

Artículos de Investigación



ALEXIS AGUILAR DOMÍNGUEZ
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, MÉXICO
510019417@derecho.unam.mx

LA PROBLEMÁTICA DE LA CONFESIÓN REALIZADA FUERA DE LA ETAPA DE DESAHOGO DE PRUEBAS EN LOS JUICIOS MERCANTILES

THE PROBLEMS OF CONFESSION MADE OUTSIDE THE SUBMISSION OF EVIDENCE STAGE IN COMMERCIAL LAWSUITS

Cómo citar el artículo:

Aguilar A, (2023). La problemática de la confesión realizada fuera de la etapa de desahogo de pruebas en los Juicios Mercantiles. Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia, VIII (23) <https://DOI.org/10.32870/dgedj.v8i23.389> pp. 15-37

Recibido: 29/06/20 Aceptado: 22/12/20

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo brindar respuestas a las interrogantes que se desprenden de la reforma del año 1996 del artículo 1235 del Código de Comercio vigente en la Federación, debido a que dicho artículo aún es omiso en precisar diversas cuestiones que atañen cuando se solicita la ratificación de la confesión, cuando está es producida sin la presencia judicial.

PALABRAS CLAVE

Confesión, ratificación, presencia judicial, valor probatorio.

ABSTRACT

The present research addresses and enunciates a possible solution to the unknowns that are thrown and arise from article 1235 of the Commercial Code in force in the Federation, since the article fails to specify various questions that concern when the ratification of the confession is requested, when it is produced without judicial presence.

KEYWORDS

Confession, ratification, judicial presence, probative value.

Sumario: I. Introducción II. Nota metodológica III. Definición de confesión. IV. Naturaleza jurídica de la confesión judicial. V. Características de la confesión. VI. Efectos de la confesión. VII. Clases de confesión judicial. VIII. La Confesión Producida sin la Presencia Judicial. IX. ¿A quién le corresponde solicitar la ratificación y para que efecto?. X. ¿Qué consecuencias lleva la confesión realizada fuera de la presencia judicial?. XI. ¿Cómo se ofrece y desahoga la ratificación de la confesión realizada?. XII. ¿Es posible retractarse de la confesión realizada sin la presencia judicial? XIII. ¿Cuál es el momento procesal oportuno para solicitar la ratificación?. XIV. Conclusion. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Es un hecho que el Código de Comercio vigente en la Federación es de larga data, y éste ha sido reformado en múltiples ocasiones; no obstante lo anterior, el Código de Comercio sufre de diversas problemáticas, una de ellas son las lagunas al interior del ordenamiento que intenta regular. En este sentido, es al juzgador a quien le concierne una labor de vital importancia, y ésta es la de resolver a pesar de que se carezca de respuesta alguna en la legislación aplicable; tal solución para colmar a las lagunas no resulta sencilla sino que conlleva un alto grado de *expertise*, de reflexión personal e interpretación antes de emitir una respuesta.

Las reforma realizada al Código de Comercio que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación con fecha 24 de mayo de 1996, en específico al artículo 1235, ha sido el origen a diversos problemas que se suscitan diariamente en las actividades jurisdiccionales y de la impartición de justicia a los ciudadanos. El artículo 1235 se refiere a la confesión realizada en un juicio mercantil, en específico únicamente a la que se realiza al contestar la demanda o en cualquier otro acto dentro del juicio.

Es necesario hacer patente la delimitación del presente trabajo de investigación, pues éste se va a constreñir únicamente respecto a la problemática existente conforme a la prueba confesional en materia mercantil señalada en los supuestos enmarcados en el párrafo anterior.

El problema por tratar tiene su fundamento en el artículo 1235 del Código de Comercio, toda vez que éste se pronuncia con respecto a la confesión realizada fuera de la presencia judicial, y este artículo le otorga un tratamiento “*sui generis*” a esta clase de confesión, al exigir a quien la ofrece la carga procesal de solicitar la ratificación por la parte colitigante para que se perfeccione.

Cabe mencionar que la presente investigación arroja diversas interrogantes por aclarar, a causa de que el Código de Comercio guarda silencio en tales cuestionamientos, mismas interrogantes que se convertirán en los objetivos a desarrollar en la presente investigación y que serán resueltas.

Este artículo de investigación tiene como objetivos generales dilucidar la siguiente interrogante: ¿Es posible revocar la confesión? ¿En qué momento procesal se

debe ofrecer la ratificación de la confesión, dado que el Código de Comercio guarda silencio al respecto?

Como objetivos secundarios se pretende conocer lo siguiente: ¿Quién debe solicitar la ratificación y para qué efectos? ¿Qué implica la confesión realizada fuera de la presencia judicial? ¿Cómo se ofrece y desahoga la ratificación?

II. NOTA METODOLÓGICA

Para lograr el desarrollo de los objetivos planteados en la presente investigación, es imperante seguir un orden metodológico, por lo que primeramente se abordará el concepto y definición de la confesión; simultáneamente a lo anterior, se aplicará el método deductivo que parte de lo general a lo particular, ya que como se mencionó, primeramente se abordará la definición y naturaleza jurídica de la confesión, pero posteriormente enumerar las clases que reconoce el Código de Comercio y la jurisprudencia, respecto a ésta.

Posteriormente, una vez identificada las clases de confesión existentes, primeramente a través del método analítico se realizará el estudio del artículo 1235 del Código de Comercio vigente en la Federación, junto con otros artículos del mismo código y de diversos ordenamientos aplicables, para que después y utilizando el método sintético, de manera armoniosa y teleológica se puedan elaborar las respuestas de los objetivos señalados.

Por lo tanto, otro de los métodos utilizado será el sistemático jurídico para poder encontrar una respuesta a las interrogantes realizadas dentro del cúmulo de artículos del Código de Comercio y de otros ordenamientos, debido a la a falta de disposición expresa por el legislador en el primero de ellos. Cabe recordar que al hacer uso del método sistemático jurídico, una norma no se encuentra aislada, sino que ésta debe estudiarse en su conjunto con otras normas.

Se hará uso del método de derecho comparado, con la finalidad de encontrar respuestas en las legislaciones de países distintos a México, dado que al utilizar este método se realiza una comparación entre diversas legislaciones, lo cual puede llegar a arrojar similares o distintas soluciones a un mismo problema.

Respecto a las técnicas de investigación, se hará uso de la técnica documental, y dentro de éstas, preponderantemente, se hará uso de la doctrina, legislación y de la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Existe la necesidad de abordar los temas relativos a la: definición de la confesión, los tipos de confesión, así como la naturaleza jurídica de la misma; puesto que a través del estudio de estos temas se podrán despejar las interrogantes y cumplir a la vez con los objetivos de la presente investigación.

III. DEFINICIÓN DE CONFESIÓN

“Cuando la confesión no es espontánea ni impuesta por algún imperativo interior, se la arranca; se la descubre en el alma o se la arranca al cuerpo”. **Michel Foucault, La Voluntad de Saber.**

Etimológicamente la palabra confesión deviene del latín *confessio*, que quiere decir declaración que uno hace de lo que sabe, ya sea espontáneamente o inquirido por otro, o declaración del litigante o del reo en juicio, en otras palabras, es la declaración que alguien hace de lo que sabe.

La confesión jurídicamente hablando, hace alusión a la declaración personal de una de las partes contendientes en un juicio. A la confesión siempre se le ha atribuido un mayor peso decisorio, por ser ésta la declaración que hace, a su adversario, en contra de sus propios intereses y que beneficia a aquél.

Nos comenta Salvador Yannuzzi, que la manifestación realizada (la confesión) no debe realizarse única y exclusivamente en un proceso judicial (de la índole que sea) y en el que el declarante sea parte, sino que podría hacerse de forma extraprocesal, en presencia de terceros o estar contenida en documentos públicos o privados, de lo que derivaría la espontaneidad de ella, sin que se esté contestando un interrogatorio.¹

Primeramente, hay que evitar confundir la confesión con la prueba confesional, no hay que confundir el contenido con el continente, pues la prueba confesional es el medio para lograr la confesión, y ésta última es el reconocimiento de hechos

¹ Yannuzzi Rodríguez, Salvador: “La anulación de la confesión en el procedimiento civil”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Venezuela, 2011, núm. 65, pp.12-13, <https://bit.ly/3mdFZ85> , Fecha de consulta: 06/12/2020.

propios. La confesión puede ser provocada y espontánea; para lograr la primera se debe realizar un interrogatorio que formalmente se le denominan posiciones², éstas son un medio para provocar que la parte contraria confiese, en síntesis, la confesional no es una prueba sino el medio para obtenerla. Como se mencionó en el párrafo anterior, la confesión más conocida es la que se produce cuando se desahoga la prueba confesional a cargo de una de las partes. El desahogo de una confesión tiene como base primordial las posiciones que se formulen.

En el Código de Comercio de la República Mexicana no define qué es la confesión, únicamente hace referencia a la prueba confesional; sin embargo, la anterior Tercera Sala precisó que la confesión es el reconocimiento que uno de los litigantes hace de la verdad de un hecho susceptible de producir consecuencias jurídicas a su cargo, lo cual significa que cuando una de las partes no reconoce ningún hecho que le ocasione perjuicio, no puede estimarse que exista confesión de su parte.³

Así las cosas, la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con claridad meridiana mencionó, que uno de los elementos esenciales de la confesión es que la declaración debe recaer sobre hechos y que estos le sean perjudiciales, en otras palabras, resulta relevante únicamente aquella parte de la declaración que perjudique al que confiesa.

Jacinto Pallares expresa que la confesión “[...]es el reconocimiento expreso o tácito, que hace una de las partes de hechos que le son propios, relativos a las cuestiones controvertidas y que le perjudican”⁴.

La confesión es la admisión que se hace dentro de juicio o fuera de él, respecto a la verdad de un hecho o de un acto que produce consecuencias desfavorables para el declarante.⁵

² Son las aseveraciones que se formulan de manera verbal o por escrito de los hechos que pretenden demostrarse o desvirtuarse.

³ Cfr. contradicción de tesis 60/97. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito y Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

⁴ Pallares, Eduardo: *Diccionario de Derecho procesal civil*, Porrúa, México, 1994, p.175.

⁵ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Porrúa-UNAM, México, 2001, p.720.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONFESIÓN

“If there can be nothing like complete definiteness in the natural sciences, it is surely absurd to expect to realize even approximate certainty and predictability in law, dealing as it does with the vagaries of complicated human adjustments.” Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*.

En muchas ocasiones se presuponen pluralidades de cosas sin realmente indagarlas, esto se puede apreciar cuando se acepta algo sin realizar cuestionamiento alguno; en el campo del derecho esto no sucede sin excepción, entonces cabe preguntar lo siguiente: ¿A qué se hace referencia cuando se habla de la naturaleza jurídica de la confesión? Pues bien, para responder esta cuestión utilizaremos dos definiciones que a continuación señalamos:

Gil Hernández menciona que “... determinar la naturaleza jurídica de una institución consiste en determinar si esta ofrece entidad propia, o bien si se integra y cómo en otras instituciones o en otros conceptos más generales.”⁶ Para Sergio Le Pera, la naturaleza jurídica consiste en “establecer un tipo específico de relación entre el conjunto de preceptos en que este concepto consiste, y otro concepto (conjunto de preceptos) considerado “superior” o “genérico”.⁷

Para el desarrollo de la presente investigación, tomaremos como postura de la naturaleza jurídica de la confesión, aquella que la identifica como un medio probatorio, consistente en una declaración de conocimiento; esto es así, toda vez el criterio dominante y que se iguala con nuestro ordenamiento legal tanto en el Código de Comercio, como en el Código Federal de Procedimientos Civiles en México, es el que considera a la confesión como un medio de prueba.⁸

En este sentido, es apropiado asumir en la presente investigación la tesis relativa a la naturaleza jurídica de la confesión como un medio probatorio, toda vez que ésta sostiene que la confesión es una declaración de una de las partes (en un proceso)

⁶ Hernández Gil, Antonio: *Derecho de Obligaciones*, Madrid, Ceura 1983, p.277.

⁷ Le Pera, Sergio: *La Naturaleza Jurídica*, Argentina, Panedille, 1971, p.78.

⁸ Cfr. artículos 1211, 1212 y 1213 del Código de Comercio vigente en México y los artículos 93 y 95 del Código Federal de Procedimientos Civiles en México.

acerca del conocimiento sobre determinados hechos que le perjudicara, toda vez que es el propio legislador quien la cataloga como medio de prueba.

Numerosos tratadistas han enumerado diversas teorías sobre la naturaleza jurídica de la confesión, que a la fecha no se han logrado depurar, entre ellas destacan las siguientes: las que la equiparan a un contrato bilateral, a un negocio jurídico unilateral.

Es erróneo considerar que el sustento de la naturaleza jurídica de la confesión se homologue a un contrato bilateral o unilateral, es inviable considerarlo un contrato privado, dado que la vinculación existente entre la declaración de las partes en el proceso no deviene de la voluntad de éstas, sino por la necesaria sumisión que deben al pronunciamiento judicial.

Otra razón por la cual las teorías que enuncian la naturaleza como un contrato privado son erróneas, se debe a que olvidan el principio de adquisición procesal de las pruebas o también llamado comunidad de la prueba. Aunque en la legislación mexicana es inexistente algún artículo que regule este principio, lo anterior no es óbice para que en la práctica de los tribunales, estos reconozcan el peso jurídico concerniente y por tal motivo, se ha convertido en uno de los principios más estimulantes en lo que a procedimiento refiere.

En la praxis, conforme a lo establecido por la extinta Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, configura al principio de adquisición procesal como aquél que obliga a valorar todas las pruebas practicadas, ya a favor, ya en contra de cualquiera de las partes.

Sexta Época. 277154. Cuarta Sala. Jurisprudencia.: Semanario Judicial de la Federación. Volumen XV. 12 de septiembre de 1958, página 21. Amparo directo 2163/58

ADQUISICION PROCESAL, PRINCIPIO DE. De acuerdo con el principio de adquisición procesal, los actos realizados por los litigantes no sólo benefician a la parte que los realiza, sino a las demás que pueden aprovecharse de ellos. Conforme a este principio que obedece a la naturaleza jurídica del proceso que es un todo unitario e indivisible, las pruebas rendidas por una de las partes en provecho propio pueden ser utilizadas por las demás, si así conviene a sus intereses.⁹

⁹ Tesis aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Sexta Época, p.21.

El anterior criterio ha quedado ya plasmado en la jurisprudencia por el Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Segundo Circuito, misma que es extensiva a la materia civil, el cual dictamina lo consiguiente:

Novena Época. 188705. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XIV. Octubre de 2001, página 825. Tesis: II.T. J/20

ADQUISICIÓN PROCESAL, PERMITE VALORAR LAS PRUEBAS EN CONTRA DE QUIEN LAS OFRECE. Las pruebas allegadas a juicio a través de la patronal, conforme al principio de adquisición procesal, puede beneficiar el interés de su contraria, si de las mismas se revelan los hechos que pretende probar.¹⁰

Por consiguiente, podemos colegir que la voluntad de las partes es irrelevante en la confesión para que ésta tenga relevancia jurídica dentro del proceso, puesto como afirma Guasp, no se supedita a la voluntad de ellas.

Otra de las razones respecto a que la confesión no puede ser de naturaleza jurídica contractual, se debe al otro aspecto que rodea al principio de adquisición procesal, referente a que todo medio probatorio que ha sido propuesto dentro del proceso, pasa a formar parte de éste y ya no se considera de las partes que la hayan ofrecido, lo que lleva consigo que dejen de formar parte de la esfera dispositiva y se convierte en un elemento más del proceso.¹¹

Respecto a la confesión, Jaime Guasp emite sus conclusiones de la siguiente manera:

“El ámbito de la confesión en cuanto a su naturaleza es pues típica y exclusivamente de los medios de prueba. Sea cual sea la posibilidad de imaginar fuera y al margen del proceso un negocio jurídico de reconocimiento para el proceso, la confesión sino es un tipo especial de prueba aquella prueba que se obtiene mediante declaraciones o manifestaciones de las partes que

¹⁰ Tesis II.T.J/20, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, octubre de 2011, p. 825.

¹¹ Valmaña Cabanes, Antonio: “El Principio de Adquisición Procesal y su Proyección Sobre la Prueba no Practicada”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, España, año 2012, núm. 2, 2012, p. 7, <https://bit.ly/3atRUtX>. Fecha de consulta: 01/02/2021.

tiende a formar la convicción jurídica. Como tal medio de prueba, la naturaleza de la confesión puede referirse a declaraciones de voluntad sino a declaraciones de conocimiento...”¹²

Entonces, al ser la confesión una manifestación o declaración del confesante, ésta tiene una sola finalidad, que no es más que crear convicción en el ánimo del juzgador sobre la existencia o inexistencia de los hechos confesados, o sea, que la confesión tiene como objetivo la demostración o falsedad de los hechos aducidos por las partes y que impactan directamente en el proceso, lo que conlleva a equipararla con otro medio probatorio más.

V. CARACTERÍSTICAS DE LA CONFESIÓN

Las características de la confesión son dos: su irrevocabilidad e indivisibilidad. La indivisibilidad consiste en “[...]que aquel que quiera aprovecharse de las declaraciones judiciales o extrajudiciales realizadas por su adversario, debe invocarlas en su totalidad, es decir que no puede aceptarlas en lo que le favorezcan y rechazarlas pura y simplemente en lo que le perjudiquen.”¹³

En la legislación civil de la República Mexicana, la indivisibilidad de la confesión se encuentra en el Código Federal de Procedimientos Civiles, en el artículo 96: “La confesión sólo produce efecto en lo que perjudica al que la hace; pero si la confesión es la única prueba contra el absolvente, debe tomarse íntegramente, tanto en lo que lo favorezca como en lo que lo perjudique.”

VI. EFECTOS DE LA CONFESIÓN

Una vez realizada o prestada la confesión, ésta se convierte en prueba plena en contra del confesante y respecto del hecho sobre el cual hace referencia, razón por la cual existe la locución latina que expresa “*confessio alterius alii non praeiudicat*”, misma que puede traducirse como la confesión de uno no perjudica al otro, es decir, la confesión únicamente perjudica a quien la hace.

¹² Guasp, Jaime: Derecho procesal civil, Madrid, Civitas, 1998, t. II, p. 304

¹³ Salazar, Marta Yolanda: *La Prueba por Confesión en Materia Procesal Civil* (Tesis para obtener el grado de doctor en jurisprudencia y ciencias sociales), Universidad Nacional de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 1998, <https://bit.ly/2YCIY0I>. Fecha de consulta: 05/12/2020.

Cabe mencionar que la confesión deja de ser eficaz si se prueba que al realizarse ésta, se cometió un error de hecho. Sobre esta cuestión, se abordará posteriormente con mayor detalle.

VII. CLASES DE CONFESIÓN JUDICIAL

Hugo Alsina realiza una clasificación bastante didáctica dependiendo de varios aspectos que ofrece la confesión. La clasificación de la confesión judicial puede ser de separada en distintas clases: se pueden dividir aquellas confesiones dependiendo del lugar en que se realiza, es decir, si estas se realizan dentro de un proceso judicial o fuera de éste, siendo divididas de la siguiente manera; también se habla de aquellas confesiones que son realizadas.

VIII. LA CONFESIÓN PRODUCIDA SIN LA PRESENCIA JUDICIAL

Vamos a comenzar recordando lo que mencionan dos artículos del código de comercio, en específico los numerales 1211 y 1212 del citado ordenamiento. El primero de ellos menciona (de manera enunciativa más no limitativa) lo siguiente: “La confesión puede ser judicial o extrajudicial”; el segundo indica que es: “Es judicial la confesión que se hace ante juez competente, ya al contestar la demanda, ya absolviendo posiciones”.

Ahora bien, retomando lo anterior acerca de la prueba confesional, son dos situaciones en materia mercantil en las que puede suscitarse una confesión judicial, entre las cuales se incluye al contestar la demanda y la que acaece al momento de absolver las posiciones planteadas durante el desahogo de prueba; siendo requisito *sine qua non* de que sean realizadas ante juez competente de lo contrario será considerada como una confesión extrajudicial.¹⁴

A lo expuesto anteriormente y existiendo la confesión en las situaciones señaladas, surge un problema derivado del artículo 1235 del código mercantil:

¹⁴ Véase artículo 1213 del código de comercio.

Artículo 1235.- Cuando la confesión no se haga al absolver las posiciones, sino al contestar la demanda o en cualquier otro acto del juicio, no siendo en la presencia judicial, para que ésta quede perfeccionada, el colitigante deberá pedir la ratificación, y si existiere negativa injustificada para ratificar dicho escrito que contenga la confesión, o bien omisión de hacerlo, se acusará la correspondiente rebeldía, quedando perfecta la confesión.

Ahora en relación con la problemática que emana del artículo 1235, resulta pertinente explicar las consecuencias del artículo anteriormente transcrito:

1. El artículo 95 del Código Federal de Procedimientos Civiles válido en la República Mexicana¹⁵, señala como expresa a la confesión suscitada al contestar la demanda o en cualquier otro acto de juicio. Concatenando de manera armoniosa dicho numeral y el artículo 199¹⁶ de dicho ordenamiento adjetivo, éste último le concede pleno valor sin necesidad de ser ofrecida como prueba, siempre y cuando concurren los elementos que enumera.

2. El Código de Comercio se aleja del criterio sostenido en el Código Federal de Procedimientos Civiles, y niega a la confesional realizada al contestar la demanda o en otra parte del juicio (salvo al absolver posiciones) el valor de prueba plena, debido a que se encuentran supeditadas a su ratificación para que sean perfeccionadas.

IX. ¿A QUIÉN LE CORRESPONDE SOLICITAR LA RATIFICACIÓN Y PARA QUE EFECTO?

Como lo demuestra el artículo 1235 del Código de Comercio, éste arroja la carga al actor para perfeccionar la confesión expresa realizada tanto al contestar la demanda como o en cualquier otro acto del juicio, fuera de la presencia judicial.

En lo tocante a los efectos buscados al mandar a ratificar la confesión, pues concisa y puntualmente se contesta que se realiza para pueda considerarse como prueba plena, es decir, se pide la ratificación de la confesional para que ésta sea perfecta.

¹⁵ Artículo 95. La confesión puede ser expresa o tácita: expresa, la que se hace clara y distintamente, ya al formular o contestar la demanda, ya absolviendo posiciones, o en cualquier otro acto del proceso; tácita, la que se presume en los casos señalados por la ley.

¹⁶ Artículo 199. La confesión expresa hará prueba plena cuando concurren, en ella, las circunstancias siguientes: I. Que sea hecha por persona capacitada para obligarse; II. Que sea hecha con pleno conocimiento, y sin coacción ni violencia, y III. Que sea de hecho propio o, en su caso, del representado o del cedente, y concerniente al negocio.

Además, relacionado con los efectos y/o consecuencias de la ratificación, es importante manifestar que una de sus motivaciones además de que se le considera como prueba plena, yace en virtud de que dicha ratificación responde a un factor de seguridad jurídica tendiente a proteger al que, sin estar ante la presencia judicial, emite por escrito declaraciones capaces de pararle perjuicio.

Lo anterior cobra fuerza habida cuenta que, tratándose de la confesión vertida al contestar la demanda, el Juez realmente desconoce en qué condiciones se efectuó, esto es, si hubo error, violencia o si alguien maliciosamente suplantó al ocurrente y usando su nombre y firma, hizo aparecer que se admitieron determinados hechos que benefician al contrario. Además, es bien sabido que no todos tienen la posibilidad de expresar sus pensamientos de modo tal que se refleje sin lugar a duda lo que se quiso decir; la experiencia cotidiana demuestra que el mismo párrafo de un escrito, muchas veces es susceptible de interpretarse en varios sentidos y en tales casos, ante la imposibilidad de solicitar aclaraciones, surge la interrogante de a cuál de ellos debe estarse.

X. ¿QUÉ CONSECUENCIAS LLEVA LA CONFESIÓN REALIZADA FUERA DE LA PRESENCIA JUDICIAL?

Prima facie se crea la duda si la confesión realizada sin la presencia judicial conlleva a que ésta se le niegue el carácter de una confesión judicial. Lo anterior surge a la luz del artículo 1212 del Código de Comercio, en la inteligencia de que únicamente considera confesión judicial la efectuada al contestar la demanda y al absolver posiciones.

A pesar de la duda planteada en el párrafo anterior, tal interrogante se encuentra totalmente superada a causa de la existencia de una jurisprudencia (por contradicción) respecto a la confesión formada durante la diligencia de exequendo, la cual le otorga el carácter de confesión judicial a pesar de no haber sido producida frente al juez; por lo que se puede llegar a la conclusión de que el artículo 1212 del Código de Comercio únicamente se pronuncia de manera enunciativa, más no limitativa. Ahora bien, cabe recordar la jurisprudencia por contradicción anteriormente mencionada:

Novena Época. 193192. Primera Sala. Jurisprudencia. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo X, Octubre de 1999, página 5. Tesis: 1a./J. 37/99

CONFESIÓN JUDICIAL. ALCANCES DE LA PRODUCIDA EN LA DILIGENCIA DE EXEQUENDO. En el juicio ejecutivo mercantil el requerimiento de pago, durante la diligencia de exequendo como primera actuación judicial, es la intimación que por virtud de un mandamiento judicial, el ejecutor del juzgado con base en las facultades y la fe pública de la que se encuentra investido, dirige a una persona para que pague el adeudo contraído o para que, en su caso, manifieste lo que estime conducente en relación con tal requerimiento; por tanto, si en dicha diligencia, a la luz de los artículos 1212 y 1235 del Código de Comercio, el demandado admite deber a la actora determinada cantidad, es una declaración que constituye una confesión, ya que se acepta la verdad de un hecho susceptible de producir consecuencias jurídicas a cargo del obligado, sobre todo cuando se realiza de manera espontánea, lisa, llanamente y sin reservas; por ello si el reconocimiento del adeudo se hace en el momento en que el deudor es requerido del pago, tal declaración es precisamente la que implica la confesión, misma que deberá ser valorada de acuerdo con las reglas de apreciación de las pruebas y en conjunto con el restante valor probatorio constante en autos. Conviene subrayar que la diligencia de requerimiento, embargo y emplazamiento efectuado en el juicio ejecutivo mercantil se configura dentro de los supuestos que abarca el artículo 1235 del Código de Comercio al mencionar: “[...] Cuando la confesión no se haga al absolver las posiciones, sino al contestar la demanda **o en cualquier otro acto del juicio, no siendo en la presencia judicial** [...]”. (énfasis añadido)

Por otro lado, el artículo 1235 señala que la confesión expresa realizada al contestar la demanda o en otro acto del juicio, para que sea perfecta y pueda configurarse como prueba plena, necesita que sea ratificada ante presencia judicial. Atento a lo anterior, dicho numeral confiere al colitigante el derecho subjetivo de pedir la ratificación, debiendo recordar que el principio dispositivo se aplica con mayor rigor en materia mercantil, así lo ha sostenido diversos tribunales colegiados de circuito y que se ha formado un criterio jurisprudencial:

Novena Época. 1013760. Tribunales Colegiados de Circuito. Jurisprudencia. Apéndice 2011. Tomo V. Civil Segunda Parte - TCC Primera Sección - Civil Subsección 2 – Adjetivo, página 1297.

PRINCIPIO DE ESTRICTO DERECHO. OPERA CON MAYOR RIGOR EN LA MATERIA MERCANTIL, QUE EN LA CIVIL. En los juicios mercantiles opera con mayor rigor el principio dispositivo de estricto derecho que en las controversias de carácter meramente civil,

lo que significa que a los contendientes, ante una actitud u omisión del órgano jurisdiccional que les perjudique, les compete actuar, promover y gestionar con más atención y cuidado, en el momento procesal oportuno, que sus pruebas sean admitidas y desahogadas, buscando con ello, que sus peticiones se satisfagan para inclinar el ánimo del juzgador y así lograr posiciones favorables ante la parte contraria.

En conclusión, el colitigante que sea beneficiado con la confesión realizada por el otro, tiene el derecho de solicitar la ratificación de la confesión producida tanto del escrito de contestación de demanda por parte de los demandados, así como de la confesión producida durante la diligencia de exequendo en el juicio ejecutivo mercantil; pero a la vez se encuentra constreñido a solicitarlo en el momento procesal oportuno, de lo contrario, las consecuencias que conlleven por la falta de interés jurídico, serán única y exclusivamente atribuibles a él por la omisión en realizar en tiempo determinada actuación procesal.

XI. ¿CÓMO SE OFRECE Y DESAHOGA LA RATIFICACIÓN DE LA CONFESIÓN REALIZADA?

El Código de Comercio vigente en la Federación carece de una respuesta con relación a la manera en cómo se ofrece y desahoga la ratificación de la confesión realizada al dar contestación a la demanda o durante el desahogo de la diligencia de exequendo. Por otro lado, el Código también es omiso respecto a si se debe señalar una fecha para desahogo del acto de la ratificación.

No obstante lo anterior, considero que es correcto lo que acontece en la práctica jurídica, toda vez que comúnmente el actor solicita la ratificación por escrito al juez que conoce de la controversia mercantil; como consecuencia de dicha solicitud, el juez señala fecha y hora para que se lleve a cabo la diligencia de ratificación por parte de los encausados, previo apercibimiento que, en caso de existir negativa injustificada para ratificar dicho escrito de contestación en el cual obra la confesión u omisión para hacerlo, se acusa la correspondiente rebeldía, quedando perfecta la confesión, en términos del artículo 1235 del Código de Comercio.

XII. ¿ES POSIBLE RETRACTARSE DE LA CONFESIÓN REALIZADA SIN LA PRESENCIA JUDICIAL?

Es ampliamente conocido que respecto a la confesión impera el principio de irrevocabilidad, como regla general. Una vez producida la confesión es imposible que ésta deje de surtir efectos aunque éste así lo desee, así lo menciona Mariano Viterbo: “[...] Una vez prestada la confesión, judicial o extrajudicialmente, voluntaria o forzadamente, expresa o tácitamente, tiene el mérito probatorio que hemos señalado, esto es, en síntesis, produce plena prueba en contra del confesante y respecto del hecho sobre el cual recae; y la ley le asigna además dos efectos de capital importancia, a saber, su indivisibilidad y su irrevocabilidad”.¹⁷

Para encontrar una respuesta a la interrogante planteada, es importante considerar lo que menciona el artículo 1235 del Código de Comercio: “Cuando la confesión no se haga al absolver las posiciones, sino al contestar la demanda o en cualquier otro acto del juicio, no siendo en la presencia judicial, para que ésta quede perfeccionada, el colitigante deberá pedir la ratificación, y si existiere negativa injustificada para ratificar dicho escrito que contenga la confesión, o bien omisión de hacerlo, se acusará la correspondiente rebeldía, quedando perfecta la confesión”.

De la lectura del numeral citado, se desprende lo siguiente “[...] **si existiere negativa injustificada para ratificar dicho escrito que contenga la confesión**, o bien omisión de hacerlo, se acusará la correspondiente rebeldía, quedando perfecta la confesión” (énfasis añadido); por lo tanto, *contrario sensu*, de existir negativa justificada para ratificar la confesión quedará imperfecta la confesión.

Entonces, *prima facie*, se percibe que la confesión es inalterable, en otras palabras, el confesante se encuentra imposibilitado de retractarse; no obstante lo anterior, en otra parte del artículo se colige y se deja abierta la posibilidad para revocarla, previo requisito *sine qua non* que la negativa sea justificada. Como puede observarse, la excepción perfecciona la regla, puesto que no la destruye, sino que la mejora, puesto que la vuelve más clara y precisa.

¹⁷ Casarino Viterbo, Mariano, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 5ª. ed., Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p.155.

Ahora bien ¿Qué se debe entender por negativa justificada? ¿Qué se debe probar para que se considere una negativa a ratificar la confesión sea justificada? Tomando en consideración la postura de diversos tratadistas, así como la legislación de diversos ordenamientos jurídicos, se llega a la conclusión de que una negativa justificada para negarse a ratificar la confesión realizada fuera de la presencia judicial deviene cuando ésta ha sido producida por un error de hecho.

Con lo anteriormente enunciado, cabe preguntarse ¿Qué es un error de hecho? Un error de hecho al prestar una confesión es definido por Salvador Yanzuzi Rodríguez de la siguiente manera: “El error de hecho no es más que la incongruencia entre la realidad y lo declarado; por ello, corresponde a quien ha incurrido en el error de hecho, destruir por la fuerza probatoria su declaración debiendo demostrar por medios previstos en la ley la existencia del error [...]”¹⁸. Un ejemplo de error de hecho en la confesión, cuando el deudor manifiesta a la existencia de una deuda con su acreedor, pero resulta que ya había saldado dicha deuda.

En materia de obligaciones civiles, se habla del error como un vicio del consentimiento en los actos jurídicos, que significa una falsa apreciación de la realidad, es decir, a un conocimiento equivocado sobre las cosas.

Así las cosas, el error de hecho se refiere como el mismo nombre refiere, a algo que puede ser examinado e identificado materialmente, es pues, una circunstancia fáctica; por lo tanto, el error de hecho como causa generadora para que aplique la revocación de la confesión, es necesaria una interconexión entre lo fáctico, jurídico y probatorio.

Como es de explorado derecho, el error es contrario al consentimiento, éste puede ser de hecho o derecho. El error consiste en creer verdadero lo que es falso, o creer que es falso lo que es verdadero. En síntesis, la confesión se vuelve ineficaz al probar que al realizarla se incurrió en un error de hecho.

Ahora bien, no obstante que es inexistente respuesta alguna en el Código de Comercio vigente en México y en el Código Federal de Procedimientos Civiles que es de aplicación supletoria; así como tampoco en ningún ordenamiento jurídico

¹⁸ Yanuzzi Rodríguez, Salvador, “La anulación de la confesión en el procedimiento civil”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Venezuela, 2011, N. 65, p.20, <https://bit.ly/3mdFZ85> . Fecha de consulta: 28/11/2020.

de la República Mexicana se encuentra regulada la revocación de la confesión, pero diversos tratadistas, se han pronunciado al respecto; e incluso legislaciones de otros países mantienen regulada tal posibilidad.

Por ejemplo, el Código Civil de Venezuela en el artículo 1404 menciona: “La confesión judicial o extrajudicial no puede dividirse en perjuicio del confesante. **Este no puede revocarla si no prueba que ella ha sido resultado de un error de hecho. No puede revocarse so pretexto de un error de derecho.**” (énfasis añadido)

Como puede observarse de la legislación sustantiva civil de Venezuela, únicamente se contempla la revocación de la confesión cuando se deba a un error de hecho, más no de derecho, siendo la primera la única alternativa del interesado para dejar sin efectos la declaración desfavorable que ha producido; ya que el error de derecho no es causa para revocar la confesión.

Acertadamente la legislación venezolana descarta el error de derecho, la razón por la cual la legislación venezolana regula en ese tenor, es debido a que la confesión únicamente versa sobre hechos y no sobre el derecho, ya que como es ampliamente conocido, impera sobre éste el principio jurídico *iura novit curia*, el juez conoce el derecho, por lo que jamás debe ser sometido a prueba. El principio se debe al aforismo latino *iura novit curia; da mihi factum, dabo tibi ius*.¹⁹ El Código de Comercio en artículo 1197 menciona que: “**Solo los hechos están sujetos a prueba; el derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras**: el que las invoca debe probar la existencia de ellos y que son aplicables al caso”. (Énfasis añadido).

En Chile, se encuentra regulada la revocación de la confesión, en específico en el artículo 402 Código de Procedimiento Civil, el cual menciona: “No se recibirá prueba alguna contra los hechos personales claramente confesados por los litigantes en el juicio. Podrá, sin embargo, admitirse prueba en este caso y aun abrirse un término especial para ella, si el tribunal lo estima necesario y ha expirado el probatorio de la causa, cuando el confesante alegue, para revocar su confesión, que ha padecido error de hecho y ofrezca justificar esta circunstancia”.

¹⁹ Cfr. Arellano García, Carlos, *Derecho Internacional Privado*, 13a. ed., México, Porrúa, 1999, p.683.

El Código Federal de Procedimientos civiles vigente en la República Mexicana, adopta el criterio de la indivisibilidad de la confesión, al mencionar en el artículo 96 que: “La confesión sólo produce efecto en lo que perjudica al que la hace; **pero si la confesión es la única prueba contra el absolvente, debe tomarse íntegramente, tanto en lo que lo favorezca como en lo que lo perjudique**”. (énfasis añadido)

Como regla general, existe la irrevocabilidad de la confesión y ésta a su vez se debe a que la confesión es indivisible, porque la indivisibilidad de la confesión conlleva a quien quiera aprovecharse de ella, hacerlo en su conjunto, es decir, sin que tenga opción de rechazar la parte que le resulte desfavorable.

XIII. ¿CUÁL ES EL MOMENTO PROCESAL OPORTUNO PARA SOLICITAR LA RATIFICACIÓN?

De nueva cuenta el Código de Comercio vigente es omiso en dar una respuesta ante tal interrogante; no obstante ante dicha situación, si la confesión se realiza al momento de contestar la demanda, un criterio válido y fundamentado es que la petición para ratificar la confesión realizada en la contestación de la ídem, sea dentro del lapso de tres días otorgado al actor, en la hipótesis de que el encausado interponga excepciones, tal y como lo enumera el artículo 1129 del Código de Comercio vigente en la Federación.²⁰

El artículo anterior se concatena con los artículos 1400 y 1401 del Código de Comercio: el primero establece:

Artículo 1400. Si el demandado dejare de cumplir con lo dispuesto por el artículo 1061 de este ordenamiento respecto de las documentales en que funde sus excepciones, el Juez dejará de admitirlas, salvo las que sean supervenientes. En caso de que el demandado hubiere exhibido las documentales respectivas, o cumplido con lo que ordena el artículo 1061 de este ordenamiento, **se tendrán por opuestas las excepciones que permite la ley, con las cuales se dará vista al actor por tres días para que manifieste y ofrezca las pruebas que a su derecho convenga.** (Énfasis añadido)

²⁰ Cfr. artículo 129: salvo la competencia del órgano jurisdiccional, las demás excepciones procesales y las objeciones aducidas respecto de los presupuestos procesales se resolverán de modo incidental, dando vista a la contraria por el término de tres días, y si no se ofrecen pruebas deberá dictarse la resolución correspondiente por el tribunal y notificarse a las partes dentro del término de 8 días sin que de modo alguno se pueda suspender el trámite del juicio.

Artículo 1401. **En los escritos de demanda, contestación y desahogo de vista de ésta**, las partes ofrecerán sus pruebas, relacionándolas con los puntos controvertidos, proporcionando el nombre, apellidos y domicilio de los testigos que hubieren mencionado en los escritos señalados al principio de este artículo; así como los de sus peritos, y la clase de pericial de que se trate con el cuestionario que deban resolver; y todas las demás pruebas que permitan las leyes. (Énfasis añadido)

El artículo 1401 del Código de Comercio expresa que la litis en el juicio ejecutivo mercantil se integra no sólo con los escritos de demanda y contestación, sino además con el escrito mediante el cual la parte actora desahoga la vista de las excepciones.

Ahora bien, ¿Qué sucede si la parte actora contesta la demanda y no opone excepciones, pero al contestarla realiza una confesión? Tampoco es óbice que el artículo 1235 sea omiso en señalar un término (no es lo ideal), pero se aplicaría entonces supletoriamente (siendo una hipótesis más que tratable) el término genérico previsto en la fracción VI del artículo 1079²¹ del código de marras, en aras de evitar dejar indefinidamente el momento procesal en que se debe solicitar la ratificación por la parte actora.

Por otro lado, también queda la interrogante ¿En qué momento se debe pedir la ratificación si el demandado realiza una confesión expresa al momento de la diligencia de exequendo? Se considera que primeramente se debería esperar los 8 días siguientes contados a partir del momento en que tuvo verificativo al requerimiento de pago, al embargo, en su caso, y al emplazamiento²². Lo anterior en la inteligencia de que al momento de recibir el juez la solicitud de la ratificación acordará que la promoción quedará bajo reserva²³, a la luz de que aún se encuentra corriendo el término para

²¹ Artículo 1079. Cuando la ley no señale término para la práctica de algún acto judicial, o para el ejercicio de algún derecho, se tendrán por señalados los siguientes: VI. Tres días para todos los demás casos.

²² Cfr. artículo 1399 del Código de Comercio vigente.

²³ Por eso se recomienda que con la finalidad de evitar que quede bajo reserva y seguramente se tenga que volver a solicitar lo ya anteriormente solicitado, se requiera la ratificación una vez haya precluido el término o bien, el demandado haya contestado la demanda. Tal aseveración se emite con base en que en materia mercantil opera con mayor severidad el principio de estricto derecho. Cfr. la siguiente tesis bajo el rubro: Principio de Estricto Derecho. Opera con Mayor Rigor en Materia Mercantil, que en la Civil; la cual puede ser localizada de la siguiente con los siguientes datos: Tesis: 1. 6o. C. J/50, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t.XXIII, junio de 2016, p. 1045.

contestar la demanda y oponer las excepciones que le permite interponer el artículo 1122 del Código de Comercio. Por consiguiente, primeramente se tendría que esperar precluyera el término otorgado al encausado, para que con posterioridad a este lapso, se solicitó la ratificación de la confesional producida en la diligencia de exequendo.

XIV. CONCLUSIONES

Esta investigación se avocó exclusivamente al estudio del artículo 1235 del Código de Comercio, el cual fue objeto de diversas reformas, entre ellas las relativas a la materia de pruebas. El artículo 1235 del Código de Comercio establece las vías para que la confesión realizada se perfeccione, es decir, si se hace frente a la presencia judicial ésta adquiere valor probatorio pleno, en caso contrario, para que sea perfecta es imperiosa su ratificación para que adquiera tal característica.

No obstante lo anterior, aún así el artículo 1235 del Código de Comercio guarda silencio es en señalar diversas que se desprenden naturalmente de su enunciado, tales como: ¿De qué manera debe ser ofrecida la ratificación y cómo se desahoga la misma?; también hace mutis con relación a mencionar si se va a señalar una fecha para su desahogo; así como otras cuestiones que ya fueron planteadas y resueltas en la presente investigación.

Cabe recordar que todo lo que el demandado expone al contestar la demandada o en algún otro acto dentro del juicio (que no sea ante la presencia judicial al absolver el pliego de posiciones), como lo sería la manifestación realizada en la diligencia de exequendo, aunque sea sin “bajo protesta de decir verdad”, se reputa, como confesión judicial, pero con la carga que para que ésta se perfeccione y tenga valor probatorio pleno, deberá solicitarse la ratificación de la misma.

La práctica y la legislación ya han establecido que sea necesaria la ratificación del confeso ante la presencia judicial, si ésta se llevo a cabo fuera del desahogo de pruebas, es decir, si no se realizó al momento de responder al pliego de posiciones; por lo que será necesario se señale fecha y hora para el desahogo de la ratificación en una diligencia ante la presencia judicial.

Cabe reafirmar que la confesión realizada fuera de la presencia judicial lleva consigo a que si se desea que la misma obtenga valor probatorio pleno, será necesario que se

solicite su ratificación por la parte actora en el juicio, y ésta no puede ser revocada a menos que se pruebe fehacientemente que se haya incurrido en un error de hecho al manifestarla. Como ya se mencionó, si bien es cierto que la confesión se torna irrevocable, existe una excepción enunciada en el propio artículo.

Fijado lo anterior, el término para solicitar la ratificación tampoco lo señala el artículo 1235 del Código de Comercio, por lo que realizando una interpretación armónica de determinados artículos, se puede llegar a una resolución debidamente fundamentada, siendo entonces el momento procesal oportuno en el término de tres días que es concedido a la parte actora para que ésta conteste las excepciones; en el caso de que conteste demanda, pero sin interposición de excepciones, de igual manera se aplicaría el término genérico previsto en la fracción VI del artículo 1079 del Código de Comercio; en el caso de que la confesión fuera realizada en el auto de exequendo en un juicio ejecutivo mercantil, se tendría que esperar a los ocho días siguientes de la diligencia de exequendo, tal y como lo señala con claridad el artículo 1399 del Código de Comercio, por una cuestión de los términos procesales, toda vez que sería ilógico acordar de conformidad mientras se encuentra transcurriendo aún el plazo otorgado para contestar demanda e interponer excepciones.

De modo que se ha citado y estudiado el artículo 1235 del Código de Comercio reformado en 1996, y a modo de cuestionamiento o reflexión se han emitido respuestas debidamente fundadas y motivadas que tienen su origen en la aplicación práctica, toda vez que como se mencionó desde los albores de la presente investigación, existe una laguna en el artículo 1235, pues es inexistente indicación alguna sobre los cuestionamientos que se abordaron en la presente investigación.

Por lo que en definitiva, es necesaria una reforma al artículo 1235 del Código de Comercio vigente en la Federación, pues la misma data del año de 1996 y después de más de veinte años sigue imperando una laguna en el artículo, por lo que es necesario se indiquen en el mismo respuestas a los cuestionamientos que se plantearon, y que fueron el objeto que despertó la inquietud para desarrollar los planteamientos.

BIBLIOGRAFÍA

- Arellano García, Carlos: Derecho Internacional Privado, 13a. ed., México, Porrúa, 1999.
- Casarino Viterbo, Mariano: Manual de Derecho Procesal Civil, 5ª. ed., Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- Hernández Gil, Antonio: Derecho de Obligaciones, Madrid, Ceura 1983.
- Le Pera, Sergio, La Naturaleza Jurídica, Argentina, Panedille, 1971.
- Pallares, Eduardo, Diccionario de Derecho procesal civil, Porrúa, México, 1994.
- Salazar, Marta Yolanda: La Prueba por Confesión en Materia Procesal Civil (Tesis para obtener el grado de doctor en jurisprudencia y ciencias sociales), Universidad Nacional de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 1998.
- Yanuzzi Rodríguez, Salvador: “La anulación de la confesión en el procedimiento civil”, Revista de la Facultad de Derecho, Venezuela, 2011, núm. 65.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas, Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Porrúa-UNAM, México, 2001.

LEGISGRAFÍA

- Código de Comercio vigente en la Federación.
- Código Federal de Procedimientos Civiles en la República Mexicana.
- Tesis 1a./J. 37/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t.X, octubre de 1999.
- Tesis 1161, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. V.
- Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Sexta Época.
- Tesis II.T.J/20, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, octubre de 2011, p. 825.
- Contradicción de tesis 60/97. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito y Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.
- Código Civil de Venezuela.
- Código de Procedimiento Civil de Chile.

RODOLFO RAFAEL ELIZALDE CASTAÑEDA
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MÉXICO, MÉXICO
rodolfoelizaldecas@yahoo.com.mx

KRISEL SERRANO GALVAN
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MÉXICO, MÉXICO
sgk_kris@hotmail.com

EL DERECHO HUMANO AL OLVIDO: UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO DESDE LAS TEORÍAS GARANTISTA Y DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN ESPAÑA, CHILE, COLOMBIA Y MÉXICO

THE HUMAN RIGHT TO THE FORGETFULNESS: A STUDY OF LAW COMPARED FROM THE THEORIES GARANTIST AND THE CRIMINAL LAW OF THE ENEMY IN SPAIN, CHILE, COLOMBIA AND MÉXICO

Cómo citar el artículo:

Elizalde R; Serrano K, (2023). El Derecho Humano al olvido: Un estudio de derecho comparado desde las teorías garantista y del derecho penal del enemigo en España, Chile, Colombia y México. Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia, VIII (23) <https://DOI.org/10.32870/dgedj.v8i23.394>. pp. 39-67

Recibido: 10/07/20 Aceptado: 09/01/21

RESUMEN

En este trabajo se trata investigar y analizar comparativamente el marco doctrinal, constitucional y convencional que países como España, Chile, Colombia y México, han dado al derecho humano al olvido; así como determinar la influencia que en la adopción o limitación de este derecho han tenido las teorías garantista y del derecho penal del enemigo, puesto que se trata de teorías diametralmente opuestas.

PALABRAS CLAVES

Derecho humano al olvido; derecho a la privacidad; libertad de expresión; libertad de empresa; protección de datos personales.

ABSTRACT

This work is about investigating and comparatively analyzing the doctrinal, constitutional and conventional framework, which countries such as Spain, Chile, Colombia and Mexico have given to the human right to be forgotten; as well as to determine the influence that the theories guarantee and criminal law of the enemy have had on the adoption or limitation of this right, since these are diametrically opposed theories.

KEYWORDS

Human right to oblivion; right to privacy; freedom of expression; business freedom; personal data protection.

Sumario: I. Introducción. II. El derecho al olvido la teoría garantista y la teoría del derecho penal del enemigo. 1. El derecho al olvido. 2. Teoría garantista. 3. Teoría del derecho penal del enemigo. III. Origen y evolución del derecho humano al olvido a la luz de las teorías, garantista y del derecho penal del enemigo en España, Chile, Colombia y México. 1. España. 2. Chile. 3. Colombia. 4. México. IV. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho humano al olvido se fue desarrollando en el último tramo del siglo XX hasta llegar a nuestros días. Sin embargo, este desarrollo, como es normal, no ha sido uniforme y homogéneo en España, Chile, Colombia y México, por lo que tuvimos oportunidad de ir descubriendo sus propias características. Una de éstas, fue derivada del grave aumento de la criminalidad. Además, al lado de la teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli, surgió otra que se ubica del lado contrario en la defensa y protección de los derechos humanos, nos referimos a la teoría del derecho penal del enemigo (DPE), de Günther Jakobs que, igual y contradictoriamente, fue adoptada por esos mismos países.

II. EL DERECHO AL OLVIDO, LA TEORÍA GARANTISTA Y LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

1. El derecho al olvido

Para entender que es el derecho al olvido, debemos conocer su origen, concepto y desarrollo para, después, lograr comprender como llegó a ser un derecho humano al que todos debemos tener acceso. Así pues, el derecho al olvido, como casi todos los conceptos en el ámbito de la ciencia, es un término confuso e ininteligible; esto se desprende de su relación con la libertad de expresión, derecho a la vida privada, derecho de censura, derecho al honor, derecho a la intimidad, libertad de empresa, protección de datos personales y, obviamente, las colisiones que surjan entre ellos.

Así pues, el derecho al olvido se refiere a la facultad que tienen las personas para solicitar a las empresas, tribunales o a los motores de búsqueda que eliminen o bloquen un dato personal, por considerar que afecta un derecho fundamental. Sin embargo, para Francisco J. Leturia I., en su artículo titulado, “Fundamentos jurídicos del derecho al olvido. ¿Un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre derechos fundamentales?”, refiere que el derecho humano al olvido no es nuevo, pues nos dice que ha estado presente en la doctrina comparada y la jurisprudencia desde hace varios años y que, por medio de él, se trata de: Legitimar restricciones a la libertad de expresión e información en beneficio de otros

derechos (honra, intimidad, privacidad, derecho a la resocialización, protección de la autonomía personal, protección de las normas de un juicio justo, entre otras), que surge como respuesta natural a una situación de conflicto entre dos pretensiones incompatibles. (Leturia, 2016, p.92).

Por su parte, Laura Silberleib cita la definición de derecho al olvido de Cecile Terwangne, “es el derecho de las personas físicas a hacer que se borre información sobre ellas después de un periodo de tiempo determinado” (Silberleib, 2016, p.128), y, agrega que, varios países en el ámbito judicial penal han reconocido el derecho humano al olvido, el cual consiste en que la historia de una persona que ha sido acusada, procesada, condenada penalmente y una vez que cumplió con su condena su historial se borre; por lo tanto resulta evidente que se prioriza el derecho a la privacidad y a una vida digna al reconocer la capacidad humana de cambiar o en dado caso perdonar y dejar de ser aquella persona que fue alguna vez para adquirir nuevos roles y participación en la sociedad, siendo que no es posible al arrastrar antecedentes penales por el resto de tu vida.

El derecho al olvido surge en el contexto europeo en el último tramo del siglo XX, o sea, posterior a la segunda guerra mundial y durante el periodo de la guerra fría, por lo que pertenece a los derechos humanos de tercera generación, donde nacen, entre otros derechos, el derecho a la justicia internacional, los derechos colectivos, la libertad informática; así los bautizó Karel Vasak, director jurídico de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), en un discurso que pronunció en 1979.

Lo anterior, nos lleva al derecho humano de *habeas data*, el cual es considerado como una garantía que protege los derechos fundamentales: el derecho a la información y la autodeterminación informativa o protección de datos personales; ambos, forman parte del ámbito de los derechos humanos, reconocidos y protegidos por los Tratados Internacionales y las Cartas Constitucionales de los diferentes países en los que impera el Estado constitucional y democrático de derecho. (Quiroz Papa de García, 2016, p. 23)

2. Teoría garantista

Como hemos visto *supra* (II.1), en el ámbito jurídico, el olvido fue evolucionando hasta ser considerado un derecho humano, un derecho fundamental. Por lo que, Batista & Ferrajoli, sostienen: Parte de la premisa de que en nuestros días no se pueden reducir los derechos del hombre a los derechos del ciudadano por consistir estos últimos en un factor de exclusión y desigualdad. La ciudadanía contradice la universalidad de los derechos reconocidos en Constituciones estatales, declaraciones y pactos internacionales. (Batista & Ferrajoli, 1999, p. 37)

Estos filósofos basan su teoría en los pensamientos de Locke y Montesquieu, pues ambos sostienen, “que del poder siempre hay que esperar un abuso, por lo que deben existir límites para proteger los derechos de los ciudadanos (Ferrajoli, 2006, p. 4)”.

El derecho al olvido, pues, se basa en un derecho primordial, como es tener una vida digna, lo que implica que respeten tu privacidad, tu presente y pasado y que, si en algún momento cometiste algún daño a la sociedad y pagueste por ello, tienes todo el derecho de que el error cometido no sea usado en tu contra y que esto implique que no puedas rehacer tu vida y que esto implique, además, no tener derecho a un trabajo.

De igual manera, Ferrajoli considera que, “el propósito principal del sistema garantista es dotar de eficacia y pleno cumplimiento a los derechos fundamentales. De esta forma, los derechos se configuran como vínculos sustanciales impuestos a la democracia política.” (Aguilera y López, 2011, p. 55) Además, uno de los derechos primordiales que se pueden considerar es el de la vida, pero no simplemente el vivir puede ser suficiente, los humanos debemos tener una vida digna, en la que nos respeten a cada uno de cierta manera en lo privado, que la información que cada uno considera valiosa sea respetada y la que no quieres que se sepa sea resguardada.

Regresando a Ferrajoli, considera que “los derechos sociales –a la subsistencia y a la supervivencia– pueden ser concebidos como expectativas positivas, es decir a prestaciones públicas dirigidas a reducir el dolor sufrido, en un sentido amplio natural.” (2006, p. 85) Ahora bien, es de considerarse que esos derechos sociales, al igual que los derechos de libertad como el derecho a la vida y la integridad

personal, que son limitados una vez que el derecho penal actúa, pues es evidente que al concluir el procedimiento y la persona intenta reinsertarse en la sociedad, sus derechos aún están limitados por los antecedentes penales, las noticias en el internet; siendo evidente que la sociedad no dejará que un ex convicto por muy bajo que sea el perfil de delito intente rehacer su vida.

En ese entendido, podríamos considerar que el derecho al olvido, surge de una necesidad de cierto sector de la población ante la exigencias del mundo moderno, pues hay parte de tu historia que no quieres que siga circulando en el internet o siendo parte del dominio público, puesto que con las nuevas tecnologías y redes sociales cualquier persona puede conocer tu dirección, teléfono, tus ingresos, tus bienes, tus antecedentes penales y muchos más datos personales, los cuales circulan en la red, sin ningún tipo de protección, pues el derecho a la información sobre pasa el derecho a la protección de datos personales.

3. Teoría del derecho penal del enemigo

Por otra parte, la teoría del DPE somete bajo sospecha al ciudadano considerando como un posible creador de peligros no permitidos, como un potencial enemigo, no como un ciudadano que tenga derechos humanos. Como antecedente de esta postura, tenemos al mismo Rousseau, quien menciona en su libro, *El Contrato Social* que, “todo malhechor que ataque el derecho social conviértase por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; cesa de ser miembro de ella por violar sus leyes y le hace la guerra” (Rousseau, 1999, p. 32).

Fichte se suma a este razonamiento, al sostener que, atenúa la muerte civil por regla general mediante la construcción de un contrato de penitencia, pero no en el caso de asesinato intencionado y premeditado, en ese ámbito se mantiene la privación de derechos: (...) al condenado se le declara una cosa, una pieza de ganado (Günter & Cacio, 2003, p. 26). Por su parte, Hobbes en principio deja al delincuente en su rol de ciudadano, el ciudadano no puede eliminar por sí mismo su status. Sin embargo, es distinto cuando se trata de una rebelión, es decir, alta traición, (...). Y aquellos que incurrn en tal delito no son castigados en cuanto a súbditos, sino como enemigos (Günter & Cacio, 2003, p. 27).

Como hemos visto, las dos posturas teóricas de referencia, tienen su origen en la filosofía liberal. Efectivamente, Ferrajoli “no ha dudado en calificar a su propuesta como Estado de derecho garantista o como un tercer modelo de Estado de derecho. Además, defiende su idea con base en las críticas que le dirige al Estado de derecho liberal”. (Moreno Cruz, 2007, p. 827).

Mientras que, como ya vimos, la teoría del DPE basa su idea en filósofos liberales como Kant, Rousseau, Hobbes, de quien este último tomó la idea del “...pacto social, mediante el cual se transfieren todos los derechos naturales al *Leviathan*. El objetivo prioritario del pacto social es, alcanzar a toda costa los bienes jurídicos de seguridad y paz” (Aguilera y López, 2016). Igualmente, la teoría de Locke representa la defensa de un Estado liberal, mientras que Hobbes personifica la justificación de un Estado absolutista. (Cortés Rodas, 2010, p. 99; Pérez del Valle, 2008).

Jakobs basa su teoría en los filósofos liberales que hemos mencionado, quienes consideran que aquel que infringe la ley o el contrato social, no debe pertenecer a la sociedad, pues este se convierte en un peligro para la misma (es enemigo)¹ y, por lo tanto, debe perder todos sus derechos como ciudadano, dejándolo en un completo estado de indefensión (Cortés Rodas, 2010, p. 99). Entre otros autores que abordan la teoría DEL DPE, se encuentra: Manuel Cancio Melía (2006).

III. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO HUMANO AL OLVIDO A LA LUZ DE LAS TEORÍAS, GARANTISTA Y DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN ESPAÑA, CHILE, COLOMBIA Y MÉXICO

Frente a la teoría de Luigi Ferrajoli, tenemos la defensa y protección de los derechos fundamentales y su influencia en el modelo penal acusatorio, adversarial y oral, mientras que, frente a la teoría de Gunther Jakobs y, con la finalidad de enfrentar el avance de la alta criminalidad, representada por el terrorismo, la delincuencia organizada, los carteles de la droga, las guerrillas, tráfico de armas, surge la justicia de excepción (Benavides Venegas, 2015), que se caracteriza por “la creación de leyes especiales”, la eliminación de la libertad provisional, aumento

¹ “El concepto de derecho penal de enemigo no significa necesariamente una expresión del Estado autoritario; más bien es, desde su origen, una reacción del Estado liberal frente a sus enemigos”. (Pérez del Valle, 2008)

de las penas,² jueces especiales, pero también fiscales, procuradores, policías y testigos (sin rostro o con reserva de identidad), centros de internamiento especiales, aprehensión sin orden judicial, facultades de policía a las fuerzas armadas, leyes de extinción de dominio, restricción de comunicaciones, aumento de los plazos de prescripción, la información es reservada, secreta o confidencial, suspensión de beneficios por libertad anticipada, sistemas especiales de juzgamiento, en síntesis, la limitación o reducción de los derechos fundamentales está siempre presente, que son siempre cometidos por el “enemigo” (Jakobs, 1997; Jakobs, 2003; Zaffaroni, 2006).

1. España

El concepto derecho al olvido se plantea por primera vez en España, en razón de diversas demandas que ingresaban a los tribunales con la finalidad de que se protegieran los datos personales de los españoles, ello conforme a lo que se publica en internet, ya que dicho medio de comunicación se ha convertido en una herramienta potencial para obtener cualquier tipo de información, incluyendo la que podría considerarse de carácter sensible para cualquier persona.

En este país, el término “derecho al olvido”, se concretiza en la sentencia del juicio C-131/12, ante el TJUE, en el cual un ciudadano solicitó ante éste, que Google eliminara los enlaces a un anuncio de remate de bienes de 1998. En la sentencia, el Tribunal consideró que las personas tenían derecho a solicitar de empresas como Google, elimine de los motores de búsqueda los enlaces con información personal sobre ella, tal como se aprecia en la transcripción siguiente:

El Sr. Costeja González y los Gobiernos español e italiano son de la opinión de que el interesado puede oponerse a la indexación de sus datos personales por un motor de búsqueda cuando la difusión de estos datos por la intermediación de éste le perjudica, y de que sus derechos fundamentales a la protección de dichos datos y de respeto a la vida privada, que engloban el «derecho al olvido», prevalecen sobre los intereses legítimos del gestor de dicho motor y el interés general en la libertad de información (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C131/12, 2014).

² Jakobs afirma: “para los enemigos no es posible una pena como la del derecho penal de ciudadanos” (Pérez del Valle, 2008, p. 03.8)

En España, el derecho al olvido y el derecho a la libertad de empresa están en constante conflicto, tal como se refiere en los artículos 20.I y 38 de la Constitución Española de 1978, “Artículo 20. 1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.”; mientras que, el artículo 38 contiene:

Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

Esa misma Carta Magna hace referencia a la protección de datos personales en los artículos 15 y 18, que para mayores referencias se transcriben como sigue:

Artículo 15. Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

Mientras que, en su artículo 18 dispone en los numerales 1 y 4:

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

Ahora bien, nos dice Sánchez González (2003) que, no obstante que existan dichos derechos: Cuando del ejercicio de la libertad de opinión y de la libertad de comunicar información por cualquier medio de difusión resulte afectado el derecho al honor de alguien, nos encontramos ante un conflicto de derechos, ambos de rango fundamental, lo que significa no necesariamente y en todo caso que la afectación del derecho al honor haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades (pp. 14-15).

Siendo evidente que buscan que se proteja la expresión de la verdad, así como la protección de datos personales de cada persona. En ese mismo orden de ideas, López

Portas (2015), manifiesta que: La dignidad humana es el punto de arranque, lógico y ontológico, del reconocimiento de los demás derechos. Como valor jurídico, la dignidad garantiza el derecho de toda persona a definir libremente su proyecto de vida sin que los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución Española, pueden verse alterados por la acción recordatoria de terceros sobre hechos acontecidos en el pasado. (pp. 150-151).

De igual forma, el Tribunal Supremo español sentenció: Derecho al olvido digital. Legitimación pasiva de la filial española de la empresa titular del buscador Google. El tratamiento de los datos personales vinculados con la concesión de un indulto en un buscador generalista de Internet deja de ser lícito una vez transcurrido un plazo razonable desde que se ha concedido el indulto si el afectado ejercita su derecho de oposición. Equilibrio entre el derecho a la información sobre la concesión de indultos y los derechos al honor, intimidad y protección de datos personales del indultado (Sala Primera de lo Civil, 210/2016).

En el juicio en cuestión, se analizó que la información sobre una persona fue publicada en internet afectando su vida al ser publicado un indulto por un delito cometido años atrás, por lo que se afectaron sus derechos del honor y la intimidad, causando un daño permanente al exponer su nombre, pues al teclearlo en el buscador google, cualquier persona podía acceder a dicha información.

Atendiendo a dicha afectación, la Sala se remitió a la sentencia identificada con el número 545/2015: ...de 15 de octubre, y lo hizo siguiendo la doctrina sentada por STJUE de 13 de mayo de 2014, (caso Google Spain S.L contra Agencia Española de Protección de Datos, asunto C-131/12), en la que el TJUE analizó la responsabilidad de los gestores de motores de búsqueda en Internet por el tratamiento de datos personales en informaciones contenidas en páginas web cuyos enlaces aparecían en la lista de resultados de tales buscadores cuando los datos personales (en concreto el nombre y apellidos) eran utilizados como palabras clave para la búsqueda (Tribunal de Justicia Europeo, 545/2015).

Por otra parte, España se ha enfrentado al terrorismo (nunca se considera delito político³) del grupo ETA (Santamaría, 2018) desde la década de los 60 del siglo pasado, lo que se vio reflejado en la Constitución de 1978.⁴ Además, la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882, se refiere a la delincuencia organizada en su artículo 282 bis, numeral 4, contemplando como delitos, entre otros, el secuestro, trata de seres humanos, prostitución, tráfico y depósito de armas, tráfico ilícito de órganos humanos, etc.⁵

2. Chile

Nos dice Matus Arenas que, en Chile existe normatividad en la cual se protegen diversos datos personales y se busca transparentar la información pública, en el entendido que el Consejo para la Transparencia, (...) sobre la atribución por el cumplimiento de la Ley de Datos Personales, ha dado los primeros pasos (p. 200). Pero, agrega que, no obstante, en materia de acceso a la información la ley dispone como causal de denegación de una solicitud (reserva o secreto) la afectación de los derechos de las personas, particularmente tratándose de la esfera de su vida privada (Matus Arenas, 2013, p. 201). Por su parte, Raúl Arrieta refiere “La protección de los datos personales deja de tener una correspondencia unívoca con el derecho a la vida privada y a la intimidad, para pasar más bien a la configuración de un derecho autónomo relacionado con la posibilidad de cada persona de tutelar las circunstancias de la información que le incumbe” (Arrieta, 2009, p. 13).

De igual forma, se considera que el resguardar información por un tiempo prolongado puede ser perjudicial para las personas, como en varios países la reinserción es

³ Lo mismo en el caso de la Constitución Política de la República de Chile, véase el artículo 9, promulgada el 08 de agosto de 1980. Recuperada de http://www.oas.org/juridico/mla/sp/chl/sp_chl-int-text-const.pdf

⁴ En su artículo 55, numeral 2, autoriza al legislador ordinario a establecer la forma y casos en que el juez puede autorizar la suspensión de derechos constitucionales en relación con investigaciones correspondientes a delitos cometidos por bandas armadas o “elementos terroristas”.

⁵ Aunque no es motivo de este estudio, cabe mencionar la legislación de los “*three strikes*”, derivada de la propia teoría penal del enemigo adoptada por los Estados Unidos de Norteamérica, concretamente por el estado de California que traería como consecuencia, incluso, una sentencia de por vida o de cadena perpetua. (Cancio Melía, 2006, p. 11; Ley de Reincidencia de California (*Three Strikes Law*) y Reformas de la Proposición 36, 1990; Larrauri, 1998)

un tema complicado para las personas que cometieron algún delito, es de cierta manera imposible que dichas personas puedan rehacer su vida y no caer de nueva cuenta en la cárcel, siendo que los antecedentes penales los asedian de por vida. Atendiendo a ello, en Chile se dictó desde el 12 de agosto de 1932, el D.L. 409, por el cual se permitió que toda persona que haya sido condenada penalmente, después de cumplir la pena y siempre que haya transcurrido un plazo mínimo de dos o cinco años, pida que, por decreto supremo, se la considere “como si nunca hubiera delinquido para todos los efectos legales y administrativos” (Corral Talciani, 2017, p. 5). Aunado a lo anterior, es de considerarse que en 1999 se aprobó la ley No. 19628, que se conoce también como la ley de “Protección de la vida privada”; no obstante, solo se dedica a regular el procesamiento de datos personales. En conjunto, dicha ley refiere que en ningún caso pueden comunicarse los datos a que se refiere el artículo anterior, que se relacionen con una persona identificada o identificable, luego de transcurridos cinco años desde que la respectiva obligación se hizo exigible. Tampoco se podrá continuar comunicando los datos relativos a dicha obligación después de haber sido pagada o haberse extinguido por otro modo legal (Ley No 19628, 1999).

Al iniciar con la generación del internet, las diferentes plataformas, como youtube, yahoo, facebook, twitter, instagram, y gracias a uno de los mayores buscadores como google, la mayoría de las personas pueden acceder a diferentes tipos de datos incluyendo los personales, por lo que la vida privada de las personas queda más expuesta y sin protección ante la ley. Atendiendo a ello, se hace referencia a uno de los casos más sonados en Chile, en el cual la Suprema Corte señaló que el derecho a la información se sobrepone al derecho al olvido; esto es, el ginecólogo Víctor Valverde solicitó a la Corte que se eliminara la información publicada por un periódico, información que afectaba su derecho a la honra y la cual perjudicó su situación laboral. La noticia relataba que debido al mal uso de un fármaco abortivo, el medico perdió su trabajo y su prestigio, la sentencia se dictó a favor del Centro de investigación Periodística, negando el derecho al olvido al solicitante. (Tercera Sala de la Corte Suprema de Chile, CS-36739-2017, 2017).

En ese mismo orden de ideas, también se publicó una sentencia donde el respeto, la protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, derechos humanos amparados por el artículo 19, inciso 4, de la Constitución Política de Chile

de 1980,⁶ quedan por debajo del derecho a la información. En relación con esto, Raúl Arrieta nos dice que este tema es un problema central debido no solamente a su antigüedad, pues data desde 1999, con la ley 19628, o sea, cuando no había internet o estaba limitado al ámbito académico, sino porque copiamos un modelo español que fue derogado tres meses después. (Arrieta, 1999a) Actualmente, este autor refiere que se está discutiendo en el Congreso una reforma, pues el desarrollo tecnológico, el cambio en la economía y la adhesión de nuestro país a organizaciones internacionales como la OCDE, exigen modernizar la legislación. Y, continúa diciendo, otro aspecto importante es que recientemente se ha resuelto que será el Consejo para la Transparencia, mismo que pasará a llamarse Consejo para la Transparencia y la Protección de Datos Personales, la autoridad de control encargada de velar por el cumplimiento de la ley por medio de la fiscalización y aplicación de multas, en caso de presentarse infracciones a la ley. Así, los cambios que se avecinan son muchos, sobre todo porque los responsables del tratamiento de datos, en términos generales, hoy no cumplen ni siquiera con las exigencias que impone la mencionada ley 19628. (Arrieta, 2019b)

En síntesis, aun hoy se sigue discutiendo en el Congreso la mencionada reforma, pues en el Diario el Financiero se lee, “Las trabas que podrían atrasar el proyecto de ley de protección de datos a 2022”, son la pandemia y la falta de consenso. (El Financiero, 2020) Mientras que, Ricardo Olave se cuestiona ¿Cómo será la Nueva Legislación? (Olave, 2020) En lo que respecta a los antecedentes penales, es una actividad registral que data desde el 18 de octubre de 1925 con el Decreto Ley N° 645 –en adelante DL 645– que creó el Registro General de Condenas. La función de este registro es llevar la inscripción en el prontuario respectivo, de todas las sentencias condenatorias definitivas y ejecutoriadas sobre toda clase de delitos, así como también registrar la forma en que fue cumplida la pena o las causales de cumplimiento parcial o total. Los datos que conserva dicho Registro se guían en lo estipulado en la legislación nacional, que ha optado por el secreto y confidencialidad de la información administrada. Tal característica de resguardo, que envuelve a los antecedentes penales, tanto en su tratamiento por servicios públicos como en su acceso a terceros, responde a la relación implícita que existe

⁶ Apenas en 2018, se constitucionalizó el derecho a la protección de datos, es decir, hoy día es un derecho fundamental que está reconocido por la Constitución Política de Chile.

entre el historial penal del individuo y el derecho a la privacidad. Lo anterior es propio del precitado DL 645. Además, tal como refiere el artículo 6 de esta última ley “La confidencialidad de la información es la regla general en el tratamiento de datos relativos a condenas, ya que nadie tiene derecho a solicitar la información de datos que lleva el Registro General de Condenas.”

Por otra parte, la antes citada ley N° 19628 determina que los organismos públicos (...) entre los que se incluye el Servicio de Registro Civil e Identificación (...) que administren bancos de datos personales relativos a condenas por delitos, infracciones administrativas o faltas disciplinarias, no podrán comunicarlos una vez prescrita la acción penal o administrativa, o cumplida o prescrita la sanción o la pena.

Lo anterior resulta evidente, pues una vez que el Estado ha limitado las garantías constitucionales del individuo mediante la imposición de una pena, debe posteriormente restaurar en plenitud aquellas garantías que se les reconocen a los ciudadanos libres, es innecesario mantener esta anotación en el prontuario de aquellos ex-penados que han demostrado fehacientemente estar regenerados y readaptados a la vida colectiva (DL N° 409, 1999).

En relación con el DPE, Natalia Andrea Bravo Peña nos dice que, “En 1984, Chile estaba sometido bajo la dictadura militar de Augusto Pinochet. Fue en ese contexto en el que se dictó la Ley No 18314 comúnmente denominada Ley Antiterrorista”. (Bravo Peña, 2007, p. 109; Núñez Leiva, 2009) La misma autora sostiene que, “la categorización como terrorista no es inocente y se ha utilizado históricamente para marginar a ciertos individuos y legitimar la violación y abuso de los derechos humanos.” (p. 113) Y, aunque “Chile en términos oficiales no posee terroristas, sin embargo, aplica la ley antiterrorista.” (p. 165) Por tanto, lo mismo se aplica al pueblo mapuche, que a los jóvenes adolescentes y en general, a todo aquel o aquellos que se oponen al sistema neoliberal.

Por otra parte, desde el año 2001 el Estado chileno abandonó el sistema inquisitivo y adoptó el sistema acusatorio oral de conformidad con el Nuevo Código Procesal Penal de 2000 (Ley 19696, 2000), logrando instrumentar ese modelo en todo el país a partir del 16 de junio de 2005. Por ese motivo, casi paralelamente conviven en

Chile el sistema acusatorio con el DPE. (Luna, 2017; Núñez Leiva, 2009; Villegas Díaz, 2016).

3. Colombia

En Colombia, el derecho a informar y ser informado está contemplado en su Constitución Política de 1991 (artículos 15 y 20), que para mayor referencia se transcriben como sigue: *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.

Artículo 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

Por otra parte, en la sentencia T-609 de 1992 se precisó que, “el Derecho a ser Informado tiene límites y responsabilidades, es decir, que el Derecho a ser Informado no es absoluto” (Corte Constitucional de la República de Colombia, T-609/92, 1992). Cabe señalar también que, la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia C-121/12 se refiere a los tipos penales: Deber de observar la estricta legalidad. En punto a este deber, la Corte ha señalado (i) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material) y que (ii) es obligatorio respetar el principio de tipicidad: “*nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa*”. De manera que el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad) (Corte Constitucional Sala Plena, C-121/12, 2012).

Atendiendo a lo anterior, es muy complicada la situación de Colombia, pues en razón de los diversos casos en los que se mal aplica la ley, se ha vuelto muy complicado el perdonar y por lo tanto el olvidar. Unos de los casos más crueles que se pudieron escuchar y ver en dicho país, es la masacre en Mapiripan, que ocurrió entre el 15 y el 20 de julio del 1997, donde supuestos civiles vestidos de militares terminaron con la vida de casi 200 personas. También, “se menciona el caso del Garavito, asesino serial de casi 200 niños (Melendez, 2017)”. De este último caso, conoció la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CORTEIDH), dictando sentencia el 15 de septiembre del 2005, en donde se ordenó realizar las diligencias razonables para dar fin a la investigación, identificar a las víctimas y buscar que las familias de la victimas tengan las condiciones de seguridad necesarias (CORTEIDH, 2005).

Motivo por el cual, el pueblo colombiano tuvo que reformar la Constitución Política de Colombia de 1991, la cual asumió la protección y defensa de los derechos humanos y crearon leyes secundarias para atender esas problemáticas. Como consecuencia, mediante la Ley 906 de 2004, se implementó gradualmente el sistema penal acusatorio, señalándose como límite para regir en todo el país el 1º de enero de 2008 (Vargas Prentt, 2009, pp. 64-65). Desde luego que, estas nuevas disposiciones se confrontaban con el DPE, pues este país, igual, ha tenido problemas graves de delincuencia organizada, delincuencia organizada transnacional, en especial, de narcotráfico, narcoterrorismo, guerrillas, así como la lucha contra los carteles de la droga (Benavides Venegas, 2015).

4. México

En México, la inquietud de darle protección a los datos personales dio origen a diversas reformas de la Constitución Federal de 1917, la primera en el 2009, bajo el decreto publicado el 30 de abril, que modificó el artículo 73; la segunda, el 01 de junio del 2009, que modificó el artículo 16; la tercera, el 11 de junio del 2013, que reformó varios preceptos (artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105). A continuación, se transcriben algunos de estos artículos: Artículo 6o. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.

Toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión.

El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet. Para tales efectos, el Estado establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios.

Por su parte, el artículo 16, dispone: 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.

En atención a esas disposiciones, se crean diversas instituciones para la protección de los datos personales, tales como el Instituto Federal de Transparencia y Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI, s/f), creado en 2007. Tiempo después, en el 2015, cambia su nombre, tras la aprobación de la Ley general de Transparencia y Acceso a la Información (LGTAIP, 2015); sin embargo, como lo acabamos de ver en el precitado artículo 16, el derecho al olvido comprende los denominados, Derechos Arco (Acceso, Rectificación, Cancelación, Oposición). Estos derechos son considerados como el poder que tiene toda persona para hacer algún tipo de modificación sobre sus datos personales, previniendo tráfico ilícito y la potencial vulneración de la dignidad.

Entre los Derechos Arco, el derecho que podemos identificar directamente con el derecho al olvido, es el derecho de cancelación, pues mediante éste, el “titular tiene el derecho, en todo momento, a solicitar al responsable la cancelación (eliminación) de sus datos personales cuando considere que los mismos no están siendo tratados conforme a los principios, deberes y obligaciones previstas en la Ley (INAI, s/f).” Dicha cancelación implica, la “supresión total o parcial de la información personal de acuerdo con lo solicitado por el titular en los registros, archivos, bases de datos o tratamientos realizados por el responsable, previo bloqueo” (INAI, s/f).

No obstante, resulta oportuno referir que, en opinión de Guerrero Santillán (2018), “en México, el derecho al olvido no ha alcanzado el reconocimiento que tiene en Europa” (p. 60), y ni qué decir del mismo en materia penal, pues aquellos que han vivido en calidad de sentenciados, siempre llevarán ese estigma arrastrando, y no podrán reintegrarse a la sociedad. Esto se observa aún más, en lo que atañe a la delincuencia organizada, lo cual podría contraponerse a la idea de buscar la eliminación de antecedentes penales en el país considerando los delitos menores, pues, no obstante que es bastante relevante que los antecedentes penales son requeridos por instituciones públicas o privadas para algún tipo de contratación, esto es una limitante para que la persona que cumplió con su sentencia vuelva a reintegrarse a la sociedad de una manera satisfactoria. En ese mismo orden de ideas, Erving Goffman plantea que “el termino estigma, será utilizado, pues, para hacer referencia a un atributo profundamente desacreditador” (Goffman, 2006).

Por otra parte, en México hace su aparición la teoría del DPE, desde el 07 de noviembre de 1996, a través de una Ley especial (Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, 1996), que comprendía entre otros delitos, el terrorismo, acopio y tráfico de armas, tráfico de órganos, corrupción de menores, trata de personas, contrabando, etc., con lo cual se instituyen figuras como, la prisión preventiva oficiosa (artículo 3º), aumento de las penas (artículo 5º), suspensión de los plazos de prescripción y duplicidad de los plazos de prescripción de la acción penal (artículo 6º), los agentes encubiertos (artículo 11), el arraigo (artículo 12), intervención de comunicaciones privadas con intervención del juez de control (artículo 16), prohibición de libertades anticipadas para los sentenciados (artículo 43).

Ahora bien, con la Reforma Constitucional en materia de Justicia Penal y Seguridad Pública, publicada el 18 de junio de 2008, se adoptó en México el sistema penal acusatorio y oral. Posteriormente, el 10 de junio de 2011 se publicó la Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos, creando un nuevo paradigma al reformar el artículo 1º Constitucional.

A partir de estos momentos queda abierta la posibilidad de la aplicación en sede interna de los derechos humanos de sede internacional. Siguiendo ese mismo orden de ideas, el 5 de marzo de 2014 se publicó en México el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales, de orientación cien por ciento garantista, el cual abrogó

los códigos de procedimientos penales, tanto federal como de las entidades de la república mexicana, cuyas bases eran, precisamente, el sistema penal acusatorio y oral, en términos de la precitada reforma constitucional de 2008.

Asimismo, pudimos observar que, en el artículo 7º de la citada Ley Federal contra la Delincuencia Organizada se contempla la posibilidad de la aplicación en relación con los delitos que ésta refiere, del procedimiento que regula el mencionado Código Nacional de Procedimientos Penales, pero, solamente en lo que no se oponga a lo dispuesto por la teoría del DPE.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en fecha 25 de abril de 2014 resolvió la Contradicción de tesis 293/2011: "...cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, ---refiriéndose a los derechos humanos---, se debe estar a lo que establece el texto constitucional"; lo que, en nuestra opinión, significó un giro de 180 grados y que dio sustento jurídico a la teoría del DPE. Sin embargo, los tropiezos del tribunal supremo no terminan aquí, pues en esa misma fecha, al resolver la tesis 2006225. P/J. 21/2014 (10a.). Estableció que, la "JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA." O sea, nuevamente, se corrige la situación anterior, y se vuelve a colocar a los derechos humanos de sede internacional en un primer plano, siempre y cuando, sean más favorables a la persona.

IV. CONCLUSIONES

El derecho al olvido es un derecho joven que nace con la tercera generación de los derechos humanos, conocidos también como derechos de los pueblos o, también denominados derechos de solidaridad y que, como tales, están en proceso de definición al lado de la justicia internacional, el derecho al desarrollo que permita una vida digna, derecho a la paz, derecho de los excluidos sociales, imputados, procesados, sentenciados, discapacitados, minorías étnicas e indígenas, migrantes, niñas, niños y adolescentes y de la tercera edad.

Igualmente, el derecho al olvido es un derecho que con base en los derechos como la honra, intimidad, privacidad, derecho a la resocialización, protección de la

autonomía personal, protección de las normas de un juicio justo, entre otras, lo encontramos confrontándose con otros derechos, como la libertad de expresión, la libertad de información, por lo que constantemente y de manera natural, lo vemos en una situación de conflicto entre dos pretensiones incompatibles.

Por otra parte, las teorías garantista y DPE, como lo vimos, ambas tienen un mismo origen, la corriente filosófica del liberalismo, esto a pesar de sus marcadas diferencias, pues la primera está completamente a favor de los derechos humanos y la segunda, en contra, en especial el derecho al olvido, pues el olvidar no resulta viable para una sociedad, en virtud de los graves daños causados por la delincuencia organizada, el terrorismo, los cárteles del narcotráfico, etc. Sin embargo, las dos teorías fueron adoptadas por los cuatro países motivo de este estudio. Tal vez esto explique, por un lado, la simbiosis que se da entre ambas teorías, pues, por una parte, tenemos la aplicación en sede interna de los derechos humanos de sede internacional y, más aún, la aceptación de la aplicación subsidiaria de este derecho ante los propios tribunales internacionales y, por otra, tenemos las limitaciones y restricciones de esos mismos derechos humanos aceptados desde los ámbitos constitucional y convencional.

Como se observa en este trabajo, los cuatro países, España, Chile, Colombia y México han caminado paralelamente en las dos vías: el garantismo de Ferrajoli y el DPE de Jakobs; solamente, con una pequeña gran diferencia, mientras que la primera ha sido utilizada para proteger el derecho humano al olvido, la segunda ha servido para limitarlo y restringirlo. Lo que nos lleva a parafrasear a José Ignacio Núñez Leiva (2009), cuando decimos que esta relación ha causado una enorme e irreconciliable tensión entre ambas teorías, pues con la segunda indudablemente se afectan los derechos fundamentales que enarbola la primera.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera Portales, R. E. & LÓPEZ SÁNCHEZ, R. (2011). Nuevas perspectivas y desafíos en la protección de los derechos humanos, en *Los derechos fundamentales en la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli*. Distrito Federal, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado de: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2977-nuevas-perspectivas-y-desafios-en-la-proteccion-de-los-derechos-humanos>
- Arrieta, R. (2009), “Chile y la protección de los datos personales: compromiso internacional”, en: Chile y la protección de los datos personales. ¿Están en crisis nuestros derechos fundamentales? Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- Benavides Venegas, F. S. (2015). Control Penal del Crimen Organizado en Colombia, 1980-2014. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/la-seguridad/11204.pdf>
- Bravo Peña, N. A. (2007). *Derecho penal del enemigo: ¿Evolución o primitivismo del derecho penal?* Memoria para postular al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile. Recuperado de: repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112169/de-bravo_n.pdf?sequence=1
- Ferrajoli, L. (2006). Garantismo Penal. México: UNAM. Recuperado de: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/jbr_Garantismo_y_derecho_penal._Completo_.pdf
- García Ramírez, S. (2012). Perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca del terrorismo, en González Plascencia, Luis y Morales Sánchez, Julieta (Coords.). *Derechos Humanos. Actualidad y desafíos*, t. II, México: Fontamara, pp. 53-86.
- Goffman, E. (2006). Estigma. La entidad deteriorada. *Sociología y cultura*. Buenos Aires-Madrid: Amorrortu editores. Recuperado de: <https://sociologiaycultura.files.wordpress.com/2014/02/goffman-estigma.pdf>

- Jakobs, G. & Cancio Meliá, M. (2003). *Derecho penal del enemigo*, Thomson Civitas, Civitas. Madrid, España. Recuperado de: <http://www.derechopenalened.com/libros/jakobs--melia-derecho-penal-del-enemigo.pdf>
- Melendez, J. (05 de julio de 2017). ¿Qué pasó con la Bestia, el colombiano que confesó el asesinato de casi 200 niños? *Diario el Universal*. Recuperado de: <https://www.eluniversal.com.mx/articulo/mundo/2017/07/5/que-paso-con-el-monstruo-de-los-andes-que-asesino-casi-200-ninos>
- Rousseau, J. J. (1999). *El contrato social o principios del derecho político*. Recuperado de: <http://www.enxarxa.com/biblioteca/ROUSSEAU%20El%20Contrato%20Social.pdf>
- Santamaría, E. M. (2018). La contribución del movimiento asociativo y fundacional a la visibilidad de las víctimas del terrorismo en España. *La contribución del movimiento asociativo y fundacional a la visibilidad de las víctimas del terrorismo en España* (7), pp. 1-162. Recuperado de: http://www.huygens.es/ebooks/Victimologia_N7.pdf
- Zaffaroni, E. R. (2006). El enemigo en el derecho penal. Recuperado de: <http://www.derechopenalened.com/libros/Eugenio-Raul-Zaffaroni-El-enemigo-en-el-derecho-penal.pdf.pdf>

CIBERGRAFÍA:

- Arrieta, R. (2019a), “En Chile hoy día tratar mal los datos personales es gratis”, Pauta Bloomberg, julio 26 de. Recuperado de: <https://www.pauta.cl/negocios/bloomberg/raul-arrieta-en-chile-hoy-dia-tratar-mal-los-datos-personales-es-gratis>
- Arrieta, R. (2019b), ¿Cómo viene la nueva regulación de protección de datos personales?, *Entrepiso*, Nacional, Aniversario 2019-2020, septiembre 9. Recuperado de: <https://entrepiso.cl/como-viene-la-nueva-regulacion-de-proteccion-de-datos-personales/>
- Batista, F. & Ferrajoli, L. (2007). Derechos y garantías. La Ley del más débil. *Cuestiones constitucionales*, (17), México: IIJ-UNAM, pp. 309-314.

- Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932007000200011 Consultado el 05 de mayo de 2019.
- Cancio Melía, M. (2006). “De nuevo ¿”derecho penal” del enemigo? En Jakobd & Cancio Melia, 2ª ed., Civitas, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, pp. 85-152.
- Corral Talciani, H. (2017). El derecho al olvido en internet: antecedentes penales para su configuración jurídica. *Revista Jurídica Digital UANDES*, 1(1), pp. 1-20. Recuperado de: <http://rjd.uandes.cl/index.php/rjduandes/article/view/7/39> Consultado el 16 de mayo de 2019.
- Cortés Rodas, F. (2010). El contrato social liberal: John Locke. *Revista Coherencia*, 7(13), 99-132. Recuperado de: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-58872010000200005 Consultado el 16 de mayo de 2019.
- El Financiero (marzo 13 de 2020). “Las trabas que podrían atrasar el proyecto de ley de protección de datos a 2022.” Recuperado de: <https://www.df.cl/noticias/df-lab/transformacion-digital/las-trabas-que-podrian-atrasar-el-proyecto-de-ley-de-proteccion-de-datos/2020-11-24/200348.html>
- Flores Imer, B. (1997). La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (90), México: IIJ-UNAM, pp. 1002-1036. Recuperado de: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3509/4170>. Consultado el 15 de junio de 2019.
- Guerrero Santillán, E. C. (2018). El derecho al olvido digital en México. *Caja de Cristal*, (7), México: pp. 56-66. Recuperado de: https://www.itei.org.mx/v3/micrositios/revista_caja_cristal/numeros/num7_CDC_julio2018.pdf Consultado el 15 de junio de 2019.
- Jakobs, G. (1997). Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico, en *Estudios de Derecho Penal*, UAM, Civitas, Madrid, España.
- Larrauri, E. (1988). “Control del delito y castigo en Estados Unidos”, en von Hirsch, Andrew, *Censurar y Castigar*, Trotta, Madrid.

- Leturia Infante F. J. (2016). Fundamentos jurídicos del derecho al olvido. ¿Un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre derechos fundamentales? *Revista Chilena de Derecho*, 43(1), pp. 91-113. Recuperado de: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v43n1/art05.pdf> Consultado el 18 de junio de 2019.
- López Portas, M. B. (2015). La configuración jurídica del derecho al olvido en el derecho español a tenor de la doctrina del TJUE, UNED, *Revista de Derecho Político*, No. 93, mayo-agosto, pp. 143-175. Recuperado de: revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/viewFile/15140/13298 Consultado el 17 de junio de 2019.
- Luna, J. P. (2017). “Crimen organizado: la amenaza al sistema político chileno que se ignora”. Recuperado de: <https://ciperchile.cl/2017/02/27/crimen-organizado-la-amenaza-al-sistema-politico-chileno-que-se-ignora/>
- Matus Arenas, J. (2013). Derecho de acceso a la información pública y protección de datos personales. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 2(1), pp. 197-228. Recuperado de: <https://rechdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/26959/29080> Consultado el 17 de junio de 2019.
- Moreno Cruz, R. (2007). El modelo garantista de Luigi Ferrajoli: Lineamientos generales. *Boletín mexicano de derecho comparado*, México: IJ-UNAM, (120), pp. 825-852. Recuperado de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v40n120/v40n120a6.pdf> Consultado el 17 de junio de 2019.
- Núñez Leiva, J. I. (2009). Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario. *Política criminal*, 4(8), Santiago, Chile, 383-407. Recuperado de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992009000200003>
- Olave, R. (junio 18 de 2020), Protección de datos en Chile: cómo será la nueva regulación. Recuperado de: <https://laboratorio.latercera.com/laboratorio/noticia/proteccion-de-datos-en-chile/1014666/>
- Pérez Del Valle, C. (2008). “La fundamentación iusfilosófica del derecho penal del enemigo. Precisiones sobre la interpretación de Kant”. *Revista penal de ciencia y tecnología*, (103), pp. 03:1-03:14. Recuperada de: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-03.pdf>

- Quiroz Papa De García, R. (2016). El habeas data protección a la información y a la autodeterminación informativa. *Letras*, 87 (126), pp. 23-49. Recuperado de: <http://www.scielo.org.pe/pdf/letras/v87n126/a02v87n126.pdf>
- Ríos Álvarez, R. (2012). “El derecho penal del enemigo. El problema de su legitimidad a la luz de algunos de sus defensores y detractores”, en tesis titulada *Manifestaciones del Derecho Penal del Enemigo en la Ley No 20.000*, elaborada por el autor para optar al grado de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Público, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pp. 145-184.
- Sánchez González, S. (2003). De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional. *Revista de derecho UNED*, (13), pp. 01-30. Recuperado de: <https://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/ponderacion.pdf> Consultado el 15 de junio de 2019.
- Santiago Oropeza, T. (2004). Kant y su proyecto de una paz perpetua (en el bicentenario de su muerte. *Revista Digital Universitaria, Departamento de Filosofía, división de ciencias sociales y humanidades*, México: UNAM, 5(11), pp. 01-11. Recuperado de: http://www.revista.unam.mx/vol.5/num11/art77/dic_art77.pdf Consultado el 21 de junio de 2019.
- Silberleib, L. (2016). El derecho al olvido y la persistencia de la memoria. *Información, cultura y sociedad, revista del Instituto de investigaciones bibliotecológicas*, (35), pp. 125-136. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/2630/263048647007.pdf> Consultado el 22 de junio de 2019.
- Vargas Prentt, M. (2009). Legislación penal y política criminal en Colombia. *Revista Justicia, Universidad Simón Bolívar*, Colombia: (15), pp. 53-70. Recuperado de: <https://revistas.unisimon.edu.co/index.php/justicia/article/download/966/954> Consultado el 24 de junio de 2019.
- Villegas Díaz, M. (2016). “El Terrorismo en la Constitución Chilena”, *Revista derecho (Valdivia)* vol.29 no.2 Valdivia dic. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502016000200014>

TESIS

- Tesis 2006225. 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F.; Libro 5, abril de 2014; Tomo I; Pág. 204. P./J. 21/2014.
- Tesis CS-36739-2017 (06 de noviembre de 2017). Tercera Sala de la Corte Suprema de Chile, Ministro Sr. Sergio Muñoz G. Recuperado el 28 de mayo de 2019 de: https://ciperchile.cl/wp-content/uploads/copia-Fallo-CS-36739-2017-_de-06-11.pdf
- Tesis VIII-P-SS-248 (2018). Magistrado Ponente Alfredo Sallgado Loyo. Recuperado de: <http://imcp.org.mx/wp-content/uploads/2018/10/ANEXO-NOTICIAS-FISCALES-184.pdf>
- Tesis por contradicción 293/2011, de fecha 25 de abril de 2014. Décima Época Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 24985, Pleno, Libro 5, Tomo I, página 96.

LEGISLACIÓN:

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000). Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. 18.12.2000, Niza, Costa Azul, Francia. Recuperado de: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf Consultado el 08 de mayo de 2019.
- Código Nacional de Procedimientos Penales (2014). Publicado el 05 de marzo de 2014 en el *DOF*, Ciudad de México, México. Recuperado de: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cnpp.htm> Consultado el 08 de mayo de 2019.
- Constitución Española (1978). Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Recuperada de: <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>
- Constitución Política de Colombia (1991). Publicada en la *Gaceta constitucional No. 116* de 20 de julio de 1991, Bogotá, Colombia. Recuperada de: <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica> Consultado el 11 de mayo de 2019.

- Constitución Política de la República de Chile (1980). Publicada el 21 de octubre a través del Decreto supremo No.1. 150. Recuperada de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302> Consultado el 11 de mayo de 2019.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917). Publicada el 05 de febrero de 1917 en el *DOF*, Queretaro, México. Recuperada de: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm> Consultado el 13 de mayo de 2019.
- Decreto Ley 645. Registro general de condenas. Publicada en el Diario Oficial el 28 de octubre de 1925, Santiago, Chile. Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6251> Consultado el 13 de mayo de 2019.
- Decreto Ley No.409 (1932). Publicada en el *Diario Oficial* el 18 de agosto de 1932, Santiago, Chile. Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=170285> Consultado el 18 de mayo de 2019.
- Decreto supremo No. 64 (1960). Reglamenta la eliminación de prontuarios penales, de anotaciones y el otorgamiento de certificado de antecedentes, publicado en el Diario Oficial el 27 de enero de 1960, Santiago, Chile. Recuperada de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=8524> Consultado el 11 de junio de 2019.
- Ley antiterrorista de la República de Chile, (1984). Publicada el 16 de mayo. Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29731>
- Ley 19696, Código Procesa Penal de la República de Chile, publicada en el *Diario Oficial de fecha 12 de octubre del 2000*, Santiago, Chile. Recuperada de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595> Consultado el 19 de junio de 2019.
- Ley 906 (2004), Código de Procedimiento Penal de Colombia, *publicada en el Diario Ofial No. 45.657 de 31 de agosto de 2004*. Bogotá , Colombia. Recuperada de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html
- Ley de Enjuiciamiento Criminal (1882). Publicada en el BOE número 260 de 17 de septiembre. Madrid, España. Recuperada de: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1882/BOE-A-1882-6036-consolidado.pdf>

- Ley de Reincidencia de California (*Three Strikes Law*) y Reformas de la Proposición 36 (1990). Recuperada de: <https://www.shouselaw.com/es/ca/reincidencia/#:~:text=Ley%20de%20tres%20strikes%20de,en%20la%20d%C3%A9cada%20de%201990>.
- Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (1996). Publicada el 7 de noviembre de 1996 en el DOF, Distrito Federal, México. Recuperada de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/101_070417.pdf
- Ley general de transparencia y acceso a la información pública, (2015). Publicada el 04 de mayo en el *DOF*. Recuperada de: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP.pdf>
- Ley No 19628, Sobre protección de la vida privada, publicada en el *Diario Oficial de fecha 28 de agosto de 1999*, Santiago, Chile. Recuperada de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=141599>
- Reforma Constitucional (2009). Decreto por el que se adiciona la fracción XXIX-O al artículo 73 de la CPEUM, publicada el 30 de abril de 2009 en el *DOF*. Recuperada de: <http://dof.gob.mx/index.php?year=2009&month=04&day=30>
- Reforma Constitucional (2009). Decreto por el que se adiciona un segundo párrafo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, artículo 16 de la CPEUM, publicada el 01 de junio de 2009 en el *DOF*. Recuperada de: <http://dof.gob.mx/index.php?year=2009&month=06&day=01>
- Reforma Constitucional (2013). Publicada el 10 de junio por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6, 7, 27, 28, 73, 78, 95 y 105 de la CPEUM. Recuperada de: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5301941&fecha=11/06/2013
- Reforma Constitucional en materia de Justicia Penal y Seguridad Pública (2008). Recuperado de: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf>
- Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea (2016), publicado el 26 de abril de 2016 en el Diario Oficial de la Unión Europea, Bruselas, Bélgica. Recuperado de: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>

SENTENCIAS:

Sentencia C-121/12, de la Corte Constitucional Sala Plena, (22 de febrero de 2012). Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio. Recuperada de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-121-12.htm>

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (15 de septiembre de 2005). Masacre de Mapiripán vs Colombia, Caso de la Masacre de Mapiripán, Presidente Sergio García Ramírez. Recuperada de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf.

Sentencia STS 210/2016, del Supremo Tribunal, Sala Primera de lo Civil, (05 de abril de 2016). Ponente Rafael Saraza Jimena. Recuperado de: <https://supremo.vlex.es/vid/632311849>

Sentencia T-609/92, de la Corte Constitucional de la República de Colombia (14 de diciembre de 1992). Acción de tutela-inconformidad. Recuperada de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/SENTENCIAS-LIBERTAD%20DE%20EXPRESION.pdf> Consultada el 22 de junio de 2019.

Sentencia C131/12, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, (13 de mayo de 2014). Sr. V. Skouris, Presidente. Recuperado de: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES>

INSTITUCIONES:

Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la información y Protección de datos personales, (s.f.). Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la información y Protección de datos personales. Recuperado de: <http://inicio.ifai.org.mx/SitePages/ifai.aspx>

Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la información y Protección de datos personales, (s.f.). *Guía práctica para la atención de las solicitudes del ejercicio de los derechos ARCO*. Recuperado de: <http://inicio.ifai.org.mx/Publicaciones/02GuiaAtencionSolicitudesARCO.pdf>