideración y de la ingente cantidad de información objeto de procesamiento y tratamiento

No obstante, admite “que puede exigírsele que dé una respuesta adecuada a los afectados que ejerciten sus derechos de cancelación y oposición al tratamiento de datos”.

En segundo término, en el supuesto de que el gestor del motor de búsqueda no responda o lo haga de una manera insatisfactoria para el ciudadano, el agraviado tiene el derecho de opción que va desde la interposición de una acción civil frente al motor de búsqueda, hasta la posibilidad de poder entablar una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos, cuya resolución será susceptible de recurso ante los tribunales ordinarios de justicia. El periodo, en cuanto a los plazos aplicables, del legislador nacional y del poder legislativo europeo, sigue siendo un asunto pendiente de ser solucionado de un modo más claro en un futuro inmediato.

³⁶ Cfr. Sentencias 545/2015, y 210/2016, *supra*.

3. Derecho a la intimidad y derecho de daños desde la perspectiva del *common law*. Consideración especial del derecho de Estados Unidos

A) Orígenes de los principios jurisprudenciales sobre el derecho a la intimidad. Desde nuestro punto de vista, el derecho a la intimidad (*right to be let alone*) se integra dentro de la categoría general de los derechos humanos al afectar a la privacidad de las personas. Su origen pudiera tener las raíces en el derecho natural, con una indudable pertenencia al derecho constitucional. De ahí, cabe incardinar su entorno jurídico dentro de la esfera de la categoría del derecho de daños (*torts*). El Tribunal Supremo es el máximo garante implícito y explícito de la protección jurídica de la intimidad de las personas en supuestos de intromisiones. Su defensa está reconocida en la Carta Magna, que entró en vigor en 1789 y que ha sido objeto de enmiendas en 27 ocasiones.

Las mentadas afirmaciones se enclavan en casos históricos (*landmark cases*), tales como los que vamos a mencionar a continuación, siguiendo un orden cronológico. Así, en *Union Pacific Railway Co. vs. Botsford*³⁷, el Tribunal Supremo no reconoció el derecho de un acusado en una acción civil de obligar al demandante a un examen físico, pues dicha petición conculcaría otro derecho más sagrado, y con mayor protección legal existente en el derecho común: el que goza cualquier individuo sobre la posesión y control de su propia persona, libre de toda restricción o interferencia de otros sujetos.

En *Pierce Governor of Oregon et al. vs. Society of the Sisters of the Holy Names of Jesus and Mary*³⁸, a propósito de la invalidación de la imposición de la educación pública en el estado de Oregón, el TS se manifestó, de nuevo, sobre estas cuestiones. Este litigio, referente incontrovertible en los asuntos relacionados con el derecho a la intimidad, fue decisivo en la ampliación de las garantías procesales (*due process of law*), tal como aparecen recogidas en la Enmienda XIV de la *Constitución Norteamericana*.

³⁷ 141 U.S. 250, 1891.

³⁸ 268 U.S. 510, 1925.

El tema de las escuchas telefónicas se suscitó inicialmente en otra trascendental decisión, *Olmstead vs. Estados Unidos*³⁹, en la que el demandante, gerente de una empresa, en un caso de ventas ilegales de licor, alegó que el Estado violó las Enmiendas IV-V, por haber realizado unas escuchas telefónicas (*wiretapping*), que consideró constitutivas de un registro y de una inspección contrarias a derecho y que, por lo tanto, no podían estar justificadas (*unreasonable searches and seizures*). El célebre juez Brandeis, disidente de la mayoría que dirimió la *litis*, emitió una opinión que ya ha pasado a los anales de la jurisprudencia estadounidense, en la que afirmó que los creadores de la *Constitución Norteamericana* se comprometieron a que se garantizaran las condiciones favorables para la búsqueda de la felicidad de todos sus ciudadanos, en orden a que los gobiernos defiendan el derecho más valorado por los hombres civilizados. Por añadidura, toda intrusión injustificable sobre la privacidad del individuo, cualesquiera que sean los medios empleados, debe considerarse una violación de sus derechos.

En relación con la obligación que tiene un preso de verse sometido a un proceso de esterilización⁴⁰, la Corte Suprema (opinión escrita por el juez Douglas) llegó a la firme conclusión de que se infringió la cláusula de igual protección de la Enmienda XIV por el mencionado Estado, por haber “pisoteado uno de los derechos civiles básicos del hombre debido a que el matrimonio y la procreación son fundamentales para la existencia y supervivencia de una raza”.

Brilla también con luz propia el famoso proceso⁴¹ que expresamente evocó el derecho a la intimidad, con motivo de la prohibición recogida en un estatuto del estado de Connecticut, en relación con la utilización de instrumentos o medicamentos que pudieran evitar embarazos en las relaciones entre esposos. El Tribunal Supremo estimó que la decisión sobre la posibilidad de abortar se configura en el ámbito de la vertiente privada de las personas. De ahí que, de acuerdo con la opinión del juez Goldsberg, únicamente debería de presidir las relaciones entre la paciente

³⁹ 277 U.S. 438, 1928.

⁴⁰ *Skinner vs. Oklahoma*, 316 U.S. 535, 62 S. Ct. 1110, 1942.

⁴¹ *Estelle T. Griswold and C. Lee Buxton vs. Connecticut*, 381 U.S. 479, 1965.

afectada y el médico, posición que adoptó con fundamentación jurídica en la aplicación de la Enmienda IX, que reconoce que los derechos específicos enumerados en la Declaración de Derechos no son exhaustivos.

Posteriormente, dicho razonamiento legal se extendió a personas no casadas con el claro objetivo de proteger el cumplimiento del principio de protección a la igualdad (*equal protection clauses*). Todo ello siguiendo la argumentación establecida en otro litigio que sería de un gran calado práctico, en el futuro de la jurisprudencia de los Estados Unidos, como es el pleito *Eisenstadt vs. Baird*⁴² que tuvo que dirimir la Corte Suprema, en cumplimiento de la cláusula de igual protección de la Enmienda XIV. No podía permitirse el uso de anticonceptivos a los adultos casados y su prohibición a los solteros por atentar al derecho a la privacidad sobre la elección de engendrar un hijo.

Otro caso clave en el organigrama legal estadounidense, en lo que incumbe al derecho a la intimidad, fue resuelto por el Tribunal Supremo, apenas un año más tarde⁴³, en el que se citó precisamente el pleito anterior. En su sentencia se estableció la inconstitucionalidad de la legislación del estado de Texas mediante la restricción de las prerrogativas que otorgaban al poder legislativo plenas facultades contra el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. La interpretación judicial de esta decisión, favorable al derecho a la privacidad, fue tan trascendental que su aplicación se hizo extensiva, como objeto de obligado cumplimiento, al resto de los otros 49 estados que componen la nación americana, en virtud de su fuerza vinculante, mediante la cláusula que otorga plena fe y crédito a las decisiones firmes (*full faith and credit clause*).

El rosario de casos que están relacionados bien con el derecho de una mujer a elegir sobre la continuidad de un embarazo, en reconocimiento al derecho constitucional a la privacidad o bien con la libertad de los homosexuales, es interminable en cuanto a su exposición. Entre otros muchos, señalamos algunas otras resoluciones que muestran la evolución de las decisiones

⁴² 405 US 438, 1972.

⁴³ *Roe vs. Wade*, 410 US 113, 1973.

de la Corte Suprema. Así, por una parte, en *Lawrence vs. Texas*⁴⁴, en otro histórico fallo sobre la libertad de las personas homosexuales, con base en la cláusula de debido proceso, se reconocieron sus derechos humanos; por otra parte, en *Planned Parenthood vs. Ashcroft*⁴⁵, se aprobó un estatuto de consentimiento de los padres que contenía un mecanismo de derivación judicial; en *Rust vs. Sullivan*⁴⁶, se juzgó la utilización de fondos de planificación familiar; y en *Ayotte vs. Planned Parenthood of Northern New England*⁴⁷ se tuvo presente la importancia de proteger la salud y seguridad de las mujeres en cuestiones sobre el aborto.

B) Categorías de los distintos daños aplicables al derecho a la intimidad. Por otra parte, es de suma importancia dejar constancia de que una gran mayoría de Estados norteamericanos garantizan el derecho a la intimidad, mediante el recurso al reconocimiento de cuatro distintas clases de derechos de daños (*mini torts*), como son los que mencionamos a continuación:

a) *Intrusion upon seclusion or solitude, or into private affairs*. En esta categoría, el demandante plantea una reclamación si existe invasión de su intimidad domiciliaria (*into one's private quarters*), física o electrónica (*physical or electronic*), y la vulneración de sus derechos pudiera ser susceptible de ser calificada de sumamente ofensiva, siguiendo el *criterio objetivo* de una persona razonable (*highly offensive to a reasonable person*). Todo ello, de acuerdo con la normativa contemplada en el RESTATEMENT 2d OF TORTS, 652 b, American Law Institute, y en el plano jurisprudencial, en la línea establecida en el pleito *Froelich v. Adair*⁴⁸.

La defensa en este litigio demostró que el juicio por libelo planteado por la esposa debido a la homosexualidad del marido no podía sustentarse en base legal alguna. Las pruebas presentadas por su cónyuge, consistentes en aportar un número indeterminado de vellos púbicos de su esposo, procedentes del hospital en el que estuvo internado, se integraban dentro

⁴⁴ 539 US 558, 2003.

⁴⁵ 462 US 476, 1983.

⁴⁶ 500 US 173, 1991.

⁴⁷ 546 US 320, 2006.

⁴⁸ 516 P.2d 993, Kan. 1973.

del privilegio de confidencialidad, por lo que no podían ser admitidas en un procedimiento de difamación realizado por escrito.

La vulneración del derecho a la intimidad de una persona se protege de una manera especial en el ámbito privado. Ahora bien, la defensa de su privacidad pudiera ser admisible en otros muchos campos del derecho en los que se invade la esfera personal de un sujeto. Estos múltiples casos pueden incluir desde la posibilidad de que al tomarse una foto en una tienda de electricidad, mediante la puesta en marcha de un ventilador, quedaran al descubierto prendas íntimas de una clienta, hasta el impacto causado por la presencia de nuevas tecnologías, en los que la defensa de la intimidad tendrá que ser ponderada mediante la aplicación de un gran control y precisión.

Destaca en este apartado el famoso caso Nader⁴⁹. El demandante, un célebre activista defensor de los derechos de los consumidores, fue objeto de intimidatorias *llamadas telefónicas*, después de haber anunciado la inminente aparición en la prensa de unas publicaciones suyas, en las que denunciaba la existencia de fallos en los controles de seguridad de automóviles de emblemáticas compañías, como General Motors. El tribunal afirmó que un mero acopio de datos relativos a las actividades que realiza una persona no constituye motivo suficiente como para que se alegue, por parte del demandado, el derecho de confidencialidad, en relación con una información de naturaleza privada que se pueda divulgar por el actor. De nuevo, se adoptó el *criterio objetivo* para rechazar la demanda por ser poco razonable.

Posteriormente, en la *litis* Dietemann *vs.* Time, Inc.⁵⁰, se denegó de manera clara que una fundamentación jurídica por la cual la substracción de datos, la invasión del domicilio o el lugar de trabajo del demandado, pudieran ser constitutivas de conductas lícitas o justificadas al amparo de la aplicación de la Enmienda I de la *Constitución*. En el caso controvertido, un agente secreto se infiltró en el hogar de un curandero para intentar desvelar los secretos de sus prácticas medicinales llevadas a cabo con sus pacientes.

⁴⁹ 25 NY 2d 50, 1970.

⁵⁰ 449 F. 2d 245, 9th Cir. 1971.

b) Public disclosure of embarrassing private acts. La publicación de detalles y aspectos particulares sobre la vida privada de una persona puede ser constitutiva también de una invasión de la privacidad. En esta clase de situaciones, se ha venido aplicando idéntico *test objetivo* al señalado en el apartado anterior. Resulta ser un factor clave, según nuestra opinión, siguiendo principios constitucionales, el hecho de que no haya constancia de la información de la que se trata, a través de documentos, registros o archivos públicos.

Así, en *Cox Broadcasting Corp vs. Cohn*⁵¹, la compañía demandada, una importante empresa de difusión en el campo de los medios de comunicación social (*mass media*) divulgó una información referente a una violación, cuya víctima había ya fallecido, en contravención de la legislación estatal. El Tribunal Supremo dejó establecido claramente el principio de que los progenitores carecían de derecho constitucional alguno para formular una demanda por vulneración de la *intimidad*, debido a que los datos constaban en el escrito de acusación y procesamiento.

Unos años más tarde, el propio Tribunal Supremo en *Florida Star vs. B.J.F.*⁵² admitió que, en todos aquellos litigios en los que el interés del Estado sea de una máxima relevancia, deben admitirse demandas en relación con la publicación de datos verdaderos, siempre que el asunto al que se refieren sea público, con una absoluta y total independencia del lugar en el que pudiera constar la información objeto de la controversia.

En este estado se ha ido avanzando de un modo muy consistente en la puesta en marcha de la aplicación de la *responsabilidad objetiva (strict liability)*, desde que en su regulación anterior⁵³ se estableciera una normativa por la que se declaraba la existencia de base legal suficiente (*cause of action*), en unos términos generales, para demandar a un vecino que había provocado la contaminación de un fondo colindante aunque no existiera prueba alguna en su contra.

⁵¹ 420 US 469, 1975.

⁵² 491 US 524, 1989.

⁵³ *Vid.* Section 376.313, Florida Statutes, 2001.

El Tribunal Supremo ya había ratificado esta nueva corriente doctrinal, a través de su jurisprudencia en litigios, tales como *Aramak Uniform and Career Apparel, Inc. vs. Easton*⁵⁴. En este proceso, la empresa demandada, que fabricaba y vendía uniformes, contaminó la propiedad del demandante. Los disolventes químicos vertidos en el curso de la fabricación de su producción alcanzaron el suelo y las aguas subterráneas de la vivienda de Easton. Esta actividad comercial se desarrolló durante varios años, y el proceso de descontaminación del terreno se calculó aproximadamente en un periodo cercano a los 30 años. Aunque no había riesgo para la *vida de la familia*, se pudo demostrar como causa principal de que la propiedad se devaluara en la proporción de 153.000 dólares. Todo ello a pesar de que el actor no pudo probar la proveniencia de la polución de la compañía. La sentencia en *Aramak* sigue una línea que se encuentra en una perfecta consonancia legal con otras previas decisiones, como en el caso *Kaplan vs. Peterson*⁵⁵, otra demanda por deterioro medioambiental provocado por el petróleo a una propiedad destinada, en este supuesto, a una *actividad comercial*.

Una vez delimitado el campo de acción de nuestro estudio, estaríamos analizando, sucintamente, una de las normativas en vigor más recientes en Estados Unidos, como es la jurisdicción del estado de Florida, aprobada en 2015, dentro de lo que se entiende como un régimen de prescripción (*statutes of limitation*), ya que se mencionan una serie de plazos que, de no cumplirse, impedirían que la causa siguiera adelante (*time-barred claims*), y que estimamos de sumo interés, en relación con el tema que nos ocupa. Así, en lo que incumbe al tiempo de la presentación de reclamaciones en los supuestos relacionados con libelos, calumnias o difamaciones, el plazo sería de dos años.

c) *Publicity which places a person in a false light in the public eye*. Comenzamos afirmando en este apartado que cualquier sujeto de derecho que pueda sufrir un perjuicio, tras haberse divulgado detalles íntimos de su vida privada, de una manera equivocada o de un modo engañoso (*in a false light*), que pudieran ser calificados como sumamente ofensivos

⁵⁴ 894 So. 2d 20, 28. Fla. 2004.

⁵⁵ 674 So. 2d 201, Fla 5th DCA, 1996.

para cualquier persona razonable (*which a reasonable person would find objectionable*), aunque no fueran difamatorios (*even though the facts themselves may not be defamatory*), que estuviera en una idéntica posición, puede utilizar el recurso previsto a través de esta vía legal. Como vamos a comprobar en esta nueva sección del derecho de daños, se aplica idéntico *criterio objetivo* al adoptado en secciones anteriores.

Siguiendo la línea de argumentaciones expuesta por la jurisprudencia, mencionamos uno de los casos más citados en los anales de la judicatura, como es *Time Inc. vs. Hill*⁵⁶, que desvela una corriente bastante uniforme referente a la mentada publicidad. En este litigio, el Tribunal Supremo juzgó que era necesario que el demandante hubiera conocido que los datos revelados ora eran falsos, ora la conducta del demandado hubiera mostrado una temeraria despreocupación sobre la verdad (para ello, se adoptó el test *reckless disregard of the issue*), o hubiera existido alguna otra falsedad en cuanto al fondo del asunto sujeto a pleito.

En consecuencia, el Tribunal Supremo recurrió al estándar aplicado en el más célebre y laureado litigio de la historia, en lo que se refiere al asunto en liza: *The New York Times vs. Sullivan*⁵⁷, en el que la parte demandante prevaleció en favor de la libertad de prensa. El fallo sentó el más preclaro precedente concerniente al libelo al argumentar que, en orden a probar su existencia, se hubiera requerido una actuación por parte del periódico con una conducta basada en engaño, fraude, con un desprecio absoluto de la verdad. El asunto en cuestión se centró en las afirmaciones de un supervisor de la policía de Alabama (Departamento de Montgomery), quien alegó que el mencionado rotativo publicó una noticia que difundió que, en el cumplimiento de sus funciones, había intentado *aterrorizar* a Martin Luther King y sus seguidores.

Al establecer la regla de la presencia de una intención dolosa (*actual malice*), en orden a apreciar si la información relativa a los funcionarios públicos constituyó un delito de libelo (*libel*), se permitió que, en campañas sobre derechos civiles, se admitiera la posibilidad de informar libremente.

⁵⁶ 385 US 374, 1967.

⁵⁷ 376 US 254, 1964.

El ts, en una decisión unánime, alegó que los tribunales de Alabama habían realizado una interpretación errónea de las Enmiendas 1 y XIV de la *Constitución de los Estados Unidos*, al no haber previsto las necesarias garantías de los derechos de libertad de expresión (*freedom of speech*) y libertad de prensa (*freedom of the press*).

Se debe tener presente que si el material ofensivo fuera publicado en alguna forma efímera, hablada o a través de sonidos, mediante dactilografía, tal como se utiliza en sistemas visuales artificiales de información, o con la ayuda de gestos, pudiera ser constitutivo de difamación. Si fuera sacado a la luz de una manera más duradera, por medio de documentos, películas o discos compactos, se considera libelo.

En la actualidad, se requiere que el demandante, en un caso de difamación, relacionado con funcionarios o personajes públicos, pueda probar que la noticia era falsa o bien que actuó con desprecio de la verdad, de una manera temeraria o que se hizo a sabiendas de su propia falsedad. Esta prueba resulta ser muy rigurosa, pues es muy difícil que se pueda demostrar en la práctica. Con carácter previo a la mencionada decisión, se entablaron cerca de 300.000 demandas por libelo que, en su mayoría, eran procedentes del sur de los Estados Unidos.

Con posterioridad, es cierto que los tribunales de justicia han venido rebajando de un modo paulatino la rigidez de los requisitos exigidos, en lo que incumbe a las *personas particulares*, aunque siempre con el rigor debido. Sirve como exponente al respecto, en dicha dirección, el procedimiento seguido en otro pleito de extraordinaria trascendencia como *Gertz vs. Robert Welch Inc*⁵⁸. En este contexto, el personaje no era público, por lo que el tribunal manifestó que la *responsabilidad objetiva* no era aplicable, en virtud de lo previsto en la Enmienda 1 de la *Constitución Norteamericana*. Por ello, se tenía que probar que el demandado estaba en perfecto conocimiento de que su declaración era falsa o había actuado, al menos, de un modo negligente.

⁵⁸ 418 US 323, 1974.

Todo sin omitir el hecho de que los Estados, como sedes habituales de este tipo de reclamaciones, tienen la libertad de decidir sobre los criterios a seguir relativos a la aplicación de las respectivas responsabilidades civiles de las partes de un proceso. A título de ejemplo, sacamos a colación la legislación del estado de Florida⁵⁹, que prohíbe que el resarcimiento por daños punitivos. En algunos casos, dichos daños que pueden provocar la quiebra de una empresa han sido reducidos, en la misma dirección que la célebre acción civil en un pleito comercial⁶⁰.

Los jueces quedan, por lo tanto, facultados para la reducción de montantes indemnizatorios excesivos fijándose límites en la reparación, que pueden oscilar entre un máximo de 2 millones de dólares o ser el cuádruple de los daños compensatorios, apreciando en su cálculo la presencia de la mala conducta del demandado (*intentional misconduct*), negligencia grave en su actuación (*gross negligence*), con intención clara y manifiesta (*clear and convincing evidence*) de perjudicar al reclamante, supuesto en el que no se establecerían limitaciones en cuanto a su concesión⁶¹.

Tras la resolución del caso Gertz, resulta obvio que el recurrente solo podrá obtener daños reales (*actual damages*), por ejemplo, daños compensatorios (*compensatory damages*), por la pérdida sufrida o por la lesión experimentada, siempre que sea capaz de probar una conducta imprudente del demandado respecto de la verdad que configura el objeto de controversia en el proceso.

Se produce, en consecuencia, un cambio significativo en relación con los fundamentos de imputación de la responsabilidad civil procedente del derecho común o consuetudinario (*common law*), que permitía en casos de difamación, mediante calumnias *per se*, a través de una prueba de la presencia de daños especiales o libelo, excepto cuando no fuera aparente en sí mismo considerado (*libel per quod*), ante una prueba de la

⁵⁹ Cfr. Tort Reform: The 1999 Act; article 1, & 23 of the Florida Constitution, que está dedicado al derecho a la intimidad, *supra*.

⁶⁰ Cfr. *Pennzoil Inc. vs. Texaco, Inc.*, 729 S. W. 2d 768, 788, Tex. Civ. App. 1987.

⁶¹ Cfr. Informes us Gen. Accounting Office, report to the Chairman, Subcomm. on Commerce, Consumer Protection and Competitiveness, Comm. on Energy and Commerce, House of Representatives, verdicts and case resolution in five States, 2 GAO/HRD.

existencia de circunstancias extrínsecas, la concesión de indemnizaciones (*presumed damages*). En apoyo de estas afirmaciones, *Kolegas vs. Heftel Broadcasting Corp*⁶².

Subsiguientemente, en *Dun & Bradstreet Inc. vs. Greenmoss Builders Inc.*⁶³, el estándar se aplicó a litigios de personas particulares envueltos en asuntos de *interés público*. En todos aquellos supuestos en los que fuera un sujeto privado, la prueba de que se procedió de una manera negligente sería suficiente, en virtud de lo preceptuado por los principios constitucionales. En este caso concreto, se abordó la falsedad de los informes de una agencia calificada en cuestiones de investigaciones de créditos, tras haber comunicado a algunos de sus suscriptores que otra empresa del ramo era insolvente. A pesar de la ausencia de una mayoría, el Tribunal Supremo mantuvo en su decisión que procedía el otorgamiento de *daños punitivos*. Es notable confirmar que si bien la materia en discusión no estaba relacionada con preocupaciones que afectarían al público, se concedieron dichos daños, aunque el comportamiento del demandado hubiera sido *negligente*.

En conclusión, el Tribunal Supremo ha establecido una doctrina determinante para fijar la línea divisoria existente entre hechos reales y puras opiniones, que resulta interesante recoger a continuación. Así, entre los cuatro criterios sobre los que dirimió el litigio destacan: 1) el carácter preciso y claro, así como la especificidad de aquellas declaraciones realizadas para alcanzar un porcentaje de las probabilidades existentes en torno a la veracidad del asunto controvertido; 2) la posibilidad a la posible verificación de los juicios vertidos por las partes; 3) el contexto literal en el que tienen lugar las expresiones vertidas por el demandante y el demandado; 4) el escenario público o privado en el que se hubieran producido los hechos que dan origen al pleito suscitado.

Por otro lado, en concreto, en lo que atañe a la publicación o divulgación con engaño de aspectos relacionados con la *vida íntima o familiar* de una persona, los elementos específicos son: a) la existencia real, por parte

⁶² 607 NE 2d 201, 1992.

⁶³ 472 US 749, 1985.

del demandado, de una invasión en la vida del demandante; b) que sea realizada con malicia, esto es, con intención de perjudicar a una persona; c) que haya un engaño al respecto; d) que sea muy ofensiva o que represente una situación comprometida para el perjudicado.

d) Appropriation of name or likeness. En lo que afecta a las cuestiones que pudieran quedar englobadas en este apartado, podemos iniciar su estudio subrayando que los demandantes pueden entablar pleitos en estrecha vinculación con supuestos de hecho, como la apropiación de un *nombre* o la utilización de *fotografías* de otra persona sin el permiso del demandado (*unauthorized use of a person's name or likeness*), dentro de una gran variedad de situaciones, en su propio beneficio económico (*to obtain some benefits*).

Así, se destaca el caso *Flake vs. Greensboro News Co*⁶⁴, en el que un conocido establecimiento comercial dedicado al negocio de la panadería se sirvió de la imagen de una famosa modelo de la época llamada Sally Payne, en traje de baño, utilizando su estilizada figura con la intención de incrementar las ventas, sin haber obtenido previamente su consentimiento. El tribunal que juzgó este asunto estimó necesario que el demandado procediera a compensar a la parte afectada por los daños morales (*nominal damages*) que le había originado tal actuación, con absoluta independencia de que la afectada pudiera demostrar los daños y perjuicios directos y reales causados (*actual damages*) por dicha intromisión.

Debemos poner de relieve que el estado de Nueva York, en una clara aplicación de la legislación sobre derechos civiles (*Civil Rights Law*), entre otros muchos otros, ha venido regulando, desde antaño, por la vía legal estatutaria, todas sus implicaciones en lo que afecta a cuestiones, *verbi gratia*, de publicidad y en relación con distintos ámbitos comerciales. En el fondo, la doctrina subyacente no es otra que la defensa de posibles interferencias en la vida de una persona, causantes de un daño.

Cabe recordar que la *Constitución de los Estados Unidos* garantiza los derechos civiles de todos los ciudadanos norteamericanos, que engloban

⁶⁴ 195 SE 55 NC, 1938.

los derechos humanos que son fundamentales⁶⁵. Desde una óptica federal y estatal, el derecho constitucional puesto en conjunción con diferentes estatutos, reglamentos administrativos y las interpretaciones realizadas por los jueces estadounidenses, que complementan estas legislaciones, han fortalecido dichos derechos paulatinamente. Así, muchos de estos derechos civiles, como el derecho de una persona a no ser sometida a búsquedas injustificadas, se garantizan de una manera explícita por la Carta Magna. En lo que incumbe al tema central de nuestro trabajo, sirve comentar que la Corte Suprema y los tribunales de justicia estatales han venido desempeñando un rol decisivo para fijar los perfiles jurídicos de la *privacidad* respecto a su definición, puesto que *no está incluida de un modo explícito en la Constitución*.

Conviene observar que, a medida avanza el desarrollo de la ciencia y la tecnología, sobre todo, hacia la década de los años 70, se ha ido incorporando de un modo gradual al área que nos ocupa, con una creciente fuerza, el derecho a la protección de datos (*data protection law*), como una nueva y no menos importante manifestación del derecho a la intimidad, que ha venido a alterar el tradicional orden legal, y el nuevo equilibrio entre la necesidad de la divulgación de ciertas clases de datos y el respeto al derecho a la privacidad, y que somos de la opinión de que requiere un tratamiento especial dentro del seno del derecho a la intimidad. Se trata, claro está, del control electrónico de una persona (*electronic surveillance*).

Aunque este derecho de daños, con frecuencia, se invoca en las demandas dentro de la categoría general del *common law*, en la mayoría de estados se han aprobado estatutos en su defensa legal (*cf. infra*, apartado e). Así, incidiendo en esta afirmación, cabe mencionar una serie de jurisdicciones: el estado de Massachusetts⁶⁶, el estado de Florida⁶⁷, o el estado de Texas⁶⁸.

⁶⁵ *Cfr. Civil Rights Act*, que entró en vigor en 1964.

⁶⁶ *Cfr. MA 201 CMR 1700*, que incluye 12 campos concretos de actuación, relativos a registros físicos y digitales de sus residentes.

⁶⁷ *Cfr. Fla. Stat. Ann 501, 171, 2014*, en relación con asuntos médicos y de seguros.

⁶⁸ *Cfr. Tex-Bus & Com. Code 521.053, 2007*, as amended 2012, que trata de áreas de datos que son tan sensibles, como la salud.

Desde la óptica de nuestro derecho, a nuestro juicio, será de máximo interés, en suma, contrastar la posible interpretación que puedan realizar nuestros tribunales ordinarios de justicia de la reciente normativa de protección de datos personales, en otras palabras, de su aplicación práctica.

Sostenemos, en consecuencia, la tesis de que el desarrollo del derecho, con todos los inherentes avances y los subsiguientes peligros que lleva consigo (*development risks*) no debe desconocer el continuo avance de la ciencia y de la tecnología (*state of art and technology*), ni quedar al margen de ella lo acontecido en el plano transnacional, a través de su gran impacto en los nuevos tiempos. Los jueces nacionales tienen que ser capaces de fijar el contenido del derecho en cada momento histórico. En suma, tanto en las familias del derecho continental como en aquellos otros sistemas que configuran el derecho anglosajón, se tendrá que abordar rigurosamente la problemática del nuevo *orden público legislativo* y el respectivo nuevo *orden público-judicial*, tal como son requeridos por la realidad social.

Esta aplicación del derecho salió a la luz en el caso *In re Facebook Biometric Information Privacy Litigation*⁶⁹, aún pendiente de resolución final, en el que se dirimió una *acción de defensa de intereses colectivos*, partiendo de los avances experimentados por la *ciencia y tecnología*, con motivo de la recogida y del almacenamiento de datos biométricos mediante la utilización de fotografía de personas sin su permiso, lo que originó un riesgo enorme para todos los afectados. Ello debido a que con su uso se puede identificar a una persona y confirmar su identidad, a través de la realización de tratamientos técnicos que recogen información sobre su aspecto físico o bienes corporales o conductuales, como son su imagen facial o huella digital.

Del mismo modo, en *Atlas vs. Carefirst Inc*⁷⁰, en otra *acción de clase*, todavía sujeta a apelación⁷¹, la compañía aseguradora obtuvo el control de todos los *datos* sobre los números de la seguridad social, así como las claves de las tarjetas de crédito de sus clientes, con más de un millón de registros,

⁶⁹ No. 15 -cv- 03747, ND Cal.

⁷⁰ No 16-7-108, DC Cir., 2017.

⁷¹ US Court of Appeals for the DC Circuit., 2017.

con el evidente riesgo de poder convertirse en causa de potenciales daños futuros, si fueran utilizados de manera intencionada por cibernautas con el objetivo de llevar a cabo fraudes mediante actuaciones ilegales.

De una enorme trascendencia es el caso *Carpenter vs. United States*⁷², un pleito relativo a los últimos avances de la tecnología moderna que ha establecido jurisprudencia en materia de telefonía móvil, el ts dirimió sobre la procedencia de la defensa de la privacidad de los registros, al procederse a la búsqueda y localización, sin base judicial. La sentencia se ratificó en la protección jurídica, salvo que existiera una justificación legal, como pudiera ser la investigación de causas penales, puesto que, de otro modo, se estaría conculcando la Enmienda IV de la *Constitución Norteamericana*.

Este mismo año, en *Lab MD, Inc vs. Federal Trade Commission*⁷³, a través de una acción civil, se estimó la urgente necesidad de la protección de datos personales sensibles, que incluían la información médica de más de 10.000 consumidores, tras haber sido hurtados, con la finalidad de evitar, como se aseveró en la causa objeto del litigio, que pudieran ser utilizados en la consumación de futuros delitos bancarios.

De nuevo, en *United States vs. Microsoft*⁷⁴, se requirió la acción del Congreso de los Estados Unidos para proceder a la enmienda del Acta⁷⁵ con el objetivo de que se pudiera aplicar dentro y fuera del país, con motivo de un demanda sobre *almacenamiento de datos*, por parte de la compañía, en Dublín (Irlanda), ante el riesgo de su sustracción aplicando medidas *razonables*, con el objetivo de que los agentes federales pudiesen obtener un mandato judicial para desvelar un posible caso de tráfico de estupefacientes. Para ello, se tomaron una serie de medidas relacionadas con la legislación aplicable en la materia⁷⁶.

⁷² No. 16-402, 585 US, 2018.

⁷³ No. 16-16270, 11th Cir., 2018.

⁷⁴ 584 US, 2018.

⁷⁵ Cfr. Stored Communications Act, 18 USC, 2710.

⁷⁶ Cfr. Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act, CLOUD ACT, Pub. L. 115-141.

Desde un plano federal, las normas que se aplican a las captaciones de mensajes telefónicos (*wiretap laws*) o escuchas sin permiso (*eavesdropping laws*) son de aplicación federal, con vigencia en todas las jurisdicciones de EE.UU. En ámbitos concretos, podemos citar leyes como las que incumben a la defensa de la información privada de clientes de entidades financieras⁷⁷.

En el ámbito estatal, en sede de consumidores y usuarios, podemos mencionar el Acta California Consumer Act of 2018, con garantías superiores al resto de los estados. En cuanto a la seguridad cibernética, Nueva York destaca respecto a sus exigencias informáticas a las empresas que operan dentro de su jurisdicción⁷⁸.

e) Sobre la convergencia de sistemas en torno al derecho continental y el derecho anglosajón (*case law*: orden público). Los antecedentes de la noción del *orden público*, desde una visión del derecho privado, se remontan al derecho romano, a través de las alusiones de múltiples textos a un *ius publicum*, en el sentido más amplio de su aplicación, imposible de derogar mediante la voluntad privada.

En el artículo 29 de la ya citada *Declaración Universal de los Derechos Humanos* se remarca la necesidad de satisfacer sus justas exigencias (*cfr. infra*). Resulta un hecho incontrovertible, según nuestra opinión, que no debiera admitirse ningún tipo de injerencia, por parte de una autoridad pública, en el libre ejercicio de los derechos expuestos, salvo que esté justificada por ley, por causas de seguridad pública, en aras del bienestar económico del país, en defensa del *orden público*, o bien dentro del marco de la protección de los derechos y libertades de otros ciudadanos.

En España, la Sala de lo Civil del TS recurre con inusitada frecuencia a la aplicación del *orden público*. De ahí que sea bastante lógico que nos encontremos con demandas que afectan a colisiones entre los derechos fundamentales de los implicados en un proceso. Tampoco debemos olvidar que la aplicación de esta doctrina puede realizarse de modo coherente desde todas las ramas del derecho. Así, podemos destacar, en esta dirección, su

⁷⁷ Gramm-Leach-Bliley Act, conocida como Financial Modernization Act of 1999.

⁷⁸ *Cfr.* Cyber Security Regulations.

encaje legal entre las normas constitucionales y civiles, ya que su columna vertebral es la persona, pues por su causa, parafraseando a Díez Picazo, existe todo el derecho, reconociendo que el *interés público* no viene a ser otra cosa que una generalización del *interés privado*. Se trata del deber de proteger a la sociedad en cuanto a sus fundamentos nucleares. Si reflejamos el contenido de la STS 9-7-96, vemos de un modo meridiano que los derechos fundamentales de la persona reconocidos en la CE son de *orden público*.

En cuanto a la legislación aplicable, no es baladí afirmar que el *orden público* aparece regulado en el artículo 1-3 del *Título Preliminar* de nuestro *Código Civil*, titulado "De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia", en relación con las fuentes de derecho del ordenamiento jurídico español, el establecer que "la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al *orden público*". En tanto que en su artículo 6-2 se resuelve la cuestión que afecta a la posible disponibilidad y renunciabilidad de la titularidad de los derechos fundamentales, aseverando que los citados derechos están fuera del comercio de los hombres: "la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el *orden público* ni perjudiquen a terceros".

Desde la óptica de la más relevante doctrina española, es una opinión mayoritaria, desde antaño, siguiendo a Federico de Castro, que la inserción del *orden público* debe constar dentro de las cláusulas generales de las leyes, junto con las buenas costumbres, la diligencia del buen padre de familia o un buen ciudadano (lo que nos conduce al criterio de la razonabilidad), la buena fe, el abuso del derecho y la *equidad* (*cfr. infra*, en orden a poner de relieve, de nuevo, la estrecha conjunción existente con el derecho norteamericano); como extensión de los estándares recogidos, con inclusión de los derechos adquiridos, y de la confianza, y todo ello sin afán exhaustivo alguno.

En este sentido, estaríamos ante un interesante punto de encuentro en la línea de las ideas con nuestro derecho civil, que atribuye a lo justo y a las buenas costumbres un protagonismo esencial en lo que atañe a la interpretación de las normas jurídicas, las que funcionan como de *orden*

público, cuando actúan de modo negativo, rechazando apoyo jurídico a los resultados contrarios a la *equidad*.

Aunque carente de definición, como si se tratara de la aplicación de la declaración de un principio general, con su enorme componente de ética y moralidad, que apela a los sentimientos de justicia, puede constituir en la práctica una noción (*unconscionable*), que se ha ido convirtiendo en un conocido remedio del *common law*, particularmente en la esfera de la contratación, pues permite el recurso a la *ponderación*, como ocurre en el marco de nuestro derecho civil español, con la finalidad de proteger la parte más débil en un pleito, en situaciones que pudieran conducir a resultados gravemente injustos (*extreme hardship*) en las decisiones judiciales.

Esta causa de imputación de la responsabilidad civil (*unconscionability*) alude a que en todo comportamiento jurídico ha de existir, al menos, un mínimo de corrección (*fairness*), penetrando así en el ámbito de la justicia material, en sentido estricto. Desde esta posición, pudiera afirmarse que se ha caracterizado sintéticamente, en un intento de traducir su significación a las categorías generales del derecho escrito, como un componente que mezcla el factor de lo irrazonable (*unreasonability*) con otro que pudiera traducirse como injusto. De esta manera, guarda ciertas analogías, desde nuestro punto de vista, por lo tanto, con el principio general de la buena fe, ya que viene a desempeñar en la práctica una función substancialmente coincidente con los criterios adoptados por nuestro ordenamiento jurídico.

Del mismo modo que acontece con el derecho angloamericano, los perfiles legales del *orden público* vendrán definidos por la jurisprudencia, al sentar las reglas cuyo carácter imperativo impedirá su transgresión, aunque sea a costa de limitar la autonomía privada, de la voluntad de las partes contratantes, reconocida en el artículo 1255 del *Código Civil*. Según opina Espín, recordando a Malaurie, mientras el *orden público* defiende los intereses generales de la sociedad sobre los intereses privados, las leyes imperativas pueden proteger un interés particular. En este sentido, interesa recordar que el derecho civil define el *orden público* como el

conjunto de los principios y valores fundamentales de la comunidad, tendentes a conseguir el bien común de la sociedad.

El Tribunal Supremo español en su sentencia del 5 de abril de 1996 (Tol 4305371), referente de toda la doctrina reciente y que fue ratificada en posteriores fallos⁷⁹, estableció que el *orden público* se compone de los principios públicos y privados, políticos, económicos, morales o incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada. Posteriormente, en la resolución del 18 de mayo de 2000, hizo referencia a la relevancia que tiene la tutela judicial efectiva, proclamada por el artículo 24-1 de la *Constitución Española*, para rubricar en su resolución de 5 de febrero de 2002 (Tol 2476744):

el orden público constituye la expresión que se le da a la función de los principios generales del derecho en el ámbito de la autonomía privada, consistente en limitar su desenvolvimiento en lo que los vulnera y que, básicamente, hoy han de tenerse en cuenta, como integrantes del orden público, los derechos fundamentales contenidos en la Constitución.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recientemente, abordó, en su sentencia del 21 de febrero de 2017, en el caso Rubio Dosamantes contra España⁸⁰, el asunto de unos graves comentarios vertidos por tres programas de televisión⁸¹ sobre aspectos de la vida privada de una celebridad mexicana (Paulina Rubio), centrados en el consumo de estupefacientes, en la interrupción voluntaria de un embarazo, y en su orientación sexual, así como en la relación tormentosa que tuvo con su pareja (Ricardo Bofill, Jr.), además de una amplia descripción de las humillaciones infligidas (“maricón, quítate de aquí en la cena de un restaurante”). El TEDH condenó a la parte demandada por unanimidad ante la vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal escudriñó para llegar a la sentencia el contenido de los artículos 18 y 20 de la CE, así como los artículos 1 y 7 de la Ley Orgánica 1/1982.

⁷⁹ SSTs 31-12-1979 y 2-11-1990, Tol 1730006.

⁸⁰ Demanda nº. 20996/10, interpuesta el día 8 de abril de 2010.

⁸¹ Cfr. Crónicas marcianas, Dónde estás corazón y Aquí hay tomate.

De acuerdo con los términos del artículo 41, en sede de indemnizaciones, el Tribunal declaró que en los litigios en los que hay una violación del Convenio y el derecho interno de la agraviada solo permitiera de una manera imperfecta la reparación de sus consecuencias, el Tribunal tiene la plena potestad de poder conceder una satisfacción equitativa. Tras no haber presentado la perjudicada una reclamación por dicho concepto en el plazo establecido, el Tribunal se limitó a mencionar el importe de los perjuicios padecidos.

Con anterioridad, el TS no admitió el recurso de casación y el TC denegó, asimismo, el recurso de amparo. Inicialmente, en mayo de 2005, la demandante promovió una acción civil resulta de modo negativo por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Madrid. Por su parte, la Audiencia Provincial de Madrid desestimó también dicha petición.

El razonamiento jurídico expuesto en la decisión se fundamentó en

el hecho de que la demandante sea conocida como artista por el público español, no implica de un modo necesario que sus actividades o comportamientos en el ámbito privado puedan ser considerados de *interés general*. Los programas basados en aspectos estrictamente privados de la vida de la actora no contenían el componente esencial de *interés público* capaz de legitimar la divulgación de estos elementos, y esto a pesar de la notoriedad social de la interesada, al no tener el público un interés legítimo para conocer ciertos detalles íntimos de la vida de esta.

El fallo añadió a continuación:

incluso si este interés del público existe realmente, así como existe un interés comercial de las cadenas de televisión que emiten este tipo de programas “sensacionalistas”, en este caso estos intereses deben, uno y otro, quedarse en segundo plano ante el derecho de la demandante a la protección efectiva de su vida privada.

El Tribunal sacó a colación que, de acuerdo con lo establecido en la *litis Von Hannover contra Alemania*⁸², la *ponderación* de los hechos y

⁸² N° 59320/00 CEDH 2004-VI.

la *proporcionalidad* de los mismos no debían conducir a la conclusión de que pudiera admitirse que el alto índice de aficionados seguidores en España de los “programas del corazón”, sirviera como excepción a la regla general que reconoce el respeto de la vida íntima de la actora. Posteriormente, en Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. Francia⁸³ se ratificó en la argumentación: “cuando un caso no trata de personajes públicos investidos de funciones oficiales el derecho a preservar el secreto de su vida privada es en principio más amplio”.

El contenido del artículo 29 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, en su apartado 2, tal como ya habíamos mencionado, estipula al respecto:

en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del *orden público* y del bienestar general en una sociedad democrática.

Nos ha parecido oportuno destinar este nuevo apartado, recurriendo a los conceptos aportados por la doctrina del *orden público*, esto es, lo que se entiende como *public policy*, dentro de la práctica que corresponde al ámbito del derecho angloamericano, como parte importante en el proceso irreversible hacia la presente globalización que estamos afrontando en el mundo actual, aunque existan todavía ciertos sectores un tanto reticentes al reconocimiento de este nuevo fenómeno social y jurídico.

Respecto al derecho norteamericano, al tratarse de un derecho judicial, todavía quizás de una manera más que justificada por el carácter de dicha orientación jurídica, debemos convenir en que la fijación del concepto del *orden público* es una materia que corresponderá plenamente a la competencia de los jueces, quienes serán los encargados de llenar de contenido las nociones generales del *orden público*, a través de la configuración de su base legal y su contenido, valorando cada circunstancia

⁸³ CC, nº 40454/07, 91, CEDH 2015.

en su momento histórico, caso por caso (*the full scope of the factors to be considered varies from case to case*).

En algunas jurisdicciones norteamericanas, como ya hemos visto, los jueces recurren a la aplicación de la doctrina *unconscionability* para demostrar que las intervenciones de alguna de las partes involucradas en un proceso han sido contrarias a la justicia, a través de “planes o interferencias” en sus comparecencias. De ahí que estén obligados a actuar para evitar tales comportamientos, pues “repugnarían al buen sentido de lo que debe entenderse como equitativo y decente”, conceptos que se engloban dentro de la categoría legal denominada *equity*.

Esta posición coincide con la expuesta por la doctrina francesa, siguiendo la estela de Simon y Pascanau, que ya recogió también, desde antaño, la pertenencia del *orden público* al dominio de la interpretación judicial, atribuyendo al juez, como árbitro de la lucha por el derecho, la misión de fijar constantemente el contenido de esta noción. En apoyo de nuestra tesis favorable a la coincidencia de ambos sistemas legales en el marco del asunto abordado, como bien reconoce Aguilar Navarro, la trascendencia del *orden público* en el ámbito del derecho civil español es de tal calado que suprimir su presencia en la aplicación del derecho sería como negar la propia existencia de esta disciplina, ratificando que, en sede de *orden público*, debe valorarse “la función cuasilegislativa de los jueces”.

En Estados Unidos, conviene observar de una manera minuciosa que el *orden público* (*public policy/interest*) se aplica, asimismo, a todos los ámbitos del derecho y en todos los niveles jurisdiccionales, pues engloba la esfera federal, estatal y local. En cada uno de los sistemas legales, en el plano mundial, resultan imprescindibles ciertas medidas de seguridad en orden para evitar la aparición de graves incongruencias en sus ordenamientos jurídicos. De ahí la utilización del mecanismo del *orden público* en las familias del derecho continental y en las que configuran el derecho del *common law*.

En la reciente sentencia del caso *Tannerite Sports, LLC, vs. NBC Universal News Group*⁸⁴, el Tribunal de Apelación⁸⁵ tuvo que enjuiciar un supuesto asunto de *difamación*, a través de un famoso medio de comunicación, después de haber extendido una serie de afirmaciones sobre la empresa demandante, a la que se le atribuyó la fabricación de productos explosivos, que bien pudieran ser utilizados en la futura comisión de actos terroristas.

Se analizaron dos cuestiones básicas en la resolución de este famoso litigio: a) en primer lugar, el criterio de la verdad, que siempre debe acompañar a toda afirmación vertida, como ocurre en este caso, dentro de un contexto de *interés público* que, con arreglo a la jurisprudencia estadounidense, “no requiere ser completamente cierta”, sino más bien, “substancialmente cierta”; b) en segundo término, la cuestión relacionada con la *carga de la prueba*, que constituye siempre el eje de todo proceso, lo que nos lleva, parafraseando al célebre jurista Carnelutti, a escudriñar si existe falsedad en torno a la noticia o, por el contrario, podemos estimar su veracidad. Su divulgación, obvio es decirlo, tuvo un amplio impacto, pues se extendió, a través de un impactante artículo publicado en Internet, por la famosa cadena NBC News & Broadcast, recogido, de una manera incendiaria, por todas las redes sociales bajo el título que anunciaba “Bombas a la venta: Explosivos de alta peligrosidad vendidos legalmente”.

Es de sumo interés, a nuestro entender, reflejar una importante aclaración en torno a este tipo de asuntos, en materia de *onus probandi*, que no es otra que aquella, dentro del sistema *common law*, que ha venido atribuyendo a quien sostiene la veracidad de una afirmación cuestionada por la difamación, la prueba de la misma. Sin embargo, como una excepción a esta regla general, debemos hacernos eco de la existencia de un cambio importante, en la actualidad, en la jurisprudencia del mencionado estado, que se inclina, más bien, por la exigencia a la parte demandante, de una serie de criterios mencionados a continuación: a) la falta de certeza de la reclamación expuesta; b) que haya sido publicada a terceros; c) que no exista autorización alguna por la parte actora, d) que haya causado un

⁸⁴ Docket N^o. 15-3485, 2d Cir, July 25, 2017.

⁸⁵ *Cfr.* Segundo Circuito del Estado de Nueva York.

daño, siempre que no sea una difamación *per se*, en otras palabras, en sí misma considerada.

En la decisión final de la presente *litis*, se llegó a la firme conclusión de que la empresa demandante no pudo demostrar la falsedad de estos anteriores asertos, realizados por la parte demandada, en su mayoría, de ahí que se estimara, finalmente, que no debía de prosperar la pretensión expuesta.

Conclusiones

En primer lugar, en el marco de actuación del derecho norteamericano, las decisiones del Tribunal Supremo habitualmente entran en cuestiones de fondo, en el momento de juzgar los hechos de los casos planteados ante su jurisdicción. Por el contrario, nuestras más altas instancias judiciales, cuando analizan los recursos de amparo basados en infracciones, *verbi gratia*, del artículo 18 del comentado Convenio, se pierden en un complejo laberinto procedimental, con una falta de unificación en su doctrina en lo que respecta a la aplicación de las normas, que debieran ser interpretadas de manera más expansiva y favorable en cuanto al respeto de los derechos de los ciudadanos españoles. Esta conclusión resulta del estudio de los precedentes históricos y de los casos juzgados que constan en los anales de los Estados Unidos, que establecen una fundamentación jurídica que marca las decisiones futuras de la jurisprudencia de dicho país.

Estamos asistiendo a graves injerencias en los derechos fundamentales de las personas, que tienen que ser resueltas por las directivas comunitarias y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se debe otorgar amparo a la salud de las personas, evitando un daño al desarrollo de su vida privada y familiar, con independencia de que el perjuicio sea o no extraordinariamente grave. Nuestros tribunales deban alcanzar soluciones basadas en criterios justos de *ponderación* y de *proporcionalidad*, fundamentados en la necesidad de establecer un justo equilibrio entre los intereses que afectan al bienestar económico de las partes y el disfrute efectivo de sus derechos, para que no sean perturbadas en el ejercicio de su vida cotidiana. Interesa analizar, en la dirección expuesta, la sentencia del caso Rubio Dosamantes.

Si tomamos como botón de muestra el incremento de litigios relacionados con el medioambiente y su enorme impacto sobre el derecho a la intimidad, llegamos a la conclusión de que tampoco resulta aceptable admitir, como en López Ostra, que las molestias provocadas por una depuradora no impidan ejercer el derecho al cambio de domicilio, ni justificar que la gravedad del daño no era tan intensa como para causar un trato degradante o inhumano a los demandantes. En el caso Moreno, se podía haber alcanzado, del mismo modo, una solución satisfactoria, a través del daño tangible provocado por el ruido en una zona que impedía llevar una vida normal, que hubiera podido ser objeto de ponderación siguiendo un criterio objetivo, en la línea marcada por el derecho norteamericano, ya que la prueba de la cuantificación de las perturbaciones derivadas de la contaminación acústica causada estaba al alcance de la administración envuelta en la pertinente reclamación. Ello sin necesidad de añadir a la lista la *litis* Cuenca Zarzoso.

En este mundo globalizado que nos ha tocado vivir, no podemos hacerlo de espaldas a la realidad económica, política y social del momento. No debemos sustraernos a las tesis más relevantes y avanzadas de aplicación a la defensa de los derechos fundamentales de las personas, como la intimidad digital frente a los abusos de las plataformas modernas. El estado actual de la ciencia y de los avances de la tecnología, a través de Internet, en conjunción con la aplicación de las técnicas más vanguardistas conocidas y los riesgos del desarrollo, son factores importantes que deben estar presentes en la solución de los casos controvertidos.

Otra solución que no admite más dilación dentro de nuestro ordenamiento jurídico es la incorporación de las acciones de clase, para una defensa de los intereses colectivos; para ello, sería aconsejable seguir el sendero ya trazado con éxito por el derecho norteamericano. El razonamiento parece simple porque estamos asistiendo a un incremento de la publicidad realizada en masa (*mass media*), lo que conduce a una creciente proliferación de las responsabilidades civiles en masa (*mass contracts*), que propicia la aparición constante de los daños en masa (*mass torts*), que requieren unas urgentes soluciones conjuntas (*class actions*), que permitirían un acceso más rápido, eficaz y justo, a la justicia, desterrando así el individualismo procedente del derecho romano. Por ello, nuestra fórmula de solución de los problemas

se puede sintetizar, a través de la conjugación de tres factores, como son la seguridad del tráfico jurídico, la eficacia en la toma de sus decisiones y la rapidez de las mismas.

Fuentes de consulta

- Aguilar Navarro, "El orden público en el derecho internacional privado", *Revista Española de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1953.
- AA.VV., *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, Dykinson, 2014.
- AA.VV., *Comentarios a las sentencias del Tribunal Constitucional en materia civil*, Tirant Lo Blanch, 2015.
- De Ángel Yagúez, R., *La responsabilidad civil*, Universidad de Deusto, 1988.
- De Castro, F., "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor", *Anuario de Derecho Civil*, vol. IV, Madrid, 1982.
- Díez Picazo, L., "Los llamados contratos forzosos", *Anuario de derecho civil*, vol. IX, 1956.
- Díez Picazo, L., "El negocio jurídico de Derecho de familia", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 212, 1962".
- Espín Cánovas, D., "Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites a la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa", *Anuario de derecho civil*, vol. XVI, 1963.
- López Jacoiste, J.J., "Transformaciones y paradojas de la responsabilidad civil extracontractual", Discurso como Académico de Número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1994.
- Lozano Garrote, J. "Derecho al olvido. La protección de datos frente a los motores de búsqueda como Google", *Noticias Jurídicas*, 26/04/2019.
- Pascanau, *L'ordre publique par rapport aux transformations du droit civil*, Paris, 1937.
- Prosser, W., "Privacy", *California Law Review*, vol. 48, núm. 3, 1960, retrieved 17 october, 2013.
- Simon, *L'ordre public*, Rennes, 1941.

- Viguri, A., "Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI: Comentarios al Derecho a la intimidad. Perspectiva del derecho norteamericano", *Los derechos a la intimidad y la privacidad en el siglo XXI*, Dykinson, 2018. págs. 243-251.
- V/LEX, Información jurídica inteligente ([//vlex.es](http://vlex.es)).
- Warren, S. y L. D. Brandeis, "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, vol. 4, núm. 193, 1890.
- Zweigert, K. y H. Kötz, *An introduction to comparative law*, 1977.

Protección de datos personales en el derecho latinoamericano

Hiram Raúl Piña Libien*

Introducción

En el contexto de los derechos civiles y políticos, en el de los derechos económicos, sociales y culturales, así como en de los denominados derechos humanos emergentes, el derecho a la protección de datos personales tiene como propósito fundamental que toda persona se encuentre protegida en contra de todo tipo de intromisión a su intimidad, pues se erige como un derecho a través del cual se asegura la confidencialidad de la información personal.

Desde el punto de vista historicista, los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que la protección de las personas en contra de cualquier tipo de irrupción a su vida privada se proclamó primeramente a través del contenido del Artículo 12 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948, donde se reconoció que “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”.

Otros instrumentos internacionales que en coordenadas similares se han expresado son el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* de 1950 (artículo 8), el *Pacto Internacional de*

* Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, México.

Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 17) y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* de 1969 (artículo 11), en ellos se señala que 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.

A pesar de la amplia claridad con que han reconocido el derecho a la intimidad personal, su contenido resulta insuficiente para hacer frente a los ataques que la vida privada ha experimentado en el marco del proceso de informatización de la sociedad iniciado desde la década de los años setenta del siglo xx.

Ante ello, el constitucionalismo moderno erige respuestas jurídicas para hacer frente a los intrínsecos riesgos que ha traído consigo la masificación del procesamiento de datos.

Un ejemplo es la *Constitución* de 2 de abril de 1976 de la República Portuguesa, que en el artículo 35, por vez primera, fijó límites constitucionales a la utilización de la informática en los siguientes términos:

1. Todos los ciudadanos tendrán derecho a tomar conocimiento de lo que conste en forma de registros mecanográficos acerca de ellos y de la finalidad a que se destinan las informaciones y podrán exigir la rectificación de los datos, así como su actualización.
2. No se podrá utilizar la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate de la elaboración de datos no identificables para fines estadísticos.
3. Se prohíbe atribuir un número nacional único a los ciudadanos.

Otra experiencia constitucionalista que estableció limitaciones al uso de la informática, lo constituye el numeral 4 del artículo 18 de la *Constitución Española* de 31 de octubre de 1978, que, además de garantizar el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones, restringe 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.

Como puede observarse, el establecimiento de límites al uso de la informática por mandato constitucional configuró una primera generación de garantías legales orientadas a instaurar causas legales y administrativas tendentes a la protección de la intimidad informática¹.

En esta tesitura de defensa de la libertad informática, una segunda generación de garantías a la protección de datos personales emergió en el contexto del Estado constitucional, a través de la sentencia 65,1 del 15 de diciembre de 1983, mediante la cual, el Tribunal Constitucional Alemán, además de declarar la inconstitucionalidad de ciertas porciones de la Ley del Censo de 1983, adoptó la denominación *Recht auf informationelle Selbstbestimmung*² para referirse a la libertad individual que asiste a cada persona, para que pueda saber qué informaciones sobre sí han sido anotadas, archivadas, almacenadas, procesadas, asociadas o comunicadas en registros manuales o automatizados, es decir, un derecho a la autodeterminación informativa que representa la posibilidad de saber quién, qué, cuándo y en qué circunstancia sabe sobre nosotros.

Ahora bien, teniendo en cuenta los diferentes sistemas jurídicos contemporáneos, así como los criterios académicos para su clasificación en distintas tradiciones y familias jurídicas, el derecho a la protección de datos personales, al igual que la privacidad, además de asumir diferentes denominaciones, se presenta como la extensión de ámbitos

¹ Al margen de lo apuntado, la histórica *Verfassung des Deutschen Reichs* (1919) estableció un incipiente derecho de acceso a los datos de identificación personal de los funcionarios públicos, que se expresó en los siguientes términos: "Artikle 129. Gegen jedes dienstliche Straferkenntnis muß ein Beschwerdeweg und die Möglichkeit eines Wiederaufnahmeverfahrens eröffnet sein. In die Nachweise über die Person des Beamten sind Eintragungen von ihm ungünstigen Tatsachen erst vorzunehmen, wenn dem Beamten Gelegenheit gegeben war, sich über sie zu äußern. Dem Beamten ist Einsicht in seine Personalsachweise zu gewähren" (Cfr. Wikisource).

[Artículo 129. Se debe abrir una ruta de queja y la posibilidad de un nuevo juicio contra cualquier conocimiento criminal oficial. Las anotaciones de hechos que sean desfavorables para él solo deben hacerse en la evidencia de la persona del funcionario cuando el funcionario ha tenido la oportunidad de comentar sobre ellas. El funcionario debe tener acceso a su evidencia personal (traducción propia)].

² Derecho a la autodeterminación informativa (traducción propia).

conceptuales y valorativos superiores, como son la intimidad personal y la dignidad humana³.

Por ello, el presente trabajo tiene por objeto exponer la protección de datos personales a partir de sus configuraciones de carácter teórico y conceptual, para, a partir de ello, aproximarse a su regulación jurídica en el contexto del derecho latinoamericano, es decir, describir las formas en cómo se protege la intimidad informática desde la perspectiva constitucional y reglamentaria.

2. Intimidad, presupuesto básico para la protección de datos personales

Intimidad es un término que representa una gran complejidad para la lengua española y para la ciencia del derecho. En su etimología, proviene del vocablo latín *intimitas*, que a su vez, deriva de *intimus*, que es el superlativo de *intus*, v.gr. ‘libérrimo’, ‘sapiéntísimo’, ‘estimadísimo’ son expresiones que ponderan en mayor grado la libertad, la sabiduría y la estima hacia una persona.

Al practicar un ejercicio lexicográfico, la Real Academia Española⁴ establece que, en su segunda acepción, *intimidad*, significa ‘zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia’, y, a la vez, la relaciona con el término *intimidar*, el cual proviene del latín *intimidare*, cuya significación es ‘causar o infundir miedo’, ‘inhibir’, ‘empezar a sentir miedo’, ‘inhibirse’.

En esta tesitura, decanta en términos como *intima*, *intimación* e *intimar*, que provienen del latín *intimāre*. Precisamente esta última expresión, en su segunda acepción, significa ‘pasar a tener una amistad íntima’.

³ El término *intimidad* se puede identificar en la doctrina y en las instituciones jurídicas, con expresiones tales como *privacy*, privacidad, *droit à la intimité*, *droit à la vie privée*, *diritto alla riservatezza*, *Privatssphäre*, *Intimsphäre* o derecho a la intimidad.

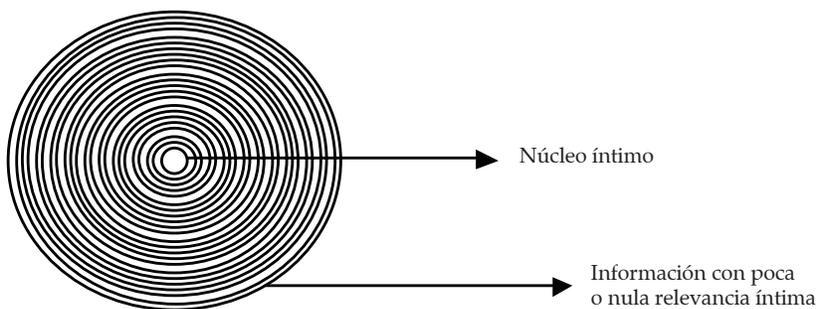
⁴ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*.

Al amparo de este breve bosquejo, *intimidad* es una expresión que tiene como propósito referir aquellas áreas personales o actividades humanas que se encuentran reservadas del escrutinio público, es decir, aquellas que se realizan a los ojos de pocas personas y cuyo conocimiento se encuentra reservado para el propio sujeto o unas cuantas personas. En otras palabras, lo íntimo es lo contrario a lo público, a lo que se realiza frente a la *vox populi*, es lo opuesto a todo aquello que se realiza con transparencia, es una referencia a lo oculto, a todo aquello que se mantiene custodiado celosamente de los entrometidos y que, por tanto, su conocimiento se encuentra limitado o reservado a unos pocos.

Desde el punto de vista jurídico, la intimidad supone el reconocimiento de la potestad individual para desarrollar libremente la personalidad de los seres humanos, la cual se genera a partir de la interacción individual y colectiva, de la familiarización y socialización de los individuos en el núcleo familiar y en el contexto social en que se desenvuelve y desarrolla, en donde resulta el conocimiento claro y específico de ciertas situaciones que son de conocimiento reservado.

Por ello, la autorealización jurídica de la personalidad y su relación con la intimidad y la protección de datos personales se explica a través de dos teorías: de las esferas y de los mosaicos.

La primera de ellas establece que la intimidad de las personas se representa a través de una serie de círculos paralelos y cada uno de ellos representa diferentes grados de información. Conforme nos alejemos del núcleo, estaremos ante la presencia de información de carácter público, con poca o nula relevancia privada; en tanto que los círculos más cercanos al núcleo de la esfera representan los ámbitos de carácter privado, reservado, secreto o íntimo.



Por su parte, la teoría de los mosaicos pretende explicar, desde un punto de vista sociológico, que las personas proporcionamos información con motivo de nuestras cotidianas actividades, por ejemplo, en relación con la administración pública al realizar trámites administrativos o recibir la prestación de servicios de salud; en nuestra diaria subsistencia al adquirir bienes en locales y tiendas comerciales; en las relaciones laborales y contractuales profesionales mediante la exposición de nuestro currículo y la generación de facturas por nuestros servicios.

Otros ejemplos de nuestra conducta y el manejo de nuestros datos personales se visibiliza a través del uso público de redes sociales mediante la exposición de los datos de identificación personal, la publicación sin restricciones de fotografías y comentarios, así como las reacciones que se tengan a determinados *post*; la incorporación de nuestros datos en listas de contactos, seguidores o amigos en determinada red social; nuestros gustos, intereses, sentimientos o estados de ánimo compartidos en ellas, la referencia a nuestra geolocalización en determinado restaurante, espacio público o centro de entretenimiento. Todas ellas son informaciones que por sí solas no presuponen relevancia respecto de nuestros aspectos íntimos o privados, pero que, al ser asociadas entre sí o correlacionadas con otras provenientes de diversa fuente, pueden revelar comportamientos, hábitos, perfiles o patrones de conducta, es decir, pueden exponer aspectos íntimos o privados y nuestra personalidad.



Fuente: elaborado con imágenes de crisolhoy.com, telmex.com, marketingdirecto.com, usa-esta.net, yucatan.com.mx y templates.office.com.

Antes de continuar, es preciso señalar que además de los caracteres jurídicos y sociológicos apuntados, la intimidad posee también rasgos de tipo antropológico y antropo-jurídico, los cuales se expresan a través de definiciones académicas. Las primeras se caracterizan por un carácter existencialista, pues encierran en su contenido, como premisa principal, la libertad y capacidad racional del ser humano, que las posibilitan para decidir con quién comparte información personal, es decir, quién puede tener acceso a los aspectos íntimos y reservados.

Así, por ejemplo, Allan F. Westin, al hablar de la vida privada, entiende que la intimidad es “el retiro voluntario y temporal de una persona que se aísla de la sociedad por medios físicos o psicológicos, sea para buscar la soledad o la intimidad de un pequeño grupo, sea porque ella se encuentre, dentro de grupos más importantes, en situación de anonimato o de reserva”⁵. Por su parte, Luis Manuel C. Méjan afirma que “es un ingrediente existencial, es lo que nos permite hacer nuestra existencia frente a nosotros mismos y frente a los demás”⁶.

Como puede observarse, estas definiciones antropológicas consideran que el hombre, al ser un ente libre y racional, posee una innata capacidad para decidir a quién permite o limita el conocimiento de aspectos personales, experiencias o vivencias.

⁵ Alan F. Westin, *Privacy and freedom*, p. 7, *apud*. Eduardo Novoa Monreal, *Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos*, p. 32.

⁶ Luis Manuel C. Méjan, *El derecho a la intimidad y la informática*, p. 72.

Por otro lado, las definiciones de corte antro-po-jurídico, tomando como base la premisa antropológica, imprimen un nexu causal jurídico a la comprensión de la intimidad. Entre estas definiciones destacan las establecidas por Ana Laura Cabezuelo Arenas y Ana Isabel Herrán Ortiz.

Para la primera, la intimidad es “un derecho innato, surgido con el comienzo de la vida misma del individuo, y consustancial a la naturaleza humana en el sentido de que el hombre no sólo presenta una proyección social, sino que reclama y precisa una forma de encontrarse consigo mismo”⁷. En tanto, para la segunda, la intimidad “constituye un bien personal al que, en modo alguno, puede renunciar el individuo sin resentirse en su dignidad humana. El ser humano es social por naturaleza, pero, pese a ello, no deja de sentir la necesidad de realizar una vida interior, ajena a las relaciones que mantiene con otros individuos y que le permite identificarse como ser humano”⁸.

En suma, estas posiciones nos permiten comprender que el derecho a la intimidad es un derecho fundamental que encuentra su *ratio legis* en la dignidad humana, no solamente por el hecho de encontrarse reconocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos o en los textos constitucionales, sino por ser esencial para el desarrollo de la personalidad, ya que su contenido se encuentra ligado a la forma en como cada uno se desarrolla y vincula en sociedad.

3. El contenido de la protección de datos personales

La preocupación por limitar los efectos adversos de la informatización de la sociedad, particularmente ante el procesamiento de datos personales, previo a su regulación en los textos constitucionales, emergió de la resolución que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa emitió en relación con los derechos humanos y los desarrollos científicos y tecnológicos modernos. En la Resolución 65/509/CE⁹ se consideró que los derechos del individuo

⁷ Ana Laura Cabezuelo Arenas, *Derecho a la intimidad*, p. 18.

⁸ Ana Isabel Herrán Ortiz, *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, pp. 11-12.

⁹ Parliamentary Assembly, *Recommendation 509 (1968). Human rights and modern scientific and technological developments*.

corren grave peligro ante ciertos aspectos como las escuchas telefónicas, la observación subrepticia, el uso ilegítimo de estadísticas oficiales y encuestas similares para obtener información privada, y la publicidad y propaganda subliminales; por ello, el Comité de Ministros recomendó se instruyera al Comité de Expertos en Derechos Humanos para que estudiaran y elaborara un informe en el que se evaluara la legislación nacional de los Estados miembros, para determinar si protege adecuadamente el derecho a la privacidad contra las violaciones que pueden cometerse mediante el uso de métodos científicos y técnicos modernos.

Posteriormente, en ocasión del vigésimo aniversario de la aprobación de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, la Conferencia Internacional de Derechos Humanos al examinar los progresos logrados, en el numeral 18 de la Proclamación de Teherán, expresó: “los recientes descubrimientos científicos y adelantos tecnológicos han abierto amplias perspectivas para el progreso económico, social y cultural, esta evolución puede, sin embargo, comprometer los derechos y las libertades de los individuos”.

A partir de estos eventos, la protección de datos personales fue asumida como un asunto global de atención permanente y condujo a varios países europeos a emitir regulaciones orientadas a proteger la privacidad e intimidad en la era informática¹⁰. A estos esfuerzos siguió un amplio repertorio de guías, declaraciones, resoluciones, recomendaciones, protocolos, instrumentos regionales e internacionales, cuyo común denominador ha sido establecer una serie de principios y políticas orientadas a la uniformidad de los procedimientos de protección de datos personales¹¹.

¹⁰ La primera legislación local promulgada en la materia fue la *Hessische Datenschutzgesetz* (Ley de protección de datos de Hesse) del 13 de octubre de 1970. Suecia fue el primer país que emitió una legislación de carácter nacional relativa a la protección de datos personales, mediante la promulgación de la *Datalag* del 11 de mayo de 1973.

¹¹ Entre los documentos se encuentran los siguientes: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data* del 23 de septiembre de 1980; la *Declaration on Transborder Data Flows* del 11 de abril de 1985; la conferencia de ministros “*A Borderless World: Realising the Potential of Global Electronic Commerce*”, que se efectuó los días 7 al 9 de octubre de 1998, y las *Directrices para la seguridad de sistemas y redes de información: hacia una cultura de seguridad*. Consejo de Europa, *Convenio N° 108 para la protección de las personas con respecto al*

Además, dichos instrumentos se han caracterizado por establecer una conceptualización de los datos personales en términos más o menos homogéneos, expresando que son cualquier información relacionada con un individuo identificado o identificable, es decir, la expresión datos personales se refiere a todos aquellos aspectos consustanciales de cada persona, propios de su dignidad, intimidad, privacidad y confidencialidad, tales como nombre, domicilio, número telefónico, correo electrónico, entre otros.

Sin embargo, los seres humanos somos generadores y poseedores de otras informaciones de carácter personal que, en caso de ser utilizadas indebidamente, pueden afectar nuestra esfera más íntima, pudiéndose generar con ello discriminación o colocarnos en un riesgo grave ante su difusión; los datos personales de carácter sensible son aquellos que pueden develar o reflejar el origen racial o étnico, el estado de salud presente, la expectativa de vida ante el padecimiento de una enfermedad crónica degenerativa, la información genética, las creencias religiosas, filosóficas y morales, la afiliación sindical, las opiniones políticas, la preferencia sexual, entre otras.

Como puede verse, el derecho a la protección de datos personales tiene como propósito salvaguardar la intimidad de las personas ante la posibilidad de que se viole su privacidad con motivo del procesamiento manual o automatizado de su información, estableciéndose para ello un mecanismo de tutela y garantía jurídica que se sustancia bajo los principios de un procedimiento administrativo, jurisdiccional o no jurisdiccional, a través del cual el titular de la información puede, en un primer momento, acceder por sí mismo, o por medio de su representante legal, a los registros que un sujeto obligado de derecho público o privado posee sobre él, con el

tratamiento automatizado de datos de carácter personal del 28 de enero de 1981 y su modificación implementada el 15 de junio de 1999; el *Reglamento (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*, por el que se derogó la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

Asamblea General de la ONU, Resolución 45/95 sobre los *Principios rectores o directrices para la reglamentación de los ficheros computarizados de datos personalizados* del 14 de diciembre de 1990.

propósito de que sean rectificadas o corregidos los inexactos, y cancelados aquellos que hayan sido procesados de forma indebida.

4. La protección de datos personales en el derecho latinoamericano

Una vez establecida la configuración teórico-conceptual de la protección de datos personales es preciso adentrarnos en el análisis de su regulación jurídica en el contexto del derecho latinoamericano, para ello, practicaremos un ejercicio de revisión descriptiva de los textos constitucionales y la reglamentación concerniente a la intimidad informática expedida por los poderes constituidos que conforman los gobiernos de los países del continente americano.

Antes de proceder, debemos advertir un par de cuestiones adicionales. Primero, asumimos un criterio geográfico que excluye aspectos étnico-políticos de la región, es decir, no toma en consideración aquellos países que se encuentran organizados bajo la representación o tutela política de monarquías parlamentarias (Belice), territorios que asumen la forma de no incorporados (Puerto Rico e Islas Vírgenes), y aquellos que forman parte de una posesión de ultramar (Guadalupe, Guayana Francesa, Martinica, San Bartolomé y San Martín). Segundo, privilegiamos una ordenación alfabética sobre una de carácter temporal, pues nuestra intención no es efectuar un análisis historiográfico, sino responder a las interrogantes ¿Cómo se protegen los datos personales en el derecho latinoamericano? ¿Qué innovaciones posee el derecho latinoamericano en materia de protección datos personales?

Para la generación de nuestros argumentos, recurrimos al uso del método de derecho comparado, elaborando para ello una matriz que contiene las disposiciones constitucionales y legales vigentes en el derecho latinoamericano relacionadas con la protección de datos personales¹². Tal ejercicio metodológico permite observar primeramente que, en países como Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Honduras,

¹² Para consultar la matriz, *vid. Infra*.

Paraguay, Perú y República Dominicana, el derecho a la intimidad posee un rango constitucional que lo sitúa como un derecho humano por el cual se reconoce a toda persona la seguridad de que no será objeto de intromisiones, injerencias o ataques a su vida privada, honra y reputación. Visto desde la óptica de los derechos civiles, este derecho a la intimidad constituye una garantía cuyo propósito es vedar la realización de todo acto que cause molestia, afectaciones o privaciones, a la esfera individual y al ámbito familiar, excepto en aquellos casos en que la ley motive la realización de actos de autoridad o molestia.

En segundo lugar, la matriz permite escudriñar que, ante el uso de antiguas técnicas de captura, combinadas con el desarrollo de modernas técnicas de identificación personal como el reconocimiento de los rasgos faciales y la implementación de mecanismos de seguridad a través de circuitos cerrados de televisión, se generaron las condiciones necesarias para que el contenido del derecho a la intimidad se expandiera a fin de reconocer emergentemente el derecho a la propia imagen, tal como acontece en las constituciones de Bolivia, Brasil, El Salvador, Honduras, Paraguay y República Dominicana.

Un tercer elemento que proporciona la matriz es la capacidad de adaptación que presentan los textos constitucionales sujetos a análisis —con excepción de Argentina— para reconocer el derecho a la protección de datos personales con un carácter autónomo, así como la incorporación de mecanismos constitucionales específicos para su protección.

En este sentido, desde el punto de vista del derecho procesal constitucional de las libertades, las constituciones de Brasil, Ecuador, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela prevén la garantía jurisdiccional del Habeas Data; en tanto que las correspondientes a Argentina y Bolivia contemplan la acción de Amparo.

En el caso de México se prescribe un mecanismo administrativo que permite ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de los datos personales (Derechos ARCO), en tanto que las constituciones de Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Guatemala, Nicaragua y Uruguay no se expresan la denominación ni la naturaleza jurídica del

mecanismo para su protección, dejando en consecuencia su disposición a la legislación que al respecto se ha expedido.

Finalmente, un cuarto elemento que arroja el análisis de los textos constitucionales vigentes en el derecho latinoamericano es el hecho de que a todos ellos es común que la protección de datos personales se erige sobre la base del valor superior de la dignidad humana.

Por otro lado, al observarse el apartado relativo a la legislación que en cada ámbito nacional se ha expedido para regular la protección de datos personales, la matriz evidencia que Cuba no cuenta con una ley reglamentaria, hecho que se explica debido a que su *Constitución Política* entró en vigor en 2019.

Otra nota característica de la regulación de los datos personales en el ámbito del derecho latinoamericano es su estrecha relación con las obligaciones de los Estados en materia de transparencia y acceso a la información pública, por ejemplo, el caso de Costa Rica, Ecuador, Honduras y México, cuyas normas jurídicas expedidas para tal efecto establecen como límite al ejercicio del derecho, a saber, la secrecía y confidencialidad que debe privar en el tratamiento de los datos personales que obren bajo el control de los poderes estatales, los órganos y organismos gubernamentales obligados.

Antes de continuar con la exposición de otro par de particularidades de la legislación latinoamericana sujeta a estudio, es necesario acotar que los alcances de las prerrogativas para acceder, rectificar, corregir u oponerse al tratamiento de los datos personales y su relación con el derecho de acceso a la información han sido abordados transversalmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a través de opiniones y sentencias.

En la Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017¹³, solicitada por la República de Costa Rica, se analizaron las obligaciones estatales

¹³ Corte IDH, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, Opinión Consultiva OC-24/17.

relacionadas con el cambio de nombre de una persona de acuerdo con su identidad de género. Ella expuso que el derecho a la personalidad jurídica se constituye por la autopercepción de la persona humana y por una serie de atributos jurídicos que le ayudan a distinguir, identificar y singularizar; circunstancias que le permite definir de forma autónoma su identidad sexual y de género, por ello debe ser garantizada mediante un procedimiento que asegure modificar aquellos datos de nacimiento asentados en los registros civiles, así como en los documentos de identidad, a fin de que su reconocimiento jurídico sea concordante con su identidad sexual y de género conforme a los principios de Yogyakarta.

Por otra parte, a través de la sentencia por la que se resolvió el Caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile¹⁴, en el numeral 77 de la sentencia del 19 de septiembre de 2006, al ponderar las dimensiones individual y social que constituyen al derecho de acceso a la información —libertad de pensamiento y de expresión—, la CIDH manifestó que su contenido se refiere a la posibilidad de toda persona, conforme a lo previsto en el artículo 13 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, para “buscar” y “recibir” “informaciones” bajo el control del Estado, encontrando como límites el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. Respecto a esto último, consistentemente con otras sentencias emitidas con anterioridad, en el numeral 89 de la sentencia¹⁵, la CIDH sostuvo que esos límites, a fin de asegurar que no queden al arbitrio del poder público, deben estar previamente fijados por la ley, erigiéndose las razones de interés general en una tapia ineludible. Por lo tanto, la *ratio essendi* del derecho de acceso a la información pública en un régimen democrático es coadyuvar a la formación de la opinión pública, abonar a la transparencia y la rendición de cuentas, así como fomentar la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, quienes tienen el deber democrático de ser tolerantes frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas en el curso de los debates políticos o sobre cuestiones de interés público¹⁶.

¹⁴ Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile (Fondo, Reparaciones y Costas).

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ Corte IDH, Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas).

Posteriormente, el 16 de noviembre de 2009, con la resolución del Caso González y otras (“Campo Algodonero”) *vs.* México¹⁷, la CIDH estimó racional ordenar:

la creación de una base de datos que contenga la información personal disponible de mujeres y niñas desaparecidas a nivel nacional, de los cuerpos de cualquier mujer o niña no identificada que fuera privada de la vida en el estado de Chihuahua principalmente genética y muestras celulares, así como de los familiares de las personas desaparecidas que consientan —o que así lo ordene un juez— para que el Estado almacene dicha información personal únicamente con objeto de localizar a la persona desaparecida. Si bien este caso no se encuentra directamente relacionado con una acción tendente a la protección de los datos personales per se, en el numeral 512 de la sentencia la CIDH, conforme a los principios rectores de la protección de datos personales, estableció que el Estado en todo momento deberá proteger los datos personales contenidos en dichas bases de datos, ello con el propósito de que su secrecía y confidencialidad se garantice al contener información de carácter sensible.

Retomando nuestra exposición de las particularidades que derivan de la legislación latinoamericana en materia de protección de datos personales, nos referiremos por último a un par de innovaciones: el derecho a la portabilidad de datos y el derecho al olvido.

El antecedente del primero de estos derechos emanó del Programa de Acción adoptado en el marco de la XXV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, llevado a cabo en Cartagena de Indias, Colombia, durante los días 28 y 29 de octubre de 2016. En dicho documento se encargó a la Secretaría General Iberoamericana solicitar a la Red Iberoamericana de Protección de Datos (RIPD) elaborar una propuesta de trabajo para facilitar la cooperación efectiva para atender cuestiones relacionadas con la protección de los datos personales y de privacidad¹⁸.

¹⁷ Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) *vs.* México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

¹⁸ Cumbre Iberoamericana, Cartagena-Colombia, XXV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno.

Ante tal encomienda, la RIFD formuló y aprobó los “Estándares de protección de datos para los países Iberoamericanos”, cuyo principal objetivo es “establecer un conjunto de principios y derechos de protección de datos personales que los Estados Iberoamericanos puedan adoptar y desarrollar en su legislación nacional, con la finalidad de garantizar un debido tratamiento de los datos personales y contar con reglas homogéneas en la región”¹⁹.

En esta tesitura, al establecer los derechos de los titulares, además de los derechos ARCO, los Estándares Iberoamericanos consignan e impulsan el reconocimiento del derecho a la portabilidad de datos personales en los siguientes términos:

30. Derecho a la portabilidad de los datos personales

30.1. Cuando se traten datos personales por vía electrónica o medios automatizados, el titular tendrá derecho a obtener una copia de los datos personales que hubiere proporcionado al responsable o que sean objeto de tratamiento, en un formato electrónico estructurado, de uso común y lectura mecánica, que le permita seguir utilizándolos y transferirlos a otro responsable, en caso de que lo requiera.

30.2. El titular podrá solicitar que sus datos personales se transfieran directamente de responsable a responsable cuando sea técnicamente posible.

30.3. El derecho a la portabilidad de los datos personales no afectará negativamente a los derechos y libertades de otros.

30.4. Sin perjuicio de otros derechos del titular, el derecho a la portabilidad de los datos personales no resultará procedente cuando se trate de información inferida, derivada, creada, generada u obtenida a partir del análisis o tratamiento efectuado por el responsable con base en los datos personales proporcionados por el titular, como es el caso de los datos personales que hubieren sido sometidos a un proceso de personalización, recomendación, categorización o creación de perfiles.

De lo anterior se desprende que la portabilidad de datos personales es, por una parte, una prerrogativa a través de la cual su titular puede obtener, del responsable de su tratamiento, una copia de todos aquellos

¹⁹ Red Iberoamericana de Protección de Datos. *Estándares de protección de datos para los países Iberoamericanos*.

que por medios electrónicos o automatizados previamente le proporciono, expresándose en un formato electrónico estructurado, de uso común y lectura mecánica (archivo de Excel *.xlsx; archivo de Texto *.txt; archivo de texto *.csv; y, lenguaje de marcas de hipertexto *.html), que le permita seguir utilizándolos y transferirlos a otro responsable, es decir, reusarlos, en caso de que lo requiera.

Por otra parte, constituye un cauce legal por medio del cual el titular puede solicitar la transferencia de sus datos personales entre diferentes responsables en un formato electrónico estructurado, de uso común y lectura mecánica.

Una vez que hemos dado cuenta del contenido y alcances del derecho a la portabilidad de datos personales, debemos señalar que, en el ámbito del derecho latinoamericano, la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados de México le ha incorporado en los siguientes términos:

Artículo 57. Cuando se traten datos personales por vía electrónica en un formato estructurado y comúnmente utilizado, el titular tendrá derecho a obtener del responsable una copia de los datos objeto de tratamiento en un formato electrónico estructurado y comúnmente utilizado que le permita seguir utilizándolos.

Cuando el titular haya facilitado los datos personales y el tratamiento se base en el consentimiento o en un contrato, tendrá derecho a transmitir dichos datos personales y cualquier otra información que haya facilitado y que se conserve en un sistema de tratamiento automatizado a otro sistema en un formato electrónico comúnmente utilizado, sin impedimentos por parte del responsable del tratamiento de quien se retiren los datos personales.

El Sistema Nacional establecerá mediante lineamientos los parámetros a considerar para determinar los supuestos en los que se está en presencia de un formato estructurado y comúnmente utilizado, así como las normas técnicas, modalidades y procedimientos para la transferencia de datos personales.

Como puede observarse, el ordenamiento jurídico mexicano es una réplica del estándar que la RIPD sugirió a los países Iberoamericanos adoptar, pero se diferencia por delegar su regulación específica al Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos

Personales (SNT). A tales efectos, el Pleno del Consejo Nacional del SNT, en su Primera Sesión Extraordinaria de 2018, celebrada el 23 de enero, aprobó los Lineamientos que establecen los parámetros, modalidades y procedimientos para la portabilidad de datos personales²⁰. Al respecto, la procedibilidad de portabilidad de datos personales es dable cuando se cumpla alguna de las siguientes condiciones:

1. El tratamiento se efectúe por medios automatizados o electrónicos y en un formato estructurado y comúnmente utilizado, según refiere el artículo 6 de los presentes Lineamientos;
2. Los datos personales del titular se encuentren en posesión del responsable o sus encargados;
3. Los datos personales conciernan al titular, o bien a personas físicas vinculadas a un fallecido que tengan un interés jurídico;
4. El titular hubiere proporcionado directamente al responsable sus datos personales, de forma activa y consciente, lo cual incluye los datos personales obtenidos en el contexto del uso, la prestación de un servicio o la realización de un trámite, o bien, aquellos proporcionados por el titular a través de un dispositivo tecnológico, y
5. La portabilidad de los datos personales no afecte los derechos y libertades de terceros.

Otras aristas del ejercicio del derecho a la portabilidad en México y su relación con la protección de datos personales se presentan en las materias de telecomunicaciones y de servicios financieros.

En la primera de estas, la fracción III del artículo 191 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión²¹ reconoce el derecho de los usuarios

²⁰ *Diario Oficial de la Federación*, Acuerdo mediante el cual se aprueban los Lineamientos que establecen los parámetros, modalidades y procedimientos para la portabilidad de datos personales.

²¹ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.

de telefonía para que libremente puedan decidir el operador telefónico de su conveniencia, de conformidad a los términos, condiciones, tarifas y calidad del servicio.

En tanto, la segunda se encuentra prevista en el artículo 18 de la Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros²², en el cual se establece que las instituciones de crédito en las que se realice el depósito del salario, pensiones y de otras prestaciones de carácter laboral estarán obligadas a atender las solicitudes de los trabajadores para transferir periódicamente la totalidad de los recursos depositados a otra institución de crédito de su elección, sin que la institución que transfiera los recursos pueda cobrar penalización o cargo alguno al trabajador que le solicite este servicio.

A fin de concluir nuestro ejercicio analítico, nos referiremos a la segunda innovación que presenta la legislación latinoamericana en materia de protección de datos personales: el derecho al olvido, el cual ahonda su raíz en la demanda que presentó una de las amantes del asesino serial Henri Landru, con motivo de su personificación en la película *Landru*, dirigida en 1963 por Claude Chabrol. El argumento de la mujer en cuestión estriba en que su mención en la cinta correspondía a un pasaje de su vida privada que deseaba dejar atrás, es decir, deseaba dejar en el olvido momentos y circunstancias que le resultaban penosas o vergonzantes, por lo que deseaba ejercer su *droit a l'oubli*.

A pesar de la desestimación que hicieron los tribunales franceses de este y en otros casos, como el de una expareja de Jacques Mesrine, el derecho al olvido adquirió relevancia frente a la necesidad de proteger la intimidad personal frente a las revelaciones que se realizan a través de la prensa (Jean Ferrat).

²² Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros.

De manera complementaria la Circular 7/2015 dirigida a las Instituciones de Crédito y la Financiera Nacional de Desarrollo Agropecuario, Rural, Forestal y Pesquero, relativa a las modificaciones a la Circular 3/2012, establece las condiciones y términos para que de forma adecuada y clara se realice la transferencia de salario, pensiones y otras prestaciones de carácter laboral entre dichas instituciones (portabilidad de nómina). Cfr. *Diario Oficial de la Federación*.

En el entorno digital, el derecho al olvido adquirió relevancia con motivo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), del 13 de mayo de 2014, por la que se resolvió la reclamación que el señor Mario Costeja González realizaba a un medio de comunicación impreso, respecto de la publicación efectuada de sus datos personales en 1998, mismos que eran visualizables a través de Internet debido a su indexación en el buscador de Google. En este sentido, el reclamante solicitaba a La Vanguardia Ediciones, S. L., eliminar o modificar la publicación para que no apareciesen sus datos personales, o utilizar las herramientas facilitadas por los motores de búsqueda para proteger estos datos; a la vez que solicitaba se exigiese a Google Spain o a Google Inc. que eliminaran u ocultaran sus datos personales para que dejaran de incluirse en sus resultados de búsqueda y dejaran de estar ligados a los enlaces de La Vanguardia. En este marco, el Sr. Costeja González afirmaba que la situación jurídica que se le atribuía como originadora de molestia (embargo de una propiedad) estaba totalmente solucionado y resuelto desde hace años y carecía de relevancia actualmente²³.

Para efectos de lo que aquí nos interesa, debemos señalar que el TJUE al efectuar el análisis del litigio principal y las cuestiones prejudiciales, en el apartado 88, cuestionó la interpretación de los derechos de rectificación, supresión, bloqueo y oposición de los datos personales, declarando que, para respetarlos,

el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, también en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de estas páginas web, y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita²⁴.

²³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-131/12, Sentencia del 13 de mayo de 2014, ECLI:EU:C:2014:317.

²⁴ *Idem*.

Como puede observarse, el TJUE por la vía de la interpretación judicial extendió los alcances de los derechos de rectificación, supresión, bloqueo y oposición.

Esta aparente nimiedad expresiva fue uno de los elementos que condujeron al Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, al adoptar el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de dichos datos²⁵, a regular el derecho al olvido en los siguientes términos:

Artículo 17 Derecho de supresión
(«el derecho al olvido»)

1. El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo;
- b) el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), y este no se base en otro fundamento jurídico;
- c) el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 1, y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 2;
- d) los datos personales hayan sido tratados ilícitamente;
- e) los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento;
- f) los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8, apartado 1.

2. Cuando haya hecho públicos los datos personales y esté obligado, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, a suprimir dichos datos, el responsable del tratamiento, teniendo en cuenta la tecnología disponible y el coste de su aplicación, adoptará medidas razonables, incluidas medidas técnicas, con miras a informar a los responsables

²⁵ *Diario Oficial de la Unión Europea*, Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016.

que estén tratando los datos personales de la solicitud del interesado de supresión de cualquier enlace a esos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos.

3. Los apartados 1 y 2 no se aplicarán cuando el tratamiento sea necesario:

- a) para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información;
- b) para el cumplimiento de una obligación legal que requiera el tratamiento de datos impuesta por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento, o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable;
- c) por razones de interés público en el ámbito de la salud pública de conformidad con el artículo 9, apartado 2, letras h) e i), y apartado 3;
- d) con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, en la medida en que el derecho indicado en el apartado 1 pudiera hacer imposible u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de dicho tratamiento, o
- e) para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

Sin duda, la incorporación del derecho al olvido en el ámbito europeo representa un hito para la protección de la intimidad personal al constituirse como una categoría específica para la procedencia de la supresión de datos personales en el ámbito de la era digital, el cual ha repercutido notablemente en el ámbito del derecho continental europeo.

Sin embargo, debe reconocerse que el derecho latinoamericano ha sido pionero en el reconocimiento del derecho al olvido, tal como se observa en el Reglamento a la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales de Costa Rica, del 30 de octubre de 2012, en el que se prevé lo siguiente:

Artículo 11. Derecho al olvido. La conservación de los datos personales que puedan afectar a su titular no deberá exceder el plazo de diez años, desde la fecha de terminación del objeto de tratamiento del dato, salvo disposición normativa especial que establezca otro plazo, que por el acuerdo de partes se haya

establecido un plazo distinto, que exista una relación continuada entre las partes o que medie interés público para conservar el dato²⁶.

Previamente a esto, el derecho latinoamericano presentaba un importante antecedente de reconocimiento del derecho al olvido, a través de la Ley para regular las Sociedades de Información Crediticia, del 9 de marzo de 2018, que en México se expidió para regular, entre otros aspectos, la prestación de servicios consistentes en la recopilación, manejo y entrega o envío de información relativa al historial crediticio de personas físicas y morales²⁷, en cuyo artículo 23 se prevé la obligación de las Sociedades para conservar los historiales crediticios de cualquier persona física o moral, que les sean proporcionados por las Entidades Financieras, las Empresas Comerciales y las sociedades financieras de objeto múltiple no regulada, al menos durante un plazo de setenta y dos meses.

Finalmente, la Ley nicaragüense N.º. 787 de Protección de Datos Personales, del 29 de marzo de 2012, al reconocer expresamente en el artículo 10 el derecho al olvido digital, faculta al titular de los datos personales para que solicite a las redes sociales, navegadores y servidores, suprimir y cancelar los datos personales que se encuentran en sus ficheros.

Conclusiones

De las anteriores indagaciones teórico-conceptuales podemos concluir que la protección de datos personales constituye un derecho que posibilita a su titular conocer qué información sobre sí ha sido generada, registrada, almacenada, organizada, sistematizada y procesada en registros o archivos manuales o automatizados; saber con qué finalidad fueron recogidos sus datos personales, conocer el uso que se les ha dado, si han sido transferidos o no a un tercero, si están actualizados o no; en suma, es una potestad jurídica para acceder a ellos, con el propósito de que libremente su titular

²⁶ Artículo reformado por el artículo 5º del decreto ejecutivo N.º. 40008 del 19 de julio de 2016. *Cfr.* Sistema Costarricense de Información Jurídica, Reglamento a la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales No. 37554-JP.

²⁷ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Ley para regular las Sociedades de Información Crediticia.

determine su rectificación, actualización, supresión y olvido; limite su tratamiento o se oponga a su tratamiento y pueda portarlos.

A fin de salvaguardar y reforzar el ámbito de protección a la intimidad y la vida privada de las personas, las normas jurídicas del derecho latinoamericano han coincidido en reconocer el derecho a la protección de datos personales como un derecho fundamental, cuyo núcleo es la dignidad humana.

Frente a las modernas técnicas desarrolladas para la recuperación, tratamiento y transmisión de los datos personales, así como ante los cotidianos ataques a la intimidad personal en el entorno digital, es impostergable que la legislación doméstica de los países latinoamericanos se modernice a fin de que su ámbito material de cobertura se actualice y amplíe mediante el reconocimiento de las potestades que derivan del derecho al olvido y del derecho a la portabilidad de datos.

Fuentes de consulta

- C. Méjan, Luis Manuel, *El derecho a la intimidad y la informática*, 2ª edición, México, Porrúa, 1994.
- Cabezuelo Arenas, Ana Laura, *Derecho a la intimidad*, Tirant monografías, Valencia, 1998.
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTR_240120.pdf [21 de octubre de 2020].
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Ley para regular las Sociedades de Información Crediticia. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/237_090318.pdf [21 de octubre de 2020].
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LTOSF_090318.pdf [21 de octubre de 2020].

- Consejo de Europa, Modernised Convention for the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data. Disponible en https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016807c65bf [21 de octubre de 2020].
- Corte IDH, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, Opinión Consultiva OC-24/17, 24 de noviembre de 2017, Serie A No. 24. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf [21 de octubre de 2020].
- Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C No. 151, párr. 77. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf [21 de octubre de 2020].
- Corte IDH, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf [21 de octubre de 2020].
- Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf [21 de octubre de 2020].
- Cumbre Iberoamericana, Cartagena-Colombia, “XXV Cumbre Iberoamericana de jefes de estado y de gobierno”, Secretaría General Iberoamericana, 28 y 29 de octubre de 2016. Disponible en https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/vol_11_2017_1/REIB_11_01_DOC05c [21 de octubre de 2020].
- Notisum, Datalag (1973: 289). Disponible en <http://www.notisum.se/rnp/document/?id=19730289> [21 de octubre de 2020].
- Diario Oficial de la Federación*, Acuerdo mediante el cual se aprueban los Lineamientos que establecen los parámetros, modalidades y procedimientos para la portabilidad de datos personales. Disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5512847&fecha=12/02/2018 [21 de octubre de 2020].
- Diario Oficial de la Federación*, Circular 7/2015 dirigida a las Instituciones de Crédito y la Financiera Nacional de Desarrollo Agropecuario, Rural, Forestal y Pesquero, relativa a las modificaciones a la

- Circular 3/2012. Disponible en https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5386219&fecha=20/03/2015 [21 de octubre de 2020].
- Diario Oficial de la Unión Europea*, Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=ES> [21 de octubre de 2020].
- Gesetz-und Verordnungsblatt. *Hessische Datenschutzgesetz*. Disponible en <http://starweb.hessen.de/cache/GVBL/1970/00041.pdf#page=1> [21 de octubre de 2020].
- Herrán Ortiz, Ana Isabel, *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, Madrid, Dykinson, 1999.
- Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Disponible en <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> [21 de octubre de 2020].
- Naciones Unidas, Resolución 45/95 sobre los Principios rectores o Directrices para la reglamentación de los ficheros computarizados de datos personalizados del 14 de diciembre de 1990. Disponible en <https://undocs.org/es/A/RES/45/95> [21 de octubre de 2020].
- Normas Jurídicas de Nicaragua, Ley Nº 787. Disponible en <http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/9e314815a08d4a6206257265005d21f9/e5d37e9b4827fc06062579ed0076ce1d> [21 de octubre de 2020].
- Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos*, 4ª edición, México, Siglo XXI Editores, 1989.
- Organisation for Economic Co-operation and Development, *A Borderless World: Realising the Potential of Global Electronic Commerce*. Disponible en [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=sg/ec\(98\)14/final&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=sg/ec(98)14/final&doclanguage=en) [21 de octubre de 2020].
- Organisation for Economic Co-operation and Development, *Declaration on Transborder Data Flows*. Disponible en <https://www.oecd.org/internet/ieconomy/declarationontransborderdataflows.htm> [21 de octubre de 2020].
- Organisation for Economic Co-operation and Development, *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*. Disponible en <https://www.oecd.org/internet/ieconomy//oecdguidelinesontheProtectionofPrivacyandTransborderFlowsofPersonalData.htm> [21 de octubre de 2020].

- Parliamentary Assembly, *Recommendation 509 (1968). Human rights and modern scientific and technological developments*. Disponible en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=14546&lang=en> [21 de octubre de 2020].
- Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed. Disponible en <https://dle.rae.es>.
- Red Iberoamericana de Protección de Datos. Estándares de protección de datos para los países iberoamericanos. Disponible en https://www.redipd.org/sites/default/files/inline-files/Estandares_Esp_Con_logo_RIPD.pdf [21 de octubre de 2020].
- Sistema Costarricense de información Jurídica, *Reglamento a la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales No. 37554-JP*. Disponible en http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=74352 [21 de octubre de 2020].
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-131/12, Sentencia del 13 de mayo de 2014, ECLI:EU:C:2014:317. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES> [21 de octubre de 2020].
- Wikisource. *Verfassung des Deutschen Reichs (1919)*. Disponible en [https://de.wikisource.org/wiki/Verfassung_des_Deutschen_Reichs_\(1919\)](https://de.wikisource.org/wiki/Verfassung_des_Deutschen_Reichs_(1919)) [21 de octubre de 2020].

Matriz de disposiciones constitucionales y legales reglamentarias relacionadas con la protección de datos personales en el derecho latinoamericano

País	Disposición constitucional	Legislación
Argentina	<p>Artículo 18. Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.</p> <p>Artículo 43, párrafo tercero [acción de amparo]. 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 los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.</p>	Ley N.º. 25326 o Ley de Protección de los Datos Personales.
Bolivia	<p>Artículo 21.2 [Derechos civiles] (A la privacidad, intimidad, honra, honor, propia imagen y dignidad).</p> <p>[Acción de Protección de Privacidad] Artículo 130</p> <p>I. Toda persona individual o colectiva que crea estar indebida o ilegalmente impedida de conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación de los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético o informático, en archivos o bancos de datos públicos o privados, o que afecten a su derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal o familiar, o a su propia imagen, honra y reputación, podrá interponer la Acción de Protección de Privacidad.</p>	<p>Ley N.º. 870 que tiene por objeto regular las funciones, organizaciones y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo del Estado Plurinacional de Bolivia.</p> <p>Ley N.º. 254 que contiene el Código Procesal Constitucional.</p>

	<p>II. La Acción de Protección de Privacidad no procederá para levantar el secreto en materia de prensa.</p> <p>Artículo 131</p> <p>I. La Acción de Protección de Privacidad tendrá lugar de acuerdo con el procedimiento previsto para la acción de Amparo Constitucional.</p> <p>II. Si el tribunal o juez competente declara procedente la acción, ordenará la revelación, eliminación o rectificación de los datos cuyo registro fue impugnado.</p> <p>III. La decisión se elevará, de oficio, en revisión ante el Tribunal Constitucional Plurinacional en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la emisión del fallo, sin que por ello se suspenda su ejecución.</p> <p>IV. La decisión final que conceda la Acción de Protección de Privacidad será ejecutada inmediatamente y sin observación. En caso de resistencia se procederá de acuerdo con lo señalado en la Acción de Libertad. La autoridad judicial que no proceda conforme con lo dispuesto por este artículo quedará sujeta a las sanciones previstas por la ley.</p>	
<p>Brasil</p>	<p>Artículo 5, fracciones</p> <p>X (inviolabilidad de la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen de las personas)</p> <p>XII (inviolabilidad del secreto de la correspondencia, de las comunicaciones telegráficas, de las informaciones y de las comunicaciones telefónica).</p> <p>LXXII (Acción de “habeas data”).</p> <p>LXXVII (Gratuidad de la acción de “habeas data”).</p> <p>Artículo 102, fracción I, inciso d) (Competencia del Supremo Tribunal Federal para procesar y juzgar, originariamente los “habeas data” contra actos del Presidente de la República, de las Mesas de la Cámara de los Diputados y del Senado Federal, del Tribunal de Cuentas de la Unión, del Procurador General de la República y del propio Supremo Tribunal Federal).</p> <p>Artículo 102, fracción II, inciso a) (Competencia del Supremo Tribunal Federal para juzgar, en recurso ordinario los “habeas data” decididos en única instancia por los Tribunales Superiores, si la resolución fuese denegatoria).</p>	<p>Lei Nº. 9.507, de 12 de novembro de 1997, Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data.</p> <p>Lei Nº. 12.527, Regula o acesso a informações.</p> <p>Lei Nº. 13.709, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.</p>

	<p>Artículo 105, fracción I, inciso b) (Competencia del Supremo Tribunal de Justicia para procesar y juzgar, originariamente los “habeas data” contra actos de un Ministro de Estado o del propio Tribunal).</p> <p>Artículo 108, fracción I, inciso c) (Competencia de los Tribunales Regionales Federales para procesar y juzgar, originariamente los “habeas data” contra actos del propio Tribunal o de los jueces federales).</p> <p>Artículo 109, fracción VII (Competencia de los jueces federales para procesar y juzgar los “habeas data” contra actos de una autoridad federal, exceptuados los casos de competencia de los tribunales federales).</p> <p>Artículo 121, apartado 4, fracción V (Contra las decisiones de los Tribunales Regionales Electorales solamente cabrá recurso cuando denegasen “habeas data”).</p>	
Chile	<p>Artículo 19, parágrafo 4° (Respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley).</p>	<p>Ley N°. 19628, relativa a la Protección de Datos de Carácter Personal.</p> <p>Ley No. 19812, modifica la Ley No. 19.628, sobre protección de la vida privada.</p> <p>Ley N°. 20575, establece el principio de finalidad en el tratamiento de datos personales.</p> <p>Ley N°. 21096, consagra el derecho a protección de los datos personales.</p> <p>Ley N°. 20.285, sobre acceso a la información pública.</p>
Colombia	<p>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 bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución).</p>	<p>Ley estatutaria N°. 1581, por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales.</p> <p>Decreto Número 1317, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1581 de 2012</p> <p>Ley estatutaria N°. 1266, 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, en especial la financiera, crediticia, comercial,</p>

		de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones.
Costa Rica	Artículo 24 (garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones).	<p>Ley N°. 8968, relativa a la protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales y su reglamento.</p> <p>Ley N°. 16198, Ley de transparencia y acceso a la información pública</p>
Cuba	Artículo 97 (Se reconoce el derecho de toda persona de acceder a sus datos personales en registros, archivos u otras bases de datos e información de carácter público, así como a interesar su no divulgación y obtener su debida corrección, rectificación, modificación, actualización o cancelación. El uso y tratamiento de estos datos se realiza de conformidad con lo establecido en la ley).	
Ecuador	<p>[2002]</p> <p>Artículo 66, numeral 19 (Derecho de libertad, reconociendo y garantizando a las personas el derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley).</p> <p>Artículo 92 (Garantía jurisdiccional a través de la acción de Habeas Data)</p> <p>(Toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos.</p> <p>Las personas responsables de los bancos o archivos de datos personales podrán difundir la información archivada con autorización de su titular o de la ley. La persona titular de los datos podrá solicitar al responsable el acceso sin costo al archivo, así</p>	<p>Ley 24/2004, Ley orgánica de transparencia y acceso a la información pública.</p>

	<p>como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación.</p> <p>En el caso de datos sensibles, cuyo archivo deberá estar autorizado por la ley o por la persona titular, se exigirá la adopción de las medidas de seguridad necesarias. Si no se atendiera su solicitud, ésta podrá acudir a la jueza o juez. La persona afectada podrá demandar por los perjuicios ocasionados).</p>	
El Salvador	<p>Artículo 2, párrafo segundo (se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen).</p>	<p>Decreto N°. 534, Ley de acceso a la información pública</p>
Guatemala	<p>Artículo 31 (Acceso a archivos y registros estatales. Toda persona tiene el derecho de conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica esta información, así como a corrección, rectificación y actualización. Quedan prohibidos los registros y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos).</p>	<p>Decreto N°. 57-2008, Ley de acceso a la información pública.</p>
Honduras	<p>Artículo 76 (Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal, familiar y a la propia imagen).</p> <p>Artículo 182 [Garantías constitucionales]</p> <p>(El Estado reconoce la garantía de Hábeas Corpus o Exhibición Personal, y de Hábeas Data. En consecuencia en el Hábeas Corpus o Exhibición Personal, toda persona agraviada o cualquier otra en nombre de ésta tiene derecho a promoverla; y en el Hábeas Data únicamente puede promoverla la persona cuyos datos personales o familiares consten en los archivos, registros públicos o privados de la manera siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. ... 2. El Hábeas Data: Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y-o enmendarla. <p>Las acciones de Hábeas Corpus y Hábeas Data se ejercerán sin necesidad de poder ni de formalidad alguna, verbalmente o por escrito, utilizando cualquier medio de comunicación, en horas o días hábiles o inhábiles y libre de costas. Únicamente conocerá de la garantía del Hábeas Data la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia,</p>	<p>Decreto N°. 170-2006, Ley de transparencia y acceso a la información pública</p>

	<p>quien tendrá la obligación ineludible de proceder de inmediato para hacer cesar cualquier violación a los derechos del honor, intimidad personal o familiar y la propia imagen.</p> <p>Los titulares de los órganos jurisdiccionales no podrán desechar la acción de Hábeas Corpus o Exhibición Personal e igualmente tienen la obligación ineludible de proceder de inmediato para hacer cesar la violación a la libertad y a la seguridad personal. En ambos casos, los titulares de los órganos jurisdiccionales que dejaren de admitir estas acciones constitucionales, incurrirán en responsabilidad penal y administrativa.</p> <p>Las autoridades que ordenaren y los agentes que ejecutaren el ocultamiento del detenido o que en cualquier forma quebranten esta garantía incurrirán en el delito de detención ilegal.</p>	
México	<p>Artículo 6, apartado A, fracción II (La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes).</p> <p>Artículo 6, apartado A, fracción III (Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos).</p> <p>Artículo 6, apartado A, fracción VIII, párrafo primero (La Federación contará con un organismo autónomo, especializado, imparcial, colegiado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con plena autonomía técnica, de gestión, capacidad para decidir sobre el ejercicio de su presupuesto y determinar su organización interna, responsable de garantizar el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública y a la protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados en los términos que establezca la ley).</p> <p>Artículo 6, apartado A, fracción VIII, párrafo cuarto (El organismo garante tiene competencia para conocer de los asuntos relacionados con el acceso a la información pública y la protección de datos personales de cualquier autoridad, entidad, órgano u organismo que forme parte de alguno de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicatos que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal; con excepción de aquellos asuntos jurisdiccionales que correspondan a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuyo caso</p>	<p>Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados.</p> <p>Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares.</p> <p>Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.</p> <p>Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública.</p>

resolverá un comité integrado por tres ministros. También conocerá de los recursos que interpongan los particulares respecto de las resoluciones de los organismos autónomos especializados de las entidades federativas que determinen la reserva, confidencialidad, inexistencia o negativa de la información, en los términos que establezca la ley.

Artículo 16, párrafo segundo (Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros).

Artículo 20, inciso B, fracción III [Derecho de toda persona imputada] (A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador).

Artículo 20, inciso B, fracción V (Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo).

Artículo 20, inciso C, fracción V [Derecho de la víctima o del ofendido] (Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa).

Artículo 73, fracción XXIX-O [Facultad del Congreso] (Para legislar en materia de protección de datos personales en posesión de particulares).

Artículo 73, fracción XXIX-S (Para expedir las leyes generales reglamentarias que desarrollen los principios y bases en materia de transparencia gubernamental, acceso a la información y protección de datos personales en posesión de las autoridades, entidades, órganos y organismos gubernamentales de todos los niveles de gobierno).

	<p>Artículo 105 fracción II, inciso h [Competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer de las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución] (El organismo garante que establece el artículo 6° de esta Constitución en contra de leyes de carácter federal y local, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren el derecho al acceso a la información pública y la protección de datos personales. Asimismo, los organismos garantes equivalentes en las entidades federativas, en contra de leyes expedidas por las Legislaturas locales).</p>	
Nicaragua	<p>Artículo 116 fracción VIII [Organización de los poderes de los Estados] (Las Constituciones de los Estados establecerán organismos autónomos, especializados, imparciales y colegiados, responsables de garantizar el derecho de acceso a la información y de protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados, conforme a los principios y bases establecidos por el artículo 60. de esta Constitución y la ley general que emita el Congreso de la Unión para establecer las bases, principios generales y procedimientos del ejercicio de este derecho).</p>	<p>Ley N°. 621, Ley de acceso a la información pública</p> <p>Ley N°. 787, de Protección de Datos Personales.</p>
Panamá	<p>Artículo 42 (Toda persona tiene derecho a acceder a la información personal contenida en bases de datos o registros públicos y privados, y a requerir su rectificación y protección, así como su supresión, de conformidad con lo previsto en la Ley.</p> <p>Esta información sólo podrá ser recogida para fines específicos, mediante consentimiento de su titular o por disposición de autoridad competente con fundamento en lo previsto en la Ley).</p> <p>Artículo 44 (Toda persona podrá promover acción de hábeas data con miras a garantizar el derecho de acceso a su información personal recabada en bancos de datos o registros oficiales o particulares, cuando estos últimos traten de empresas que prestan un servicio al público o se dediquen a suministrar información.</p> <p>Esta acción se podrá interponer, de igual forma, para hacer valer el derecho de acceso a la información pública o de acceso libre, de conformidad con lo establecido en esta Constitución.</p> <p>Mediante la acción de hábeas data se podrá solicitar que se corrija, actualice, rectifique, suprima o se mantenga en confidencialidad la información o datos que tengan carácter personal.</p>	<p>Ley N°. 81, sobre protección de datos personales.</p>

	<p>La Ley reglamentará lo referente a los tribunales competentes para conocer del hábeas data, que se sustanciará mediante proceso sumario y sin necesidad de apoderado judicial).</p>	
Paraguay	<p>Artículo 30 (De las señales de comunicación electromagnética. La emisión y la propagación de las señales de comunicación electromagnética son del dominio público del Estado, el cual, en ejercicio de la soberanía nacional, promoverá el pleno empleo de las mismas según los derechos propios de la República y conforme con los convenios internacionales ratificados sobre la materia. La ley asegurará, en igualdad de oportunidades, el libre acceso al aprovechamiento del espectro electromagnético, así como al de los instrumentos electrónicos de acumulación y procesamiento de información pública, sin más límites que los impuestos por las regulaciones internacionales y las normas técnicas.</p> <p>Las autoridades asegurarán que estos elementos no sean utilizados para vulnerar la intimidad personal o familiar y los demás derechos establecidos en esta Constitución).</p> <p>Artículo 33 (Del derecho a la intimidad. La intimidad personal y familiar, así como el respeto a la vida privada, son inviolables. La conducta de las personas, en tanto no afecte al orden público establecido en la ley o a los derechos de terceros, estará exenta de la autoridad pública. Se garantiza el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas).</p> <p>Artículo 135 (Del Hábeas Data. Toda persona podrá acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos).</p>	<p>Ley N°. 1682, reglamenta la información de carácter privado</p> <p>Ley N°. 1969, modifica y amplía artículos que reglamenta la información de carácter privado.</p>
Perú	<p>Artículo 2 [Derechos fundamentales de la persona] Toda persona tiene derecho:</p> <p>5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del Juez, del Fiscal de</p>	<p>Ley N°. 29733, Ley de protección de datos personales.</p>

	<p>la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.</p> <p>6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.</p> <p>Artículo 200 [Acciones de Garantía Constitucional] Son garantías constitucionales:</p> <p>La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5 y 6 de la Constitución.</p>	
<p>República Dominicana</p>	<p>Artículo 44 [Derecho a la intimidad y el honor personal] Toda persona tiene derecho a la intimidad. Se garantiza el respeto y la no injerencia en la vida privada, familiar, el domicilio y la correspondencia del individuo. Se reconoce el derecho al honor, al buen nombre y a la propia imagen. Toda autoridad o particular que los viole está obligado a resarcirlos o repararlos conforme a la ley. Por tanto:</p> <p>1) El hogar, el domicilio y todo recinto privado de la persona son inviolables, salvo en los casos que sean ordenados, de conformidad con la ley, por autoridad judicial competente o en caso de flagrante delito;</p> <p>2) Toda persona tiene el derecho a acceder a la información y a los datos que sobre ella o sus bienes reposen en los registros oficiales o privados, así como conocer el destino y el uso que se haga de los mismos, con las limitaciones fijadas por la ley. El tratamiento de los datos e informaciones personales o sus bienes deberá hacerse respetando los principios de calidad, licitud, lealtad, seguridad y finalidad. Podrá solicitar ante la autoridad judicial competente la actualización, oposición al tratamiento, rectificación o destrucción de aquellas informaciones que afecten ilegítimamente sus derechos;</p> <p>3) Se reconoce la inviolabilidad de la correspondencia, documentos o mensajes privados en formatos físico, digital, electrónico o de todo otro tipo. Sólo podrán ser ocupados, interceptados o registrados, por orden de una autoridad judicial competente, mediante procedimientos legales en la sustanciación de asuntos que se ventilen en la justicia y preservando el secreto de lo privado, que no guarde relación con el correspondiente proceso. Es inviolable el secreto de la comunicación telegráfica, telefónica, cablegráfica, electrónica, telemática o la establecida</p>	<p>Ley N.º. 172, que tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros públicos, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos destinados a dar informes, sean estos públicos o privados.</p>

	<p>en otro medio, salvo las autorizaciones otorgadas por juez o autoridad competente, de conformidad con la ley;</p> <p>4) El manejo, uso o tratamiento de datos e informaciones de carácter oficial que recaben las autoridades encargadas de la prevención, persecución y castigo del crimen, sólo podrán ser tratados o comunicados a los registros públicos, a partir de que haya intervenido una apertura a juicio, de conformidad con la ley.</p> <p>[Garantías a los derechos fundamentales]</p> <p>Artículo 70 [Hábeas data] Toda persona tiene derecho a una acción judicial para conocer de la existencia y acceder a los datos que de ella consten en registros o bancos de datos públicos o privados y, en caso de falsedad o discriminación, exigir la suspensión, rectificación, actualización y confidencialidad de aquéllos, conforme a la ley. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.</p>	
Uruguay	<p>Artículo 7 (Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general).</p>	<p>Ley Nº. 18331, Ley de Protección de Datos Personales</p> <p>Ley Nº. 19670, relativa a la aprobación de rendición de cuentas y balance de ejecución presupuestal. ejercicio 2017.</p>
Venezuela	<p>Artículo 28 (Toda persona tiene el derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y de solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley.)</p> <p>Artículo 281 (Son atribuciones del Defensor o Defensora del Pueblo:</p> <p>3. Interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, hábeas corpus, hábeas data y las demás acciones o recursos necesarios para ejercer las atribuciones señaladas en los numerales anteriores, cuando fuere procedente de conformidad con la ley).</p>	

Tutela judicial efectiva en el tema de las empresas transnacionales y los derechos humanos

Maria Chiara Marullo*

Introducción

Medioambiente, empresas transnacionales y derechos humanos integran y conforman un problema mundial que requiere urgentes respuestas legales¹, y para cuya resolución se deberían atender soluciones desde el derecho comparado (en el ámbito civil, penal y procesal) y el derecho internacional (público y privado), atendiendo a la doctrina internacional imperante en este ámbito². En este sentido, legislación y jurisprudencia llegan a ser soportes

* Universitat Jaume I de Castellón, España.

¹ Entre otros, A. Bonfanti, *Imprese multinazionali, diritto umano e ambiente: profili di diritto internazionale pubblico e privato*. Sobre desarrollo sostenible y empresas transnacionales, véanse, entre otros: Hervé D. y J. Schönsteiner, "Empresas, medio ambiente y derechos humanos: La zona industrial de Quintero-Puchuncaví", pp. 131-162; J. D. Sachs, *The age of sustainable development*; F. J. Zamora Cabot, Zamora Cabot, F. J., "Desarrollo sostenible y empresas multinacionales: Un estudio sobre los acaparamientos de terra (land grabbings) en clave de responsabilidad".

² Entre la doctrina más reciente, S. Deva y D. Birchal (eds.), *Research Handbook on Human Rights and Business*; E. López Jacoiste Díaz y C. Fernández Liesa (eds.), *Empresas y derechos humanos*; M. C. Marullo y F. J. Zamora Cabot (eds.), *Empresas y derechos humanos: temas actuales*; F. J. Zamora Cabot, J. García Cívico y L. Sales Pallarés (eds.), *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos*.

necesarios para lograr este objetivo y en un futuro, esperamos no muy lejano³, responsabilizar a las empresas por las graves violaciones a los derechos humanos perpetradas en cualquier lugar del mundo; al mismo tiempo, para garantizar una tutela judicial efectiva internacional a las potenciales víctimas afectadas por dichas violaciones; se trata de que estos instrumentos ayuden a superar las numerosas barreras legales y procedimentales a las que se enfrentan actualmente, tanto en el estado en cuyo territorio se verificaron los hechos como en otros foros, y que han favorecido, hasta el momento, la impunidad de los entes⁴. En el marco del Proyecto Europeo *Human Rights in Business*, liderado por el Instituto Gubernance del País Vasco⁵, hemos tenido la oportunidad de analizar dichas barreras avanzando propuestas para superar el mayor de los obstáculos: encontrar una jurisdicción competente para conocer las pretensiones de las víctimas⁶.

³ Sobre las negociaciones de un tratado vinculante empresas y derechos humanos, véanse la página web del Business & Human Rights Resource Centre. La versión revisada del Draft, *Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, The Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises*. Vid., entre otros, A. Pigrau Solé y D. Iglesias Márquez, “La versió revisada de l’Esborrany del Tractat sobre Empreses i Drets Humans: cap a la següent ronda de negociacions”. Sobre este tema, véanse también, L. Catá Backer, “Systemic Constraints and the Human Rights Obligations of States and State Owned Enterprises” “Moving Forward the UN Guiding Principles for Business and Human Rights: Between Enterprise Social Norm, State Domestic Legal Orders, and the Treaty Law that Might Bind them All”, p. 457.

⁴ En relación con los litigios transnacionales empresas, derechos humanos y medioambiente: R. Baisch, “Human rights violations of subsidiaries Liability of Parent Companies for Human Rights Violations of Subsidiaries”; L. Carballo Piñeiro, “Litigación internacional y daños al ambiente”; J. Grimheden, “Civil Litigation in response to corporate human rights abuses: the European Union and its Member States”; E. Enneking, *Multinational Corporations, Human Rights Violations and a 1789 US Statute. A Brief Exploration of the Case of Kiobel v. Shell*, en *Nederlands Internationaal Privaatrecht*; F. J. Zamora Cabot, “Kiobel v. Royal Dutch Corp. y los litigios transnacionales sobre derechos humanos”.

⁵ El proyecto, financiado por el “Civil Justice Programme of the European Union” ha tenido como objetivos: “aims at researching and resolving some of these problems in the EU context, training stakeholders (judges, lawyers, activists, businesspersons and victims) to use the mechanisms which provide the necessary access to justice in the EU and disseminating the results of the research done so that stakeholders and the public in general become aware of the obstacles preventing access to justice for victims of environmental and human rights (HRs) abuses committed by corporations in third countries and of possible solutions”. Más información sobre el Proyecto europeo en la página web de Human Rights in Business.

⁶ Vid. J. J. Álvarez Rubio y K. Yianniabas (eds.), *Human Rights in Business: Removal of Barriers to Access to justice in the European Union* y el Informe *Access to legal remedies for victims of corporate human rights abuses in third countries*, february 2019.

La finalidad de este trabajo es tomar conciencia de este problema que afecta a la humanidad y revisar, de forma sucinta, los mecanismos, estrategias y acciones con los que contamos y que puedan garantizar el derecho de acceso a la justicia más amplio y a todos los niveles, conforme a la meta 16.3 de los Objetivos de desarrollo sostenible. La nueva agenda de las Naciones Unidas 2030⁷ ha enfatizado el rol fundamental de este objetivo para unas sociedades más justas y pacíficas y con ello erradicar la pobreza y las desigualdades⁸. Por ello, en los siguientes apartados trataremos el tema de la tutela judicial efectiva, relacionándola con los objetivos de desarrollo sostenible, pasando sucesivamente a analizar las acciones y estrategias para responsabilizar a las empresas transnacionales por las violaciones de los derechos humanos y al medioambiente, abordando el tema de los litigios civiles internacionales y de la creación de nuevos foros para otros afectados, como pueden ser los consumidores.

1. La “problemática relación” negocios-derechos humanos-medioambiente

La acumulación de poder económico⁹, las complejas estructuras empresariales, como las cadenas de suministro globales, el fenómeno de las puertas giratorias entre el sector financiero, y los poderes estatales y el sector privado, la desregularización en el ámbito supranacional en el tema de los negocios y los derechos humanos, son solo algunas de las razones que han permitido que las actuaciones de las empresas transnacionales queden en la total impunidad¹⁰.

Las empresas transnacionales, actores de primer orden en la economía mundial, desarrollan sus actividades en diferentes territorios, tanto de

⁷ Más información en la página web de las Naciones Unidas.

⁸ Más información sobre el objetivo 16 y sus metas, en particular la meta 16.3 relativo a la igualdad en el acceso a la justicia, en la página web de las Naciones Unidas.

⁹ De gran interés, State of power 2020: the corporations.

¹⁰ Vid. entre otros, A. Guamán Hernández, *La impunidad de las empresas transnacionales por violaciones de derechos humanos*; L. Sales Pallarés y M. C. Marullo, “El ‘ángulo muerto’ del Derecho Internacional: las empresas transnacionales y sus cadenas de suministro”; F. J. Zamora Cabot y M. C. Marullo, “Las grandes empresas y su incidencia sobre el sistema democrático”

Estados desarrollados como de Estados en vía de desarrollo y, a falta de una regulación vinculante internacional, que responsabilice a los entes por sus actividades ilícitas cometidas extraterritorialmente¹¹, hay un riesgo muy elevado de impactos sociales y ambientales negativos, en muchos casos irreversible¹². Demostración de ello, en las últimas décadas, han sido los estudios desarrollados por investigadores internacionales donde se evidencia el rol de dichos entes, afectando con sus actividades las comunidades locales¹³, en particular, participando directamente o favoreciendo determinados conflictos internos interétnicos, en particular los relacionados al control y uso de tierras y recursos naturales¹⁴.

De la misma forma, muchas empresas se han visto involucradas en numerosas graves violaciones de las normas internacionales vulnerando los estándares laborales internacionalmente reconocidos; entre ellas, cabe mencionar el tema de la esclavitud moderna y del trabajo forzoso y trabajo infantil¹⁵. En lo referente al sector textil, uno de los más globalizados, muchas han sido las denuncias de talleres de esclavos en las cadenas de suministro globales, vinculados a las empresas que se dedican a las diferentes fases de producción y distribución de los productos¹⁶.

¹¹ L. Catá Backer, "Multinational corporations, transnational law: the United Nations' norms on the responsibilities of transnational corporations as a harbinger of corporate social responsibility in international law".

¹² F. J. Zamora Cabot, "Las empresas multinacionales y su responsabilidad en materia de derechos humanos: una visión de conjunto". En relación con la problemática del cambio climático, véase D. Iglesias Márquez, "Empresas, derechos humanos y el régimen internacional del cambio climático: la configuración de las obligaciones climáticas para las empresas".

¹³ Sobre este tema, *vid.*, entre otros, J. E. Esteve Moltó, "La estrecha interdependencia entre la criminalidad de las empresas transnacionales y las violaciones al derecho internacional de los derechos humanos y del medio ambiente: lecciones del caso Bhopal"; A. Pigrau, "The Texaco-Chevron case in Ecuador: Law and justice in the age of globalization".

¹⁴ Entre otros, N. Reguart-Segarra, "Business, Indigenous Peoples' Rights and Security in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights"; F. Gómez Isa, "El desplazamiento forzado de los pueblos indígenas en Colombia".

¹⁵ S. J. New, "Modern slavery and the supply chain: the limits of corporate social responsibility?"; D. Bulan Hampton, "Modern Slavery in Global Supply Chains: can National Action Plan son Business and Human Rights closet he gap?".

¹⁶ En relación con este tema véanse, entre otros, M. C. Marullo, M. J. Muñoz Torres y M. Á. Fernández Izquierdo, "Los derechos humanos en las cadenas de suministro globales: el caso del sector textil".

Finalmente, pero no menos importante, las diferentes actividades empresariales, en sectores estratégicos, como el sector energético, han tenido y tienen importantes impactos sobre el medioambiente.

Podríamos decir que, en este sentido y de forma sistemática, en muchos países en vía de desarrollo, las transnacionales están empeorando la calidad de vida de determinadas comunidades, afectando sus derechos básicos a la vida, salud y uso de tierras y recursos naturales. Acabar con la impunidad de los entes y garantizar una tutela judicial efectiva a las víctimas tiene, por tanto, que ser considerada una prioridad para los Estados, donde se desarrollan las actividades empresariales y los países donde las empresas estén domiciliadas¹⁷, pues con ello se contribuirá también al cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible y, en particular, a erradicar la pobreza y las desigualdades¹⁸.

2. La tutela judicial efectiva y los objetivos de desarrollo sostenible

Cuando hablamos del derecho al acceso a la justicia, hablamos de un derecho humano fundamental¹⁹ esencial para garantizar unas sociedades más pacíficas y justas. Su proclamación se convierte, por tanto, en una garantía indispensable al resultar fundamental para el ejercicio de otros derechos humanos. Para garantizar este derecho, los países deberían eliminar todos los obstáculos y crear medidas adecuadas para que todas las personas, con independencia de su sexo, origen, condiciones económicas y sociales, tengan la posibilidad de llevar cualquier conflicto, ante el

¹⁷ Entre otros, I. Prihandono, "Barriers to transnational human rights litigation against transnational corporations (TNCs): The need for cooperation between home and host countries".

¹⁸ Entre otros, S. Nam, "Reducing the Governance Gap for Corporate Complicity in International Crimes".

¹⁹ Este derecho está reconocido en numerosos tratados internacionales, entre otros, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* en su artículo 14 y en el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos* y de las *Libertades Fundamentales* se encuentra en el artículo 6 el mismo derecho; la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en la que sus artículos 8 y 25.

sistema de administración de justicia. En otras palabras, garantizar una tutela judicial efectiva a todas las personas²⁰.

En el ámbito de interacción de los negocios y los derechos humanos donde el acceso a la justicia, entendido como acceso a los mecanismos judiciales, ha sido cuestionado de manera reiterada en el caso de violaciones a los derechos humanos y al medioambiente perpetradas por entes transnacionales²¹. Las numerosas barreras legales y judiciales, a nivel nacional y supranacional, han impedido a las víctimas el acceso a los mecanismos de reparación y han favorecido la impunidad de los entes. En particular, en el lugar donde se verificaron los hechos, las barreras se han concretizado en la falta de voluntad o de capacidad de los tribunales que deberían poder conocer dichas violaciones. Cuando hablamos de falta de voluntad, entendemos que los importantes intereses económicos de los Estados y el alto grado de corrupción han debilitado la integridad de las instituciones democráticas y fomentando con ello la impunidad, incrementando el nivel de pobreza y la desigualdad²².

En la nueva agenda de Desarrollo sostenible 2030, el acceso a la justicia es considerado como un factor que puede incidir en el proceso de desarrollo sostenible y, al mismo tiempo, como una herramienta para prevenir y superar la pobreza, mediante la búsqueda y la utilización de mecanismos propios del sistema de justicia, conforme a los principios y normas de protección

²⁰ Sobre este tema, véanse el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos.

²¹ A. Muñoz Fernández, "Tutela judicial efectiva y foro de necesidad: su aplicación a acciones contra las multinacionales por violaciones de derechos humanos".

²² Sobre este tema es interesante la Resolución 1/18. Corrupción y derechos humanos, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que se evidencia como "la corrupción tiene un impacto grave y diferenciado en el goce y ejercicio de los derechos humanos por parte de grupos históricamente discriminados, tales como las personas en situación de pobreza, las mujeres, los pueblos indígenas, [...] afecta de forma especialmente profunda a quienes son objeto de trata y tráfico de personas como los migrantes, niñas, niños y mujeres. [...] Enfatizando que la corrupción tiene múltiples causas y consecuencias y en su desarrollo participan numerosos actores, tanto estatales como entidades privadas y empresas y por ello se requiere el establecimiento de mecanismos efectivos para erradicarla con el fin de garantizar los derechos humanos". El texto se puede consultar en la página web de la Comisión.

de los derechos humanos. En particular, la meta 16.3 está íntimamente conectada a otros tratados internacionales relativos a la protección y garantía de los derechos humanos y que establecen obligaciones *erga omnes* para los países, entre otros, el artículo 8 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*²³: “Cualquiera tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes por actos que violen los derechos fundamentales que le otorga la Constitución o por ley”. O al principio 10 de la Declaración de Río²⁴, sobre la protección del medioambiente: “[e]ffective access to judicial and administrative proceedings, including redress and remedy, shall be provided”. Por lo tanto, se hace un nuevo llamamiento a los países a tomar las medidas necesarias para garantizar la existencia de un recurso efectivo disponible para todas las víctimas de violaciones de derechos humanos y daños ambientales, también si las violaciones son perpetradas por personas jurídicas.

En este sentido, el ODS 16 está dirigido a garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos y tiene, por tanto, como finalidad garantizar que los países tengan leyes efectivas, justas y accesibles, y sistemas de justicia que puedan brindar seguridad y protección a todas las personas, para permitir mecanismos efectivos de reparación por los daños ocasionados también por los entes. Por lo tanto, alcanzar este objetivo es relevante no solo nacionalmente, sino también en términos de gobernanza global. Podría proporcionar bases para el desarrollo de un acceso mínimo, y necesario, a la justicia como estándar, en el derecho transnacional global, para evitar la denegación de justicia y otorgar a cualquier persona el derecho de traer sus reclamaciones ante un tribunal. El derecho transnacional, incluyendo las novedosas regulaciones sobre el control de las cadenas de suministro globales²⁵ y la obligación de publicación de la información no financiera²⁶, podría en un futuro proporcionar herramientas útiles a las víctimas afectadas negativamente por las actividades corporativas.

²³ Más información ver la página web de las Naciones Unidas.

²⁴ Más información la página web del *Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente*.

²⁵ Sobre este tema, L. Sales Pallarés y M. C Marullo, “Informes de sostenibilidad y planes de vigilancia: explorando nuevos caminos para luchar contra la impunidad empresarial”.

²⁶ Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos, *DOUE* L 330, del 15 de noviembre de 2011.

Al mismo tiempo, somos de la opinión de que la respuesta a esta problemática mundial no puede depender solamente de los países; hay una corresponsabilidad, en el respeto y garantía de los derechos humanos y protección del medioambiente, entre los Estados y el sector privado²⁷. La nueva agenda 2030 ha puesto de relieve también la necesaria cooperación entre el sector público y el sector privado²⁸, objetivo de desarrollo sostenible 17 y la llamada Alianza Público-Privado para el desarrollo sostenible²⁹, una alianza que permitiría proteger y garantizar de manera más efectiva los derechos humanos y establecer mecanismos eficaces, pudiendo prevenir la comisión de graves violaciones y, al mismo tiempo, estableciendo otros mecanismos, extrajudiciales, en los que el sector privado podría tener un rol importante para garantizar una justa reparación a las víctimas.

Por ello, se hace necesario una nueva lectura de las empresas como actores, a la par de los países, también en el proceso de desarrollo sostenible de las sociedades, para alcanzar las metas de la Agenda 2030. Las transnacionales pueden contribuir claramente al desarrollo económico y social de las comunidades en las que actúan de forma sostenible y equilibrada³⁰. Trabajar de forma sostenible y equilibrada significa poner en marcha estrategias y acciones empresariales que puedan reducir los riesgos y minimizar los impactos negativos y, finalmente, remediar los daños ocasionados.

Una responsabilidad compartida sobre estos temas y dirigida a fomentar una “acción concertada de todos los actores, y especialmente de las empresas, cuyo papel es clave en las transformaciones que los ODS infieren

Sobre este tema, J. Fernández Gaztea y A. Muñoz Fernández, “Comply or explain in the EU, or the new human rights reporting obligation: an analysis of directive 2014/95/EU”.

²⁷ Sobre este tema, M. A. Arévalo Moscoso, “Corresponsabilidad entre Estado y empresas en el respeto y protección de derechos humanos en Latinoamérica”.

²⁸ Sobre este tema, J. Carrión Rabasco, “¿Puede ser la empresa transnacional un agente de desarrollo humano sostenible en países empobrecidos?”.

²⁹ El Objetivo de Desarrollo Sostenible 17 está conectado con los principios: 1 y 2 del Pacto Mundial: “Fortalecer los medios de ejecución y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible”. Más información en la página web de Pacto Mundial, Red Española.

³⁰ H. Cantú Rivera, “Derechos humanos y empresas: Hacia una conducta empresarial responsable”.

en los patrones de producción y consumo, de generación de valor social y medioambiental, en la preservación de nuestro planeta”³¹, además con consecuencia directa en la tutela efectiva de los derechos e intereses de las víctimas de abusos corporativos. En esta línea, en particular en el tema del acaparamiento de tierras y recursos y los derechos de las poblaciones indígenas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado como los Estados y las empresas tiene el deber de proteger, de garantizar y también de reparar, en los casos de impactos negativos sobre las comunidades locales, creando mecanismos accesibles y efectivos:

El artículo 40 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece [...] “una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos”. [...] El deber de reparación es aplicable no sólo al impacto negativo de actividades llevadas a cabo por las autoridades del Estado, sino también por empresas comerciales u otros actores privados. En este último tipo de casos, los Estados tienen la obligación de asegurar que existan mecanismos efectivos y accesibles de reparación³².

3. Las acciones contra las empresas transnacionales por violaciones de derechos humanos

En los últimos años han crecido exponencialmente las investigaciones sobre los posibles mecanismos e instrumentos para responsabilizar a las empresas por las violaciones que se han verificado en detrimento de los derechos humanos y del medioambiente o para supervisarlas a fin de minimizar los posibles riesgos de violaciones y garantizar con

³¹ Para más información véanse el *Plan de Acción para la Implementación de la Agenda 2030, Hacia una Estrategia Española de Desarrollo Sostenible*, publicado el día 29 de junio de 2018.

³² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, p. 385. En relación con la reparación por daños medioambientales, F. Guerra Schleaf, “Reparación del daño ambiental de los territorios de los pueblos indígenas y tribales: una aproximación a partir los estándares interamericanos de derechos humanos”.

ello una tutela judicial efectiva a las víctimas³³. Sin embargo, el tema de la responsabilidad de las empresas transnacionales sigue siendo muy controvertido debido a diferentes factores, como la personalidad jurídica internacional de las empresas³⁴. Frente a la imposibilidad de obtener justicia en el lugar donde se verificaron los hechos, la pregunta que nos hacemos es: ¿qué foros podrían tener las víctimas u otros afectados por las actividades ilícitas de las empresas?

En primer lugar, y tras un análisis previo de los mecanismos internos en los lugares donde se cometieron los ilícitos internacionales³⁵, opinamos que un paso muy importante para la lucha contra la impunidad de las corporaciones y para garantizar una tutela judicial efectiva a las víctimas, se podría dar modificando el Estatuto del Tribunal Penal Internacional³⁶, permitiendo a este órgano conocer casos de crímenes internacionales en los que participan también personas jurídicas³⁷,

³³ Sobre este aspecto, el profesor Pigrau Solé habla del enorme y complejo debate sobre las responsabilidades que corresponden a las empresas de los impactos negativos de sus actividades. En este debate se evidencian las diferentes vías impulsadas por los Estados, a través de los Planes Nacionales, y el Consejo de Derechos Humanos a través de los Principios Rectores y de la propuesta de Tratado Internacional, vías que no tienen que ser consideradas incompatibles en cuanto que podrían avanzar simultáneamente para lograr la rendición de cuentas de las empresas y el acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones a los DDHH perpetradas por éstos. Más información Business & Human Rights Resource Centre, Principios rectores y tratado internacional: sobre la compatibilidad y la oportunidad de impulsar ambas dinámicas de manera simultánea.

³⁴ Un parte de la doctrina, siguiendo el enfoque llamado “State Centric Approach to Human Rights”, considera que las empresas no estarían obligadas por las normas internacionales a proteger y garantizar los DDHH al no reconocerse una personalidad jurídica internacional a los “Non-State-Actors”. Eric de Brabandere, State-Centrism and Human Rights Obligations Challenging ‘Stateless’ Approaches towards Direct Corporate Responsibility.

³⁵ Obras citadas.

³⁶ Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional.

³⁷ Cabe mencionar que en el Borrador de Estatuto para el establecimiento del Tribunal Penal Internacional se debatió la posibilidad de someter a las empresas transnacionales por la violación del derecho penal internacional, ya que el concepto de *persona* utilizado podría ser interpretado de forma más amplia, incluyendo a las personas físicas y a las jurídicas. Finalmente, esta propuesta no encontró el consenso necesario: “Existe una profunda divergencia de opiniones por lo que se refiere a la conveniencia de incluir en el Estatuto la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Muchas delegaciones se oponen firmemente a ello, en tanto que algunas son firmemente partidarias de la inclusión. Otras mantienen una posición abierta. Algunas delegaciones consideraron

superando de esta forma los obstáculos de los ordenamientos penales de los diferentes países³⁸.

Somos conscientes de que poner en marcha una reforma y ampliación del alcance de la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional, más allá del debate jurídico sobre los aspectos de derecho procesal y de derecho sustantivo que pueda generar, es una decisión política que deberá tomar la comunidad internacional en su conjunto. Al mismo tiempo, opinamos que esta decisión se justificaría por las características de este órgano, pues es indudable que sería el foro más apropiado, en los supuestos de falta de voluntad y capacidad de los tribunales de los lugares donde se verificaron los hechos, para determinar la responsabilidad de los entes por su participación en determinados crímenes internacionales.

En esta línea, cabe mencionar que a raíz de la solicitud de examen preliminar al Tribunal Penal Internacional en 2014³⁹, respecto a los despojos y acaparamiento de tierras por parte de grandes empresas transnacionales, relacionados con el cultivo y la comercialización del azúcar en Camboya⁴⁰, los fiscales del Tribunal anunciaron, en septiembre de 2016⁴¹, que iban

que el hecho de incluir únicamente la responsabilidad civil o administrativa de las personas jurídicas podría constituir una solución intermedia. No obstante, esa posición no se ha examinado detenidamente. Varias delegaciones partidarias de la inclusión de las personas jurídicas consideraron que el término en cuestión debería hacerse extensivo a las organizaciones sin personalidad jurídica". Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional.

³⁸ Muy interesante también el informe presentado en abril de 2020 sobre Derecho Penal Internacional y Protección del Medioambiente.

³⁹ Communication Under Article 15 of the Rome Statute of the International Criminal Court The Commission of Crimes Against Humanity in Cambodia July 2002 to Present. El resumen en inglés de la comunicación se puede consultar en la página web.

⁴⁰ En el comunicado de la Federación Internacional por los Derechos Humanos se afirma que: "Richard J. Rogers, el abogado de las víctimas camboyanas probó que en los últimos catorce años, unas 770.000 personas (el 6% de la población), se han visto afectadas por el acaparamiento de tierras en Camboya. 145.000 personas han sido trasladadas por la fuerza desde la capital Phnom Penh. Los que han sido expulsados de sus tierras siguen sufriendo en campos de reasentamiento condiciones deplorables donde la inseguridad alimentaria y la enfermedad son corrientes. Las minorías indígenas se han visto afectadas de forma desproporcionada por estos traslados forzados, y la mitad de su población ha sido excluida de sus tierras ancestrales". Más información en la página web de la Federación Internacional por los Derechos Humanos.

⁴¹ Office of the Prosecutor, Policy paper on case selection and prioritisation, septiembre 2016.

a dar una especial consideración a la comisión de crímenes de lesa humanidad y de genocidio, cuando se realizaran o produjeran el resultado de acaparamiento de tierras y de recursos naturales, a través de empresas transnacionales⁴².

Pasando a otros foros para las víctimas, muy interesantes son los nuevos mecanismos activados que podrían suponer unos avances importantes en el tema de la tutela judicial desde la perspectiva civil. Hablamos del reciente desarrollo en el tema de los litigios transnacionales sobre ilícitos internacionales⁴³; litigios presentados ante las autoridades judiciales del Estado donde las empresas transnacionales están domiciliadas⁴⁴, para determinar el grado de participación en los abusos de las empresas transnacionales domiciliadas en el foro, empresas matrices, y su responsabilidad civil. Cabe mencionar que en muchos casos el recurso a estos tribunales del Estado de origen puede ser la única opción realmente disponible para entablar acciones indemnizatorias o de reparación de los daños causados.

Entre otros casos, mencionamos en Europa el caso Vedanta⁴⁵, frente a los Tribunales Ingleses por los daños medio ambientales y las violaciones

⁴² Esta priorización se vería reafirmada por el trabajo de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que persiste en vincular los acaparamientos de tierras y recursos con las actividades empresariales. Recientemente, en un Informe publicado el 20 de febrero de 2019 sobre las graves violaciones de derechos humanos en Sudán, se observa un vínculo entre el conflicto y la economía de Sudán del Sur donde, incluso antes de la independencia, existían preocupaciones sobre la apropiación indebida de los recursos naturales, especialmente del petróleo. Más información en Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. En el informe se lee que no hay duda de que el petróleo está intrínsecamente relacionado con el conflicto en este país y con las graves violaciones de los derechos humanos. De la misma forma, el Observatorio de Multinacionales en América Latina, OMAL, ha denunciado en muchas ocasiones las conductas ilícitas de empresas transnacionales relacionadas con el crimen de ecocidio. Entre otros documentos, véanse OMAL, “Mineras y petroleras causantes de ecocidio en México”.

⁴³ Obras citadas.

⁴⁴ Vid. J. J. Álvarez Rubio y K. Yiannibas, “Access to justice for business-related Human Rights”; D. Iglesias Marquez y M. C. Marullo, “Seeking Access to Justice for Victims of Corporate Abuses through the Sustainable Development Goals Rethinking Sustainable Development in Terms of Justice”.

⁴⁵ Business & Human Rights Resource Centre, Vedanta Resources lawsuit (re water contamination, Zambia).

de derechos humanos en Zambia, y los casos Kiobe III⁴⁶ en Holanda e Ikebiri⁴⁷ en Italia, por los destrozos medioambientales y otras violaciones de derechos humanos perpetradas en Nigeria, contra grandes compañías petroleras, como la Royal Dutch Shell y Eni oil. En tanto, en el continente americano, podemos mencionar el reciente y muy importante caso de Nevsun⁴⁸; una demanda contra una empresa minera canadiense por su presunta complicidad en las graves violaciones de derechos humanos, como trabajo forzoso, esclavitud y actos de torturas en la mina Bisha de Eritrea.

De cara a la posibilidad de utilizar la vía de los litigios transnacionales para garantizar una tutela judicial efectiva para daños que afectan a la humanidad, como son los destrozos al medioambiente, mencionamos la propuesta de Convención Internacional Relativa al Delito Ecocidio⁴⁹ del grupo de trabajo REPMULT, sobre responsabilidad penal de empresas multinacionales por violaciones de derechos humanos y al medioambiente, cuyo artículo 2 establece:

1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá como ecocidio cualquiera de las siguientes conductas intencionadas que se cometan como parte de una acción generalizada o sistemática y que afecten a la seguridad del planeta: a. El vertido, la emisión o la introducción en el aire o atmósfera, el suelo o las aguas de una

⁴⁶ Para más información véanse la página web del Business & Human Rights Resource Centre. Hemos analizado los casos Kiobel I y II en M. C. Marullo y F.J. Zamora Cabot, "Transnational human rights litigations. Kiobel's *Touch and Concern*: a test under construction".

⁴⁷ Business & Human Rights Resource Centre, ENI and the Nigerian Ikebiri case.

⁴⁸ Business & Human Rights Resource Centre, Nevsun Resources Ltd. v. Araya: What the Canadian Supreme Court decision means in holding Canadian companies accountable for human rights abuses abroad. Véanse también nuestro trabajo F. J. Zamora Cabot y M. C. Marullo, "Empresas multinacionales y dd.hh.: ¿Hacia el fin de la impunidad? Apuntes a la decisión del tribunal supremo canadiense en Nevsun Resources Ltd. v. Araya".

⁴⁹ El ecocidio figuró como crimen internacional en los trabajos preliminares de 1996 para la creación del Estatuto de Roma, pero no encontró el consenso necesario en las negociaciones. Sobre este tema, de gran interés: "El ecocidio fue suprimido del borrador del Estatuto de Roma por presiones de EE.UU., Francia, Gran Bretaña y Holanda". Sobre este tema, véanse Diario del Derecho, "Ecocidio; por Adán Nieto Martín, Jacobo Dopico Gómez-Aller y Luis Arroyo Zapatero, Catedráticos de Derecho Penal". En relación con la propuesta, véanse la página web del grupo REPMULT.

cantidad de materiales o radiaciones ionizantes; b. La recogida, el transporte, la valoración o la eliminación de residuos, incluida la vigilancia de estos procedimientos, así como la posterior reparación de instalaciones de eliminación, e incluidas las operaciones efectuadas por los comerciantes o intermediarios en toda actividad relacionada con la gestión de los residuos; c. La explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa, o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos; d. La producción, la transformación, el tratamiento, la utilización, la posesión, el almacenamiento, el transporte, la importación, la exportación y la eliminación de materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas; e. La matanza, destrucción, la posesión o la apropiación de especies protegidas o no de fauna o flora silvestres; f. Cualquier otro comportamiento de naturaleza análoga cometido intencionalmente y que suponga un atentado a la seguridad planetaria, 2. Los comportamientos previstos en el apartado anterior constituyen un ataque a la seguridad planetaria cuando ocasionen: a. Un daño sustancial, permanente y grave, a la calidad del aire, el suelo o las aguas, o a animales o plantas, o a sus funciones ecológicas, b. La muerte, enfermedades permanentes o males incurables y graves a una población o cuando impidan de manera permanente a una población el disfrute de sus tierras, territorios o recursos. 3. Los comportamientos contemplados en el apartado 1 deben ser cometidos intencionadamente y conociendo el carácter generalizado o sistemático de la acción en la que se circunscriben. Estos comportamientos se consideran también intencionales cuando su autor supiera o debiera haber sabido que existía una alta probabilidad de que su acción constituía un ataque contra la seguridad del planeta.

En relación con la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión o participación en las actividades antes mencionadas, el artículo 5 establece:

1. Cada Estado parte adoptará, de conformidad con sus principios jurídicos, las medidas necesarias para que una persona jurídica pueda ser considerada responsable del crimen ecocidio [...]. 2. Cada Estado parte adoptará, conforme a sus principios jurídicos, las medidas necesarias para que las personas jurídicas puedan ser penalmente responsables cuando la ausencia de supervisión o control por parte de la persona jurídica haya hecho posible que una persona bajo su autoridad cometa, en beneficio de la persona jurídica, un crimen de ecocidio.

3.1 Los nuevos foros para los consumidores

Desde hace ya algún tiempo se nos plantea la figura del consumidor como una fuerza necesaria en el empeño de frenar los continuos abusos perpetrados a manos de las multinacionales⁵⁰. Y en este sentido, de forma muy sucinta, pasamos ahora a comentar nuestra actual línea de investigación: nuevos foros para garantizar una tutela judicial efectiva. En este marco, estamos trabajando el tema relativo a la información no financiera presentada por las grandes marcas y la posible distorsión que esta última puede tener en los mercados. Hablamos en este sentido de la creación de foros alternativos que legitimarían a otros sujetos, como pueden ser las asociaciones de consumidores, a entablar demandas para pedir indemnizaciones por responsabilidad contractual o extracontractual a las empresas que se vieran involucradas en un grave ilícito internacional⁵¹. Estas demandas no se fundamentarían, por tanto, en el ilícito internacional ocurrido extraterritorialmente, sino en la falta de información o información fraudulenta presentada por las empresas en los países en los que distribuye el producto al consumo; en otras palabras, por no haber debidamente informado sobre su desempeño empresarial conforme a la obligación de diligencia debida del *reporting*⁵².

Un informe reciente⁵³ ha evidenciado cómo están surgiendo movimientos sociales y políticos que están creando un nuevo consumidor más consciente del mundo que le rodea y más exigente con el compromiso social de las marcas⁵⁴, y participante activo en la promoción de los derechos humanos y del medioambiente al esperar que las marcas tomen partido por los problemas que le rodean (el cambio climático o los temas relacionados al fenómeno de la esclavitud moderna, entre

⁵⁰ En este sentido, *vid.* A. Muñoz Fernández y L. Sales Pallarés, “Las leyes anti esclavitud: primeras respuestas judiciales”; A. Muñoz Fernández y L. Sales Pallarés, “Leyes internas sobre transparencia de multinacionales: los particulares como agentes de la lucha contra las nuevas formas de esclavitud”.

⁵¹ L. Sales Pallarés y M. C. Marullo, “La insostenibilidad de las empresas certificadas”.

⁵² L. Sales Pallarés y M. C. Marullo, “Informes de sostenibilidad...”, obra citada.

⁵³ Hotwire, *El liderazgo frente al nuevo consumidor B2B2C: marcas con conciencia social*. Las entrevistas para elaborar el informe se realizaron durante diciembre y enero de 2019.

⁵⁴ Sobre este aspecto profundizaremos en el siguiente apartado.

ellos). Por tanto, solo aquellas marcas que consigan demostrarle que comparten sus valores y creencias serán las elegidas por él.

En el mismo sentido, encontramos diferentes estudios sectoriales que han analizado el impacto que la responsabilidad social corporativa tiene⁵⁵ y que puede llegar a manifestarse a través de ejemplos como los sellos de comercio justo⁵⁶ o los de productos ecológicos⁵⁷. Evidencian estos estudios en todo caso, que existe cada vez más un planteamiento activo del consumidor hacia un consumo socialmente y medioambiental sostenible, que hace hincapié en el respeto de determinados estándares internacionales sociales, laborales y medioambientales, en especial, cuando en las legislaciones nacionales se rebaja la protección de los trabajadores o se omiten medidas aptas para prevenir o minimizar los impactos negativos sobre las comunidades afectadas por las actividades empresariales. De hecho, parece evidente que los consumidores, una vez identificadas las prácticas engañosas o no responsables, se muestran dispuestos a penalizar a las empresas dejando de consumir sus productos.

Esta situación también abre una brecha sobre la cuestión de la justiciabilidad en el sentido de otorgar cauces adecuados para conseguir una justicia material cuando, como consumidores, queramos denunciar la vulneración de derechos humanos por parte de las empresas con las que contratamos. El modo en que creemos que debería afrontarse sería doble: por un lado, el Estado debería activar mecanismos para controlar la proliferación de sellos, certificaciones vinculadas a las estrategias de responsabilidad

⁵⁵ Véase el estudio elaborado por PricewaterhouseCoopers, “La actitud del consumidor hacia la Responsabilidad Social Corporativa (RSC)”. En relación con el tema del “Reputational Cost”, remitimos al estudio de B. I. Bağlayan, M. McVey y K. Wodajo, *Good Business: The Economic Case for Protecting Human Rights*, donde se analizan los efectos de las prácticas engañosas, desleales y de otros impactos negativos sobre el medioambiente y las comunidades, en términos de imagen para la empresa en relación con los consumidores y a los mercados.

⁵⁶ Sobre este tema puede obtenerse más información en la página web de Fairtrade.

⁵⁷ Sobre el tema de la acreditación ecológica y los sistemas de gestión de la calidad véase respectivamente el Reglamento (UE) 2018/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018 sobre producción ecológica y etiquetado de los productos ecológicos y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 834/2007 del Consejo, DO L núm.150, de 14 de junio de 2018 y el Reglamento (CE) núm. 66/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la etiqueta ecológica de la UE, DO L núm. 27 de 30 de enero de 2010 y la ISO 9001:2015.

social corporativa de las empresas, ya que la información dada podría ser engañosa para el consumidor y de competencia desleal para las otras empresas y/o los clientes del sector. Piénsese, por ejemplo, en una empresa que añadiera a sus productos una etiqueta, certificado o sello, que garantizara que se ha elaborado libre de trabajo infantil o forzado. Si después se descubriera que en alguna fase del ciclo de producción fueron empleados niños o esclavos. Como consumidores ¿no podríamos sentirnos engañados al haber comprado ese producto por unas características inexistentes y querer estar legitimados a entablar alguna acción por ser afectados, aunque indirectamente, por esta información?

Esta cuestión, la de proporcionar amparo judicial, sería la segunda cuestión que los Estados deberían resolver de manera homogénea, pues el consumidor se enfrenta a un mercado global y, por tanto, parecería lógico que, cuando considerara sus derechos vulnerados por mensajes publicitarios destinados a distorsionar la realidad, pudiera denunciar dichas prácticas. Sin embargo, la realidad no viene a ser tan fácil, ya que las acciones o los foros de competencia judicial van a depender de normativas internas en muchas ocasiones, lo que puede chocar con la dimensión internacional en la que se produce la contratación internacional. No obstante, creemos firmemente que esta vía judicial podría ser un complemento útil y necesario a los demás mecanismos, para hacer frente a la problemática, empresas, derechos humanos y medioambiente.

Conclusiones

Pese a la gran cantidad de pruebas contra las empresas Royal Dutch Shell, ENI, Vedanta y Nevsun, estas últimas han logrado eludir la justicia durante años por los daños al medioambiente y por la presunta complicidad en las otras graves violaciones a los derechos humanos, perpetradas en Nigeria, Zambia y en Eritrea. Durante décadas a las víctimas se les ha negado una tutela efectiva de sus derechos frente los daños medio ambientales y a las graves violaciones en las que estas empresas transnacionales han desempeñado un papel importante por no haber, entre otros ilícitos, controlado las actuaciones de sus filiales y no haber garantizado mecanismos adecuados de reparación de los daños. Esto

ha pasado en otros sectores y en otros países a lo largo y ancho de este mundo. Esperamos que las recientes decisiones de los tribunales holandeses, italiano, inglés y canadiense representen un importante paso hacia la justicia para todas las víctimas de crímenes internacionales cometidos por o con la complicidad de grandes empresas transnacionales, para que las responsables rindan cuentas por sus actuaciones y no se encuentren protegidas por el vacío legal internacional existente o la impotencia o falta de voluntad de los tribunales de lugar donde los crímenes se hayan perpetrado.

Al mismo tiempo, seguiremos investigado nuevos foros para complementar el sistema existente de remedios judiciales y dar voz a otros actores en la protección del medioambiente y de los derechos humanos y garantizar con ello una tutela judicial efectiva internacional en el marco de los litigios transnacionales.

Fuentes de consulta

- Álvarez Rubio, J. J. y K. Yiannibas, "Access to justice for business-related Human Rights", en A. Salinas de Frías, E. J. Martínez Pérez, A. Sánchez Frías y F. de Asís Peña Díaz (eds.), *La Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 91-110.
- Álvarez Rubio, J. J. y K. Yiannibas (eds.), *Human Rights in Business: Removal of Barriers to Access to justice in the European Union*, Londres / Nueva York, Routledge, 2017.
- Arévalo Moscoso, M. A., "Corresponsabilidad entre Estado y empresas en el respeto y protección de derechos humanos en Latinoamérica", *Revista Peruana de Derecho Internacional*, tomo LXIX, núm. 163, septiembre, 2019, pp. 16-183.
- Bağlayan, B., I. Landau, M. McVey y K. Wodajo, *Good Business: The Economic Case for Protecting Human Rights*. Disponible en: https://www.researchgate.net/profile/Kebene_Wodajo/publication/329828724_Good_Business_The_Economic_Case_for_Protecting_Human_Rights/links/5c1c6acd458515a4c7edbd8f/Good-Business-The-Economic-Case-for-Protecting-Human-Rights.pdf.

- Baisch, R., "Human rights violations of subsidiaries Liability of Parent Companies for Human Rights Violations of Subsidiaries", *European Business Law Review*, october, 2016, pp. 669-695.
- Bonfanti, A., *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente: profili di diritto internazionale pubblico e privato*, Milán, Giufrè Editore, 2012.
- Bulan Hampton, D., "Modern Slavery in Global Supply Chains: can National Action Plan son Business and Human Rights closet he gap?", *Business and Human Rights Journal*, vol. 4, Issue 2, July, 2019, pp. 239-264.
- Business & Human Rights Resource Centre. Disponible en <https://www.business-humanrights.org/en/zero-draft-summary>.
- Business & Human Rights Resource Centre, ENI and the Nigerian Ikebiri case. Disponible en <https://www.business-humanrights.org/en/eni-and-the-nigerian-ikebiri-case>.
- Business & Human Rights Resource Centre, *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*: What the Canadian Supreme Court decision means in holding Canadian companies accountable for human rights abuses abroad. Disponible en <https://www.business-humanrights.org/en/nevsun-resources-ltd-v-araya-what-the-canadian-supreme-court-decision-means-in-holding-canadian-companies-accountable-for-human-rights-abuses-abroad>.
- Business & Human Rights Resource Centre, Principios rectores y tratado internacional: sobre la compatibilidad y la oportunidad de impulsar ambas dinámicas de manera simultánea. Disponible en <https://www.business-humanrights.org/es/principios-rectores-y-tratado-internacional-sobre-la-compatibilidad-y-la-oportunidad-de-impulsar-ambas-din%C3%A1micas-de-manera-simult%C3%A1nea>.
- Business & Human Rights Resource Centre, *Vedanta Resources lawsuit (re water contamination, Zambia)*. Disponible en <https://www.business-humanrights.org/en/vedanta-resources-lawsuit-re-water-contamination-zambia>.
- Cantú Rivera, H., "Derechos humanos y empresas: Hacia una conducta empresarial responsable", *Revista Centro Nacional de Derechos Humanos*, núm. 26, 2016.
- Carballo Piñeiro L., "Litigación internacional y daños al ambiente", *Revista Ítalo-española de Derecho Procesal (RIEDP)*, vol. 1, n. 18, 2018. Disponible

- en http://www.rivitsproc.eu/wp-content/uploads/2018/10/laura_carballo.pdf.
- Carrión Rabasco, J., “¿Puede ser la empresa transnacional un agente de desarrollo humano sostenible en países empobrecidos?”, 2013. Disponible en https://www.academia.edu/4635620/_Puede_ser_la_empresa_transnacional_un_agente_de_desarrollo_humano_sostenible_en_pa%C3%ADses_empobrecidos_Jes%C3%BA_Carri%C3%B3n_Rabasco.
- Catá Backer, L., “Systemic Constraints and the Human Rights Obligations of States and State Owned Enterprises”, 2019. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3309066.
- Catá Backer, L., “Moving Forward the UN Guiding Principles for Business and Human Rights: Between Enterprise Social Norm, State Domestic Legal Orders, and the Treaty Law that Might Bind them All”, *Fordham International Law Journal*, núm. 38, 2015.
- Catá Backer, L., “Multinational corporations, transnational law: the United Nations’ norms on the responsibilities of transnational corporations as a harbinger of corporate social responsibility in international law”, *Columbia Human Rights Law Review*, 2006.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos. Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/AccesoDESC07sp/Accessodescindice.sp.htm>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 1/18. Corrupción y derechos humanos. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-18-es.pdf>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. Disponible en <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.X.htm>.
- Communication Under Article 15 of the Rome Statute of the International Criminal Court The Commission of Crimes Against Humanity in Cambodia July 2002 to Present. Disponible en https://www.fidh.org/IMG/pdf/executive_summary.pdf.

- Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional. Disponible en <https://www.un.org/spanish/law/icc/conferen/court/court.htm>.
- Confilegal, “El ecocidio fue suprimido del borrador del Estatuto de Roma por presiones de EE.UU., Francia, Gran Bretaña y Holanda”. Disponible en <https://confilegal.com/20170715-ecocidio-fue-suprimido-del-borrador-del-estatuto-roma-presiones-ee-uu-francia-gran-bretana-holanda/>.
- De Brabandere, Eric, *State-Centrism and Human Rights Obligations Challenging ‘Stateless’ Approaches towards Direct Corporate Responsibility*. Disponible en https://ghum.kuleuven.be/ggs/research/non_state_actors/publications/de_brabandere.pdf.
- Deva, S. y D. Birchal (eds.), *Research Handbook on Human Rights and Business*, Edward Elgar, 2020.
- Diario del Derecho*, “Ecocidio; por Adán Nieto Martín, Jacobo Dopico Gómez-Aller y Luis Arroyo Zapatero, Catedráticos de Derecho Penal”, 12 de diciembre de 2019. Disponible en https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1193512.
- Enneking, E., *Multinational Corporations, Human Rights Violations and a 1789 US Statute. A Brief Exploration of the Case of Kiobel v. Shell*, en *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2013. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2204762.
- Esteve Moltó, J. E., “La estrecha interdependencia entre la criminalidad de las empresas transnacionales y las violaciones al derecho internacional de los derechos humanos y del medio ambiente: lecciones del caso Bhopal”, *REEI Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 32, 2016.
- Federación Internacional de los Derechos Humanos. Disponible en <https://www.fidh.org/es/region/asia/camboya/16178-camboya-examen-preliminar-de-la-cpi-solicitado-por-crime-derivados-del>.
- Fernández Gaztea, J. y A. Muñoz Fernández, “Comply or explain in the EU, or the new human rights reporting obligation: an analysis of directive 2014/95/EU”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 9, núm. 1, 2017, pp. 285-299.
- Gómez Isa, F., “El desplazamiento forzado de los pueblos indígenas en Colombia”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, núm. 30, 2014.

- Grimheden, J., "Civil Litigation in response to corporate human rights abuses: the European Union and its Member States", *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 50, Issue I, 2018.
- Guamán Hernández, A., *La impunidad de las empresas transnacionales por violaciones de derechos humanos*. Disponible en https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2019/04/INFORME_-La-Impunidad-de-las-Empresas-Transnacionales-El-Caso-.Chevron.pdf.
- Guerra Schleeff, F., "Reparación del daño ambiental de los territorios de los pueblos indígenas y tribales: una aproximación a partir los estándares interamericanos de derechos humanos", VIII Jornadas Australes de Medio Ambiente y Derecho, jueves 6 y viernes 7 de octubre de 2016, Universidad Austral de Chile, Valdivia.
- Hess, B., y M. Mantovani, "Current developments in forum access: Comments on jurisdiction and forum non conveniens", *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, Research Paper Series*, núm. 1, 2019.
- Hervé D. y J. Schönsteiner, "Empresas, medio ambiente y derechos humanos: La zona industrial de Quintero-Puchuncaví", en Alberto Coddou (ed.), *Informe 2012*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2012, pp. 131-162.
- Hotwire, *El liderazgo frente al nuevo consumidor B2B2C: marcas con conciencia social*. Disponible en https://www.amic.media/media/files/file_352_1904.PDF.
- Human Rights in Business. Disponible en <http://humanrightsinbusiness.eu/>.
- Iglesias Márquez, D., "Empresas, derechos humanos y el régimen internacional del cambio climático: la configuración de las obligaciones climáticas para las empresas", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2020, pp.85-134
- Iglesias Marquez, D. y M. C. Marullo, "Seeking Access to Justice for Victims of Corporate Abuses through the Sustainable Development Goals Rethinking Sustainable Development in Terms of Justice", *Issues of Law, Theory and Governance*, Cambridge Scholars Publishing, pp.120-145.
- Informe del Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, A/CONF.183/2/Add.1, 14 de abril de 1998.

- Disponible en <https://www.dipublico.org/conferencias/cortepenal/A-CONF.183-2-Add.1.pdf>.
- Informe sobre Derecho Penal Internacional y Protección del Medioambiente, presentado en abril de 2020. Disponible en <https://law.ucla.edu/~media/Assets/Promise%20Institute%20of%20Human%20Rights/Documents/International%20Criminal%20Law%20and%20the%20Environment/Report%20of%20the%20Expert%20Workshop%20%20ICL%20and%20environment%20v2.ashx>.
- López Jacoiste Díaz, E. y C. Fernández Liesa (eds.), *Empresas y derechos humanos*, Aranzadi, 2018.
- Marullo, M.C., M. J. Muñoz Torres y M. Á. Fernández Izquierdo, “Los derechos humanos en las cadenas de suministro globales: el caso del sector textil”, en M. C. Marullo, F. J. Zamora Cabot, *Empresas y Derechos Humanos: temas actuales*, Napoles, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 387-417.
- Marullo M. C. y F. J. Zamora Cabot (eds.), *Empresas y derechos humanos: temas actuales*, Napoles, Editoriale Scientifica, 2018.
- Marullo, M. C. y F. J. Zamora Cabot, “Transnational human rights litigations. Kiobel’s Touch and Concern: a test under construction”, *Papeles el Tiempo de los Derechos*, núm. 1, 2016.
- Muñoz Fernández, A., “Tutela judicial efectiva y foro de necesidad: su aplicación a acciones contra las multinacionales por violaciones de derechos humanos” en Carlos R. Fernández Liesa y María Eugenia López-Jacoiste Díaz (dirs.), *Empresas y derechos humanos*, 2018, pp. 109-140.
- Muñoz Fernández, A. y L. Sales Pallarés, “Las leyes anti esclavitud: primeras respuestas judiciales”, en M. C. Marullo y F. J. Zamora Cabot (coords.), *Empresas y derechos humanos: temas actuales*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 277-303.
- Muñoz Fernández, A. y L. Sales Pallarés, “Leyes internas sobre transparencia de multinacionales: los particulares como agentes de la lucha contra las nuevas formas de esclavitud”, en F. J. Zamora Cabot, J. García Cívico y L. Sales Pallarés (eds.), *La responsabilidad de las multinacionales violaciones de derechos humanos*, Madrid, Marcial Pons, pp. 109-134.
- Naciones Unidas, Objetivos de desarrollo sostenible. Disponible en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/>.

- Naciones Unidas, *Declaración de los Derechos Humanos*. Disponible en <https://dudh.es/art8/>.
- Naciones Unidas, Objetivos de desarrollo sostenible, Objetivo 16; promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas. Disponible en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>.
- Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/Pages/Home.aspx>.
- Nam, S., "Reducing the Governance Gap for Corporate Complicity in International Crimes", *Brook. J. Int'l L.*, núm, 45, 2019.
- New, S. J., "Modern slavery and the supply chain: the limits of corporate social responsibility?", *Supply Chain Management: An International Journal*, vol. 20, núm. 6, 2015, pp. 697-707.
- Nieto Martín, A., J. Dopico Gómez Aller y L. Arroyo Zapatero, *Ecocidio*. Disponible en https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1193512.
- Observatorio de Multinacionales en América Latina, "Mineras y petroleras causantes de ecocidio en México". Disponible en <http://omal.info/spip.php?article6540>.
- OEIGWG, *Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*, 2019. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf.
- Office of the Prosecutor, Policy paper on case selection and prioritisation, septiembre 2016. Disponible en https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf.
- Pacto Mundial, Red Española. Disponible en <https://www.pactomundial.org/2020/01/sector-privado-ante-ods-17/>.
- Plan de Acción para la Implementación de la Agenda 2030. Disponible en <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Multimedia/Publicaciones/Documents/PLAN%20DE%20ACCION%20PARA%20LA%20IMPLEMENTACION%20DE%20LA%20AGENDA%202030.pdf>.
- Pigrau Solé, A. y D. Iglesias Márquez, "La versió revisada de l'Esborrany del Tractat sobre Empreses i Drets Humans: cap a la següent ronda de negociacions", Barcelona, Policy Paper ICIP, 2019.

- Pigrau, A. "The Texaco-Chevron case in Ecuador: Law and justice in the age of globalization", *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 5, núm. 1, 2014.
- PricewaterhouseCoopers, "La actitud del consumidor hacia la Responsabilidad Social Corporativa (RSC)". Disponible en https://jussemper.org/Newsletters/Resources/Actitud_Consum_Esp_RSC.pdf.
- Prihandono, I., "Barriers to transnational human rights litigation against transnational corporations (TNCs): The need for cooperation between home and host countries", *Journal of Law and Conflict Resolution*, vol. 3, núm. 7, 2011, pp. 89-103.
- Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Disponible en <https://www.unenvironment.org/civil-society-engagement/partnerships/principle-10>.
- Reguart-Segarra, N., "Business, Indigenous Peoples' Rights and Security in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights", *Business and Human Rights Journal*, vol. 4, núm. 1, 2019, pp.109-130.
- Sachs, J. D., *The age of sustainable development*, Columbia University Press, 2015.
- Sales Pallarés, L. y M. C Marullo, "La insostenibilidad de las empresas certificadas" (en prensa).
- Sales Pallarés, L. y M. C Marullo, "Informes de sostenibilidad y planes de vigilancia: explorando nuevos caminos para luchar contra la impunidad empresarial" (en prensa).
- Sales Pallarés, L. y M. C Marullo, "El 'ángulo muerto' del Derecho Internacional: las empresas transnacionales y sus cadenas de suministro", *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 78, 2018, pp. 261-291.
- State of Power 2020: the corporations. Disponible en <https://longreads.tni.org/state-of-power-2020/>.
- Zamora Cabot, F.J. y M. C. Marullo, "Empresas multinacionales y dd.hh.: ¿Hacia el fin de la impunidad? Apuntes a la decisión del tribunal supremo canadiense en Nevsun Resources Ltd. v. Araya", *Papeles el tiempo de los Derechos*, 2020. Disponible en <https://www.business-humanrights.org/en/node/207725>.

- Zamora Cabot, F. J. y M. C. Marullo, "Las grandes empresas y su incidencia sobre el sistema democrático", *Papeles el tiempo de los derechos*, Huri-Age, Consolider, 2019. Disponible en <https://redtiempodelosderechos.files.wordpress.com/2019/11/wp-18-19-grandes-empresas-democracia.pdf>.
- Zamora Cabot, F. J., "Las empresas multinacionales y su responsabilidad en materia de derechos humanos: una visión de conjunto", en N. Bouza Vidal, C. García Segura, A. J. Rodrigo Hernández y P. Pareja Alcaraz (coords.), *La gobernanza del interés público global*, 2015, pp. 744-769.
- Zamora Cabot, F. J., "Desarrollo sostenible y empresas multinacionales: Un estudio sobre los acaparamientos de terra (land grabbings) en clave de responsabilidad", *Papeles el tiempo de los derechos*, núm. 4, 2015, pp. 1-24.
- Zamora Cabot, F. J., J. García Cívico y L. Sales Pallarés (eds.), *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos*, Universidad de Alcalá, 2013.
- Zamora Cabot, F. J., "Kiobel v. Royal Dutch Corp. y los litigios transnacionales sobre derechos humanos", *Papeles el tiempo de los derechos*, núm. 4, 2011. Disponible en https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19298/kiobel_zamora_PTD_2011.pdf?sequence=1.

DIÁLOGOS
JURÍDICOS
ENTRE
ESPAÑA Y MÉXICO
————— 8 —————

coordinado por Martha Elba Izquierdo Muciño, se terminó de editar el 12 de julio de 2021.

Piedad Liliana Rivera Cuevas
y Nahualito servicios editoriales
Corrección de estilo

Nahualito servicios editoriales
Diagramación de interiores y portada

Patricia Vega Villavicencio
Coordinación editorial

Por disposición del Reglamento de Acceso Abierto de la Universidad Autónoma del Estado de México se publica la versión PDF de este libro en el Repositorio Institucional de la UAEM.

La colaboración interuniversitaria entre la Universitat Jaume I de Castellón España y la Universidad Autónoma del Estado de México, más la ilusión y el esfuerzo puesto en común por docentes e investigadores de ambas instituciones, traen como resultado la publicación del octavo número de *Diálogos jurídicos entre España y México*.

Entre los temas que analiza este número están los diferentes tipos de violencia contra la mujer y el marco jurídico que se ofrece para su protección en México; los menores con riesgo de exclusión social, incluyendo a aquellos con discapacidad y las políticas públicas implementadas por el Estado ante estos problemas; el derecho a la intimidad y a la privacidad desde la óptica del derecho latinoamericano, del derecho europeo y norteamericano, además del derecho a la protección de datos personales en contra de todo tipo de intromisión a su intimidad y como un derecho humano.

Así, invitamos al lector a adentrarse en este texto que es producto del esfuerzo de los profesionales de las disciplinas jurídicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Universitat Jaume I y de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México.

