



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MÉXICO



FACULTAD DE DERECHO

**“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”**

Artículo Especializado

Que para obtener el grado de

**MAESTRA EN DERECHO CON ÁREA TERMINAL EN JUSTICIA
CONSTITUCIONAL**

Presenta

Licenciada en Derecho Krisel Serrano Galván

TUTOR ACADÉMICO

Doctor en Derecho Rodolfo Rafael Elizalde Castañeda

TUTORES ADJUNTOS

Doctor en Derecho Víctor Alejandro Wong Meraz

Doctora en Derecho Martha Elba Izquierdo Muciño

Ciudad Universitaria, noviembre 2019

Índice

Votos aprobatorios.....	2
Oficio de impresión	5
Dedicatorias.....	7
Oficio de aceptación de la Universidad de Buenos Aires.....	8
Resumen	9
Introducción	10
Protocolo.....	12
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.....	32
El derecho al olvido, la teoría garantista y la teoría del derecho penal del enemigo	
II.1. El derecho al olvido	
II.2 Teoría garantista.....	36
II.3 Teoría del derecho penal del enemigo.....	39
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.....	41
III.1 España.....	42
III.2 Chile.....	46
III.3 Colombia.....	51
III.4 México.....	53
Conclusiones.....	60
Fuentes de información.....	63

Resumen

Este trabajo se trata de un estudio de derecho comparado sobre el derecho humano al olvido en países como España, Chile, Colombia y México, lo que nos permitió, en cada uno de estos, revisar su origen y evolución en la doctrina, la jurisprudencia y, sobre todo, su marco constitucional y convencional a la luz de las teorías garantista de Luigi Ferrajoli y la teoría del derecho penal del enemigo de Gunther Jakobs, lo que en sí mismo, se torna interesante, pues estamos frente a dos teorías diametralmente opuestas por lo que se refiere a la tutela, protección y garantía de los derechos humanos.

El derecho al olvido es uno de los derechos que surge con la tercera generación de los derechos humanos y, por consiguiente, 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 cada uno de los países elegidos para este estudio, por lo que tuvimos oportunidad de ir descubriendo sus propias y singulares características.

Introducción

El objetivo de este trabajo fue investigar y analizar el derecho humano al olvido, en España, Chile, Colombia y México, para lo cual revisamos la doctrina, la jurisprudencia y el marco constitucional y convencional de estos países, a la luz de las teorías, garantista de Luigi Ferrajoli y la teoría del derecho penal del enemigo de Günther Jakobs, con el fin de identificar las posturas que estas teorías tienen, respecto de ese derecho.

El derecho al olvido es un derecho que surge con la tercera generación de los derechos humanos y, por consiguiente, 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 cada uno de los países elegidos para este estudio, por lo que tuvimos oportunidad de ir descubriendo sus propias características. Una de éstas, fue que, derivado del grave aumento de la criminalidad, al lado de la teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli, surgió otra, que se ubica del lado contrario a ésta en la defensa y protección de los derechos humanos, nos referimos a la teoría del derecho penal del enemigo de Günther Jakobs que, igual y contradictoriamente, fue adoptada por esos mismos países.

Por lo anterior, es que, el problema jurídico que abordamos en este trabajo consistió en analizar la manera cómo evolucionó y se desarrolló el derecho humano al olvido en el marco constitucional y convencional de países como España, Chile, Colombia y México, a la luz de las teorías jurídicas, garantista y del derecho penal del enemigo, toda vez que son teorías diametralmente opuestas por lo que se refiere al tema de los derechos humanos.

Al revisar el estado del arte sobre el derecho al olvido, no encontramos ningún trabajo basado en las dos teorías mencionadas y, menos aún, estudios comparativos sobre los países de referencia. Lo que nos permite sostener que se trata de un tema de investigación totalmente novedoso y trascendente social y jurídicamente, lo que asegura que cualesquiera que sean sus resultados, generarán conocimiento nuevo para la ciencia jurídica en general; máxime que es completamente original e inédito.

Las preguntas que guiaron esta investigación fueron: ¿Cómo se ha regulado el derecho humano al olvido, desde el marco convencional y constitucional, en

países como España, Chile, Colombia y México? ¿Cuál ha sido la evolución y desarrollo del derecho humano al olvido en esos países, a la luz de la influencia de las teorías, garantista y del derecho penal del enemigo?

La hipótesis que guio este trabajo fue, el derecho humano al olvido ha sido regulado constitucional y convencionalmente, de manera diferente en los sistemas jurídicos de España, Chile, Colombia y México. Además, en algunas de sus normas jurídicas, primero se observa la influencia de la teoría garantista y, luego, se adoptan normas que se identifican con la teoría del derecho penal del enemigo.

Los métodos que utilizamos durante el desarrollo de este ejercicio, fueron: el histórico, comparativo, documental, analítico, sintético y deductivo.

Protocolo

Título: El derecho humano al olvido: un estudio de derecho comparado desde las teorías, garantista y el derecho penal del enemigo en España, Chile, Colombia y México.

Modalidad: Artículo de investigación para publicación en revista indexada

Área de evaluación: Cuerpo Académico: Estudios en Derecho Social, procesos sociales y políticos

Línea de Generación y aplicación del conocimiento: Procesos Sociales y Políticos

Palabras Clave: derecho humano al olvido; derecho a la privacidad; libertad de expresión; libertad de empresa; protección de datos personales; teoría garantista; teoría del derecho penal del enemigo.

Antecedentes (Estado de conocimiento)

Nos dice 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?”, que el derecho humano al olvido no es nuevo, pues ha estado presente en la doctrina comparada y la jurisprudencia desde hace varios años y que por medio 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.¹

Cabe señalar que, la obra de Luigi Ferrajoli, entre las cuales se encuentran, *Garantismo Penal, Derechos y Garantías. La Ley del más débil y Derecho y Razón*, entre otras, basa su teoría en los pensamientos de Locke y Montesquieu, quienes afirman, “que del poder siempre hay que esperar un abuso, por lo que deben existir límites para proteger los derechos de los ciudadanos”.² Agrega Ferrajoli que “el

¹Leturia I. Francisco J. “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*, vol. 43, núm. 1, pp. 91-113, Chile, 2016.

²Ferrajoli, Luigi, *Garantismo Penal*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 10.

ámbito del derecho penal se ha desarrollado como teoría y como práctica jurídica, en oposición de la legislación fascista y, después, a las numerosas leyes excepcionales y de emergencia que han terminado reduciendo, en contra de los principios constitucionales, el ya débil sistema de garantías contra el arbitrio punitivo”.³

Por lo que se refiere al tema que nos ocupa, el derecho humano al olvido, el filósofo italiano nos dice:

Existen derechos sociales como la subsistencia y la supervivencia, 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. En efecto, **es evidente que al concluir el procedimiento penal y la persona intenta reinsertarse en la sociedad, sus derechos aún están limitados por los antecedentes penales, las noticias en los medios de información y ahora en el internet. Lo que trae como consecuencia que, la sociedad no deje que un ex convicto por muy bajo que sea el perfil del delito, intente rehacer su vida.**⁴(Las negritas son nuestras)

Nos dice Laura Silberleib en su artículo “El Derecho al olvido y la persistencia de la memoria”, que, “el olvido se vuelve un derecho que todo humano debiera tener”.⁵Por su parte, varios países en el ámbito judicial penal han acordado en reconocer el derecho humano al olvido, el cual consiste en que la historia de una persona que ha sido procesada y condenada penalmente se borre; esto es, borrar los antecedentes penales de la persona que ya cumplió su condena, por lo tanto resulta evidente que se prioriza el derecho a la privacidad al reconocer la capacidad

Recuperado de: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4122-garantismo-penal-coleccion-facultad-de-derecho> Consultado el 29-05-2018.

³*Ibidem.*

⁴*Ibidem.*

⁵Silberleib, Laura, “El Derecho al olvido y la persistencia de la memoria”, *Información, cultura y sociedad: revista del Instituto de Investigaciones Bibliotecológicas*, Universidad de Buenos Aires Argentina, núm. 35, pp. 125-136.

humana de cambiar o en dado caso perdonar y dejar 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. En ese entendido, es evidente que el ser humano es su pasado, pero también es un presente y un futuro, es un ente cambiante y, siendo que, si en algún momento llegó a delinquir por hambre, error o influencia de un tercero, y se le da la oportunidad protegiendo su información este podrá rehacer su vida y encontrar un trabajo digno. Para ello, resulta indispensable que se eliminen los antecedentes penales que las personas que fueron procesadas y sentencias pudieran tener.

Por el contrario, “la teoría del derecho penal del enemigo de Günter Jackobs”⁶ 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. Esta postura la sostiene Jackobs, en pensadores de la talla de Juan Jacobo Rousseau, el cual menciona en su libro, *El Contrato Social, que*, “...cualquier malhechor que ataque el derecho social deja de ser miembro del Estado, puesto que se encuentra en guerra con éste, como demuestra la pena pronunciada en contra del malhechor. La consecuencia reza así: al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano”.⁷ Fichte, se suma a este razonamiento, cuando sostiene, “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”.⁸ Por su parte, Hobbes menciona que “el delincuente con su acto ha traicionado, no solo al soberano, sino también a los demás asociados, por lo cual será tratado como súbdito – un igual-, sino como un enemigo -el otro- que deberá ser eliminado.”⁹

⁶Günter Jackobs y Cancio Meliá, *Derecho Penal del Enemigo*, Civitas Ediciones, España, 2003.

⁷Rousseau Juan Jacobo, *El contrato social o principios del derecho político*, elaleph, 1999, p.32

⁸*Ibidem*, p. 27.

⁹Ramírez Echeverri Juan David, *Thomas Hobbes y el Estado absoluto: del Estado de razón al Estado de Terror*, Universidad de Antioquia, 2010, p. 93.

Por su parte, Emmanuel Kant en su obra, “Sobre la paz perpetua”¹⁰, menciona lo siguiente:

Aquel ser humano o pueblo que se halla en un mero estado de naturaleza me priva (...) de la seguridad necesaria, y me lesiona ya sea por ese estado en el que está a mi lado, si bien no de manera activa (*facto*), sí por la ausencia de la legalidad de su estado (*statu iniusto*), que me amenaza constantemente, y le puedo obligar a que o entre conmigo en un estado comunitario-legal o abandone mi vecindad.¹¹

En síntesis, la teoría del derecho penal del enemigo sostiene con base en esas ideas que, la persona que infrinja la ley o el contrato social en su caso, no debe pertenecer a la sociedad pues la defrauda, es un peligro para la misma y por lo tanto debe perder todos los derechos como ciudadano; pero, esta postura deja en un completo estado de indefensión al inculpado, pues muchas veces no se llega a analizar qué tan beneficioso va a ser tener a una persona identificada como delincuente en vista de que una vez sentenciado cumpla su condena o sanción. Por lo que aquí, surge una cuestión, ¿qué pasará con la persona que busca redimirse?

Ahora bien, en el contexto internacional de los derechos humanos, tenemos la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, la cual en su artículo 7º contiene, “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”; mientras que, en su artículo 8 establece, “Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan”, Incluyendo el modo en que los mismos serán tratados con la finalidad de que la persona dueña de los datos no se vea afectada.¹²

Sin embargo, países como España, Colombia y México en relación con los procesados y sentenciados, histórica y reiteradamente han incurrido en violaciones

¹⁰Kant Immanuel, *La paz perpetua*, Sic.editorial, 1795. Recuperado de: <http://www.ellibrototal.com/ltotal/?t=1&d=5661> Consultado el 26 de noviembre del 2018.

¹¹*Ibidem*, p. 30

¹² Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diario Oficial de las Comunidades Europeas. 18.12.2000. Recuperado de: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf. Consultada el 01 de junio de 2018.

discriminatorias, pues no tienen las mismas oportunidades de trabajo, no pueden rehacer su vida, no obstante que, en términos de la teoría garantista, una vez que cumplieron con la sanción impuesta, sus derechos debieran ser restablecidos al cien por ciento.

Carlos A. Carnevale menciona que en países de América Latina es muy clara la discriminación laboral cuando una persona tiene antecedentes penales, pues la función para el mismo es más un registro de la reinserción para actuar penalmente contra el reincidente, más no el limitar la vida laboral de una persona que busca reintegrarse a la sociedad.

Un gran ejemplo de la discriminación por los antecedentes penales lo encontramos en México, pues para cualquier trabajo ya sea en el ámbito público o privado siempre te piden la carta de antecedentes no penales, la cual puede ser tramitada vía internet y de forma gratuita y de no cumplir con dicho requisito es evidente que no eres un buen candidato para obtener el trabajo; gracias a esto, existen muchos reincidentes, pues dichos antecedentes son casi del dominio público.

Por el contrario, en Chile se escriben los datos de las personas referentes a crímenes, delitos y sentencias, en un prontuario penal, mismo que resulta secreto pues la información ahí mencionada es solo para los afectados, las autoridades judiciales, ministerio público y las autoridades investigadoras.

Por lo que se refiere a España, el Tribunal Supremo dictó la Sentencia C-131-12, referente al caso de Mario Corteja, en la cual se desprende que éste solicitó se cancelara información relativa a una subasta de sus bienes inmuebles, misma que fue publicada en el diario la Vanguardia en internet, la cual podía ser localizada mediante el buscador Google; no obstante, una vez que se cumplió el cometido esa información seguía en la nube y cualquier persona podía acceder a la misma, por lo que una vez que recibió la negativa tanto de los encargados de Google España, como del diario la Vanguardia, interpuso un recurso ante la Audiencia Nacional. Una vez que los abogados generales del Tribunal fallaron a su favor, se ordenó a Google, el retiro del acceso directo a dichos contenidos con la finalidad de que se

garantizara el derecho al olvido.¹³De igual forma, la Sala Civil del Tribunal Supremo a través de la Sentencia 210/2016, ha confirmado la condena a Google Spain, con la finalidad de que pague ocho mil euros a un hombre por vulnerar su derecho al olvido al no retirar del buscador la información sobre el indulto en 1999, pues dicha información afecta negativamente la reputación del afectado, creando daños a los derechos al honor, intimidad y derecho al olvido.¹⁴

Volviendo con Chile, cabe mencionar que el derecho al olvido no existe como tal en su legislación. No obstante, la Corte Suprema Chilena se apoya en el artículo 19 no. 4 de la Constitución Política de Chile, el cual garantiza “el respeto y la protección a la vida y a la honra de la persona y su familia”.¹⁵En este mismo país, se menciona el recurso presentado por “una persona en contra de la empresa El Mercurio, para que se eliminara de su portal de internet emol.com, la noticia publicada hace más de diez años, en la que se informaba que había sido sometido a proceso por su participación en el caso Spiniak, sobre una red de abusos de menores”¹⁶, sentencia que se pronunció en contra del recurrente por entender que la noticia era veraz, pues el recurrente no había aportado antecedentes de su actual situación procesal, siendo que la empresa no había cometido ilícito alguno, puesto que ejercía su derecho de libertad de expresión.

¹³ Sentencia C-131-12. Tribunal de Justicia Gran Sala, febrero 2013. Recuperado de : http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=ES&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=152065&occ=first&dir=&cid=527774

Consultada el 09 de junio de 2018.

¹⁴ Sentencia 210/2016. Tribunal Supremo. Sala Civil, abril 2016. Recuperado de: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/EI-TS-confirma-la-condena-a-Google-a-indemnizar-a-un-particular-por-no-retirar-datos-personales-del-buscador>

Consultada el 09 de junio de 2018.

¹⁵ Constitución Política de Chile. Recuperado de: http://www.senado.cl/capitulo-iii-de-los-derechos-y-deberes-constitucionales/prontus_senado/2012-01-16/093413.html.

Consultada el 10 de junio de 2018.

¹⁶ Corral, Hernán, “El derecho al olvido en internet antecedentes y bases para su configuración jurídica”, *Revista Jurídica Digital UANDES*, vol. 1, núm. 1, 2017, pp. 1-20. Recuperada de: <http://rjd.uandes.cl/index.php/rjduandes/article/view/7> Consultada el 20 de abril de 2018.

Continuando con Chile, cabe mencionar el fallo 1.705-2012, de la Tercera Sala, donde se hace mención de la siguiente jurisprudencia, referido a la Ley General de Bancos:

El tratamiento de los datos de terceros se suele regir, entre otros, por los principios de autodeterminación, racionalidad (en virtud del cual sólo podrían ser objeto de tratamiento aquellos datos que resultasen adecuados para la finalidad de recogida), congruencia (los datos no podrían ser utilizados para una finalidad distinta de la de recogida) y veracidad". Respecto a este último principio, existen diversos niveles en los que opera, siendo uno de ellos el de la verdad en el tiempo. Así se ha planteado: "La verdad en el tiempo está relacionada con el llamado derecho al olvido; como se ha dicho en la doctrina (Kayser, Orti, Vallejo, entre muchos), hay que evitar que la carga del pasado aplaste a la persona, haciéndole perder su libertad y le impida renovar o rehacer su personalidad; en definitiva, transcurrido un determinado periodo de tiempo desde el hecho objeto de la información, ésta debe decaer en beneficio de la intimidad, por lo que por muy veraz que sea la información ésta no debe poder ser objeto de tratamiento (especialmente si los datos recopilados del individuo son negativos). Si se traslada esta idea al registro de los morosos o al de solvencia patrimonial, significaría que un impago de hace 18 años no debería poder incluirse en el fichero porque ese dato no haría referencia a la situación actual "ha ocurrido hace tanto tiempo, que el dato debe ser considerado obsoleto" ("Derecho a la intimidad y a la protección de datos personales", artículo escrito por Pedro Grimalt Servera y coordinado por Yves Pouillet, María Verónica Pérez Asinari y Pablo Palazzi, Editorial Heliasta, S.R.L., año 2009, páginas 106, 107 y 108)." (Corte Suprema, considerando 9º).¹⁷

¹⁷ Fallo 1.705/2012 de la Tercera Sala de esta Corte Suprema. Recuperada de: <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/> Consultada el 11 de junio de 2018.

En el caso de Colombia sucedió algo muy parecido a Chile, pues según su decreto ley 019 del 2012¹⁸, se suprimió el certificado judicial parecido a los antecedentes penales,¹⁹ y se creó un mecanismo de consulta en línea,²⁰ no obstante, ninguna persona en dicho país está obligado a presentar documento alguno que certifique sus antecedentes judiciales. Además, la sentencia T-020 de 2014²¹, en la cual se decidió una acción de tutela interpuesta por una mujer en contra de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, quien consideró vulnerados sus derechos fundamentales al habeas data, dignidad humana y la igualdad, donde la accionante fue condenada penalmente por los delitos de concusión, falsedad material de particular en documento público y fraude procesal, luego de cumplir con la pena se declaró su extinción. No obstante, al buscar su nombre en el motor de búsqueda Google, descubrió que en la página web de la Corte Suprema de Justicia figuraban anotaciones relativas al proceso penal. Al solicitar que se borrara dicha información, la autoridad judicial no accedió, alegando para ello el deber de publicidad de las sentencias. La Sala Tercera de Revisión dispuso conceder el amparo solicitado y reemplazar el nombre de la accionante por números o letras de tal forma que no se pudiese identificarla. En este mismo país, tenemos la sentencia T-277-15²², en la cual, la señora Gloria solicitó se protegiera su derecho fundamental al buen nombre, intimidad, debido proceso, petición y al trabajo, que consideró lesionados por la Casa editorial El Tiempo, luego de que una publicación de aquel medio informara de su captura y posterior vinculación de la accionante a un proceso penal por delito de trata de personas. Lo anterior, una vez que la casa editorial se opusiera a eliminar dicha noticia del internet especialmente de Google.com

¹⁸Decreto ley 019 del año 2012, recuperada de: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1004430> consultada el 23 de noviembre del 2018

¹⁹Ibidem, artículo 93

²⁰Ibidem, artículo 94

²¹Sentencia T-020 de 2014 de la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia. Recuperada de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-020-14.htm> Consultada el 21 de noviembre de 2018

²² Sentencia T-227-15 de la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia. Recuperada de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/T-277-15.htm> Consultada el 20 de mayo del 2018.

En consecuencia, la Sala estima que para lograr una protección efectiva de los derechos de la accionante, el medio de comunicación deberá, por medio de la herramienta técnica “robots.txt”, “metatags” u otra similar, limitar el libre acceso a la noticia “Empresa de Trata de Blancas”, ello para neutralizar la posibilidad de libre acceso a partir del nombre de la accionante, sin perjuicio de que la información actualizada se mantenga intacta. Si bien esta medida representa una limitación al derecho a la libertad de expresión de la Casa Editorial El Tiempo, esta es menos lesiva que aquella que ordena la eliminación de la información de red, por cuanto al menos permite que el suceso que dio lugar a la noticia sea publicado, sin que se altere la verdad histórica en relación con los sucesos acontecidos.²³

Por lo que se refiere a México, es a partir de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF), en fecha 5 de julio de 2010,²⁴ que aparecen en nuestro marco jurídico los derechos ARCO,²⁵ contemplados en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), mismo que en su segundo párrafo establece:

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.(Las negritas son nuestras)

²³ Sentencia t-227-15 de la Sala Primera de revisión de la Corte Constitucional de Colombia. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/T-277-15.htm> Consultada el 20 de mayo del 2018

²⁴ Reforma constitucional publicada en el DOF el 01 de julio de 2009, por el que se agrega un segundo párrafo al artículo 16 de la CPEUM, en dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5092143&fecha=01/06/2009. Consultada el 28 de noviembre de 2018.

²⁵ Para un mayor conocimiento de los derechos arco, véase <https://idconline.mx/juridico/2014/07/21/recuerde-los-derechos-arco>. Consultada el 28 de noviembre de 2018.

Efectivamente, los derechos ARCO son el derecho humano contemplado en esa disposición constitucional, denominados así por sus siglas, o sea, los derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición a la información que manejan los particulares.²⁶

Precisamente, en los derechos ARCO encontramos en nuestro marco jurídico lo más parecido al llamado derecho al olvido, pues este es el “derecho que tiene un titular de datos personales, para solicitar el acceso, rectificación, **cancelación** u oposición sobre el tratamiento de sus datos, ante el Sujeto Obligado que esté en posesión de los mismos”.²⁷(Las negritas son nuestras) Cabe señalar que, en la Ley de Protección de Datos Personales en posesión de sujetos obligados de la Ciudad de México²⁸, se hace mención de cómo se llevará a cabo el procedimiento de solicitud de cancelación de datos personales, tal como lo señala el artículo 44 de la citada ley, mismo que se transcribe para mayores referencias:.

Artículo 44. El titular tendrá derecho a solicitar la cancelación de sus datos personales de los archivos, registros, expedientes y sistemas del responsable, a fin de que los mismos ya no estén en su posesión y dejen de ser tratados.

La cancelación de datos será procedente cuando el tratamiento no se ajuste a las finalidades o a lo dispuesto en la Ley, cuando el titular retire o revoque el consentimiento y el tratamiento no tenga otro fundamento jurídico, sus datos hayan sido tratados de manera ilícita o cuando se hayan difundido sin su consentimiento²⁹

Como observamos en el párrafo anterior, lo más aproximado al derecho humano al olvido, es la cancelación de datos personales, que se refiere a que si el “titular tiene conocimiento de que el tratamiento que se está dando a sus datos personales contraviene lo dispuesto por la Ley de Protección de Datos...o de que sus datos personales han dejado de ser necesarios para el cumplimiento de la finalidad de la

²⁶Idem.

²⁷<http://www.infoem.org.mx/src/htm/queEsArco.html> Consultada el 29 de mayo de 2018.

²⁸Ley de Protección de Datos Personales en posesión de sujetos obligados de la Ciudad de México. Recuperada de:

http://www.ssp.df.gob.mx/documentos/transparencia/normatividad_relacionada/ley_de_proteccion_de_datos_personales.pdf Constada el 16 de octubre del 2018

²⁹Ibidem, artículo 44

base de datos previstas en las disposiciones aplicables o en el aviso de privacidad, puede solicitar la cancelación de sus datos”.³⁰

No obstante lo anterior, consideramos que el derecho al olvido en México no ha podido triunfar del todo, pues como ejemplo tenemos la sentencia dictada por el Noveno Tribunal Colegiado de Circuito Auxiliar de la Primera región, en el expediente R.A. 357/2015, que ratificó la resolución inicial del Juzgado Decimoprimer de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, que había resuelto a favor de Google y la libertad de información. Con esto se desprende que, para los jueces de nuestro país en cuanto a la ponderación de derechos entre olvidar y dejar que la persona implicada viva tranquila y sin ser molestado respetando su derecho a una vida digna, y el derecho a la información y libertad de prensa, es mejor este último, aunque los implicados aun no sean juzgados o del juicio hayan salido victoriosos. De esa manera, la información que vaga por el internet estará marcando toda su vida.

Aunado a ello, el 09 de septiembre de 2014, el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI) recibió una solicitud para la protección de datos personales, al no obtener respuesta de Google México, S. de R.L. de C.V., no obstante dicha empresa se deslindó al nombrar como responsable de la protección de datos a Google, Inc., concluyendo el IFAI, ordena iniciar el procedimiento de imposición de sanciones contra la empresa en México, al resultar responsable en el tratamiento de datos personales.³¹

Nosotros consideramos que, como todos los seres humanos, dichos procesados y sentenciados tienen derecho a una vida digna, igual a que sus datos personales sean protegidos. Sin embargo, al carecer de estos derechos que son la causa de afectaciones a su bienestar personal, familiar y social, se provocan estigmas que violan el derecho humano al derecho al olvido.

³⁰ Idem.

³¹Resolución PPD:0094/14. Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos. 26 de enero de 2015. Recuperada de: <https://r3d.mx/2016/08/24/amparo-inai-derecho-olvido/> Consultada el 12 de junio de 2018.

Originalidad y relevancia

No existen estudios iguales al que se está proponiendo en este trabajo. Lo que encontramos son estudios que abordan el derecho humano al olvido solamente desde el punto de vista de la teoría garantista, pero no un estudio de derecho comparado entre los cuatro países Chile, España, Colombia y México y, menos, a partir del estudio de casos resueltos. Tampoco de la influencia que han tenido en este tipo de temas, la teoría garantista o la teoría del derecho penal del enemigo.

A continuación, se citan algunos artículos de investigación por cada uno de los países Chile, España, Colombia y México, que tienen alguna relación con el tema propuesto:

Chile

- Fernández de Marcos, Isabel D., “El derecho al olvido en relación con el derecho a la protección de datos personales”, *Ensayos*, núm. 23, 2013, pp.29-41. Recuperada de: <http://www.infodf.org.mx/capacitacion/publicacionesDCCT/ensayo23/23ensayo2014.pdf>.
[Consultada el 16 de diciembre del 2018](#)
- Tafoya, J. Guadalupe, “Reflexiones en torno al derecho al olvido”.*Revista del Instituto Federal de Defensa Pública*.18, 2014, pp.76-105.
Recuperada: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33500.pdf> [Consultada el 16 de diciembre del 2018](#)
[Matus Arenas, Jesica., El derecho a la información pública y protección de datos personales, Revista Chilena de Derecho y Tecnología, vol.02, número 01, 2013, pp. 201-217. Recuperada de:](#)
<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ekh9CyBMI1kJ:http://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/download/26959/29080/0+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=mx>
[Consultada el: 05 de diciembre del 2018.](#)
- Corral Talciani, Hernán, “El derecho al olvido en internet. Antecedentes y bases para su configuración jurídica”, *Revista Jurídica Digital UANDES* 1, 2017, pp.43-66.
Recuperada de: <http://rjd.uandes.cl/index.php/rjduandes/article/view/7>
Consultada el: 18 de [diciembre del 2018](#)

- Villalobos Vallejos, Hugo, “Sin segundas oportunidades: El sistema de antecedentes penales en Chile”, *Repositorio académico de Chile*, 2016.
Recuperada de: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/138950/Sin-segundas-oportunidades-el-sistema-de-antecedentes-penales-en-Chile.pdf;sequence=1>
Consultada el 19 de [diciembre del 2018](#)

España

- Carnevale, Carlos A., “Antecedentes penales y reinserción laboral en América Latina”, España, *INDRET Revista para el Análisis de Derecho*, núm. 3, 2016, pp.01-32. Recuperada de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5635431>
Consultada el 27 de [diciembre del 2018](#)
- Hernández, Mario, “El Derecho al Olvido en Internet como nuevo Derecho Fundamental en la sociedad de la Información. Perspectiva Constitucional Española y Europea”, *Revista Jurídica de la UNAM QUID IURIS*, vol. 21, 2013, pp.115-148. Recuperado de: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/quid-iuris/article/view/17466/15674>
Consultada el 20 de [diciembre del 2018](#)
- [Leturia, Francisco J., “Fundamentos Jurídicos del Derecho al Olvido. ¿Un Nuevo Derecho de Origen Europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos Derechos Fundamentales?”, *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 43, núm. 1, 2016 pp. 91-113. Recuperada de: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v43n1/art05.pdf>
Consultada el 15 de \[diciembre del 2018\]\(#\)](#)
- Martínez, Juan M., “La aplicación del Derecho al Olvido en España tras la STJUE Google contra AEPD y Mario Costeja”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 23, 2017, pp. 112-133. Recuperada de: <http://www.redalyc.org/pdf/4275/427551159004.pdf>
Consultada el 20 de [diciembre del 2018](#)

Colombia

- Grosso García, Manuel S., “Una aproximación crítica al concepto derecho penal del enemigo”, *Revista IUSTA*, 2007, pp.51-78. Recuperada de: <http://revistas.usantotomas.edu.co/>
Consultada el 19 de [diciembre del 2018](#)

- Paz Menchaca, Gonzalo R., “¿Derecho penal del enemigo o la solución final al problema de la delincuencia?”, *Papel político*, vol. 15, 2010, pp.309-323. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/777/77719013012.pdf> Consultada el: 19 de diciembre del 2018
- Cifuentes Bolívar, Julián, “Habeas Data Financiero y Derecho al olvido en Colombia”, Recuperada de: <https://www.felaban.net/monografias/ganadores/2016/Julian%20Cifuentes%20-%20Habeas%20Data%20Financiero%20-%20Monograf%20C3%ADas%20Jur%20C3%ADdicas%20Abogados%20Senior.pdf> Consultada el 19 de diciembre del 2018

México

- Collí, Víctor M., La virtualidad del olvido, *Revista Jurídica de la UNAM “Hechos Y Derechos”*, México, núm. 21, 2014. Recuperada de: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-yderechos/article/view/7020/8956> Consultada el 16 de diciembre del 2018
- Collí, Víctor M., Retos del derecho al olvido, *Revista Jurídica de la UNAM “Hechos y Derechos”*, núm. 32, 2016. Recuperada de: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/10344/12363> Consultada el 16 de diciembre del 2018
- Romero, Juan M., “El derecho humano al olvido digital”, *Revista Jurídica de la UNAM, “Hechos y derechos”*, núm. 21, 2014. Recuperada de: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/7031/8967> Consultada el 16 de diciembre del 2018

Planteamiento del problema.

En este trabajo investigaremos la manera en cómo han influido las teorías garantista y el derecho penal del enemigo en la adopción, desarrollo y protección del derecho humano al olvido en países como, Chile, España, Colombia y México, desde un enfoque doctrinal, convencional, constitucional, legal y jurisprudencial.

Preguntas de investigación

1. ¿Cómo se ha regulado jurídicamente el derecho humano al olvido en países como Chile, España, Colombia y México?
2. ¿Cuál es la influencia que han tenido la teoría garantista y la teoría del derecho penal del enemigo, en los sistemas jurídicos y en la praxis de Chile, España, Colombia y México, en relación con el derecho humano al olvido?

Justificación del problema

Este proyecto de investigación es totalmente novedoso y trascendente social y jurídicamente, cuyos resultados generarán conocimiento nuevo para la ciencia jurídica en general, pues, como ya lo mencionamos, se trata de un estudio de derecho comparado entre países como Chile, España, Colombia y México, sobre la adopción, desarrollo y protección del derecho humano al olvido, así como de algunas resoluciones jurisdiccionales y administrativas, desde el punto de vista de la teoría garantista sustentada por Luigi Ferrajoli, así como desde el lado opuesto, la teoría del derecho penal del enemigo enarbolada por Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, que nos permitirá contrastar jurídicamente y, desde la praxis, la influencia que han tenido en dichos países dos teorías diametralmente opuestas en relación con el derecho humano al olvido.

Además, una vez que revisamos el Estado del Arte, no encontramos ningún trabajo igual ni parecido al problema que se propone en este trabajo, por lo que, consideramos que se justifica plenamente su investigación.

Delimitación del problema

1. Delimitación temporal.- Comprenderá el periodo que va de septiembre del 2012 a marzo del 2019.
2. Delimitación espacial.- Este estudio abarcará a Chile, España, Colombia y México.
3. Delimitación Humana.- El estudio del derecho humano al olvido se basará en las Teorías garantista y del derecho penal del enemigo.

Orientación Teórico Metodológica

El estudio del derecho humano al olvido se basará en las Teorías garantista y del derecho penal del enemigo.

Hipótesis

El derecho humano al olvido ha sido regulado constitucional y legalmente de manera diferente en los sistemas jurídicos de Chile, España, Colombia y México. Además, en algunas de sus normas jurídicas se observa la influencia de la teoría garantista y, en otras, de la teoría del derecho penal del enemigo. De la misma manera, en determinados casos que han resuelto, también encontramos la influencia de una y otra teoría.

Objetivo General

Investigar y analizar el tratamiento jurídico que países como Chile, España, Colombia y México, ha dado al derecho humano al olvido. Asimismo, investigar y analizar si dicho tratamiento o algunas de sus resoluciones han sido orientados por la teoría garantista o la teoría del derecho penal del enemigo.

Objetivos Específicos

- 1.- Analizar desde el punto de vista teórico-conceptual el derecho humano al olvido.
2. Realizar un estudio teórico comparativo de las teorías garantista y del derecho penal del enemigo, sobre el derecho humano al olvido.
3. Analizar algunos casos resueltos sobre el derecho humano al olvido en Chile, España, Colombia y México.
4. Determinar la influencia que han tenido en los sistemas jurídicos de cada uno de los países mencionados las teorías garantista y del derecho penal del enemigo.

Metodología / Método

Método cualitativo. El enfoque de la investigación será cualitativo en razón de que se busca analizar problema mediante la interpretación y comprensión hermenéutica de los procesos y resultados del derecho humano al olvido.

Método comparativo. Asimismo utilizaremos el método comparativo para conocer la manera en que cómo se ha regulado en el derecho humano al olvido en los cuatro países. Asimismo, nos permitirá conocer cuál de las dos teorías, garantista y

derecho penal del enemigo han influido más al momento de regular ese derecho y, sobre todo, de resolver algunos casos.

Método analítico y sintético. Estos nos permitirán tener una mejor comprensión del fenómeno jurídico que nos ocupa, pues como métodos universales nos servirán para analizar y sintetizar las diferentes posturas jurídicas.

Método deductivo. Igual, como método universal en la investigación nos servirá para analizar las legislaciones que se han dado cada país sobre el derecho humano al olvido y hacer las conclusiones sobre sus diferencias y semejanzas, ya sea, al amparo de la teoría garantista o del derecho penal del enemigo.

Esquema de trabajo

Introducción

1.- Marco teórico conceptual del Derecho Humano al Olvido

2.-Estudio comparativo del Derecho al Olvido en los siguientes países:

- España

- Chile

- Colombia

- México

3.- Conclusiones

4.- Fuentes generales

FUENTES DE INFORMACIÓN

- Bibliográficas
- Hemerográficas
- Electrónicas

Cronograma de trabajo

Periodo	Actividad	Fecha
----------------	------------------	--------------

Primer periodo	➤ Recabar información	01 de julio-30 de septiembre de 2018
Segundo	➤ Realizar protocolo ➤ Tener aprobación de protocolo	01 de octubre-30 de diciembre de 2018
Tercero	➤ Iniciar con la redacción del artículo ➤ Terminar con la redacción del artículo y someterla a verificación de tutores	01 de enero -31 de marzo de 2019 01 de abril al 31 de julio de 2019
Cuarto	➤ Remitir el artículo a la revista seleccionada	01 de julio-30 de agosto de 2019
Quinto	➤ Iniciar los trámites de titulación	01 al 30 de septiembre de 2019
Sexto	➤ titulación	01 de octubre al 31 de octubre de 2019

Referencias bibliográficas

- Aguilera Portales Rafael Enrique y López Sánchez Rogelio, Los derechos fundamentales en la teoría garantista de Luigi Ferrajoli, *ITJ Biblioteca Jurídica Virtual*, México D.F.: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- FerrajoliLuigi, *Garantismo Penal*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Biblioteca Jurídica Virtual, 2006
- Günter Jakobs y CancioMmeliá, *Derecho Penal del Enemigo*, Civitas Ediciones S.L., España, 2003.
- Leturia I. Francisco J., “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*, Facultad de derecho UC, Santiago Chile, vol. 43, núm. 1, 2016, pp. 91-113.
- Ferrajoli Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, Universidad Autónoma de México, vol. 1, núm. 15, 2006, pp. 113-136.
- Carnevale Carlos A. *Antecedentes penales y reinserción laboral en América Latina*, Dialnet revista para el análisis del derecho, Universidad del Sur de Argentina, No. 3, Argentina, 2016.

- Silberleib, Laura, “El Derecho al olvido y la persistencia de la memoria”, *Revista: Información, cultura y sociedad, del Instituto de Investigaciones Bibliotecológicas*, Universidad de Buenos Aires Argentina, núm. 35, Diciembre 2016, pp. 125-136.
- Corral, Hernán, “El derecho al olvido en internet antecedentes y bases para su configuración jurídica”, *Revista Jurídica Digital UANDES*, vol. 1, núm. 1, 2017, pp. 1-20.
- Constitución Española, Artículo 18.1.
Recuperado de:
<https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>
Consultada el 30 de octubre del 2018
- Constitución Política de la República de Chile.
Recuperado de:
https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf
Consultada el 10 de septiembre de 2018.
- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
- Villanueva Ernesto, Derecho al Olvido, *Revista Proceso*, octubre 2016.
Recuperada de: <https://www.proceso.com.mx/457073/derecho-al-olvido>
- Sentencia 210/2016. Tribunal Supremo. Sala Civil, abril 2016. Recuperado de: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-TS-confirma-la-condena-a-Google-a-indemnizar-a-un-particular-por-no-retirar-datos-personales-del-buscador>
- C- 131/12 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala).
Recuperada de:
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES>
Consultada el 20 de noviembre de 2018
- Fallo 1.705/2012 del 24 de septiembre de 2012, Tercera Sala de esta Corte Suprema.
Recuperada de: <http://iura.cl/jp/suprema/2012/1705.html>
- Decreto ley 019 del año 2012,
Recuperada de:
<http://www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1004430>
- Sentencia T-020 de 2014 de la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia. Recuperada de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-020-14.htm>

Consultada el 21 de noviembre de 2018

- Sentencia T-227-15 de la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia.
Recuperada de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/T-277-15.htm>
Consultada el 20 de mayo del 2018.
- Reforma Constitucional del 01 de junio del 2009, al artículo 16.
- Instituto de transparencia y acceso a la información pública y protección de datos personales del estado de México y municipios(sitio web) 2017, <http://www.infoem.org.mx/src/htm/queEsArco.html> Consultada el 29 de agosto de 2018.
- Ley de Protección de Datos Personales en posesión de sujetos obligados de la Ciudad de México. Recuperada de: http://www.ssp.df.gob.mx/documentos/transparencia/normatividad_relacion_ada/ley_de_proteccion_de_datos_personales.pdf
- Resolución PPD:0094/14. Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos. 26 de enero de 2015.
Recuperada de: <https://r3d.mx/2016/08/24/amparo-inai-derecho-olvido/>

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

I. El derecho al olvido, la teoría garantista y la teoría del derecho penal del enemigo

II.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. Ya no digamos, si lo abordamos con un enfoque psicológico, cultural, social, filosófico, etc., lo cual, aún sería más complejo.

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.”³²

³² Leturia I. Francisco J., “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*, Facultad de derecho UC, Santiago Chile, vol. 43, núm. 1, 2016, p. 92.
Recuperado de: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v43n1/art05.pdf> Consultado el 03 de enero de 2019.

Por su parte, Laura Silberleib en su artículo “El Derecho al olvido y la persistencia de la memoria”, menciona la definición 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”,³³ 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. En ese entendido, es evidente que el ser humano es su pasado, pero también es su presente y su futuro, es un ente cambiante y, siendo que, si en algún momento llegó a delinquir por hambre, error o influencia de un tercero, y se le da la oportunidad protegiendo su información, éste podrá rehacer su vida y encontrar un trabajo digno. Para ello, resulta indispensable que se eliminen los antecedentes penales que las personas que fueron acusadas, procesadas y sentencias pudieran tener.

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 UNESCO, en un discurso que pronunció en 1979.

Posteriormente, en 1988 el Diario La Vanguardia publicó dos anuncios relacionados con la subasta de unos inmuebles relacionados con un embargo, con motivo de las deudas que un ciudadano español tenía con la Seguridad Social. Pasaron algunos años y el periódico digitalizó esa información y la publicó en su página web. Posteriormente, Mario Costeja en su calidad de afectado se entrevistó con los directivos del citado periódico, pidiéndoles retiraran los enlaces de dicha

³³ Silberleib, Laura, “El Derecho al olvido y la persistencia de la memoria”, *Revista: Información, cultura y sociedad, del Instituto de Investigaciones Bibliotecológicas*, Universidad de Buenos Aires Argentina, núm. 35, diciembre 2016, p. 128. Recuperado de: <http://www.scielo.org.ar/pdf/ics/n35/n35a07.pdf>
Consultado el 03 de enero de 2019.

información, puesto que se refería a una deuda que ya había sido pagada; además, pedía a Google la eliminación de estos enlaces en su página de resultados. Sin embargo, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), desestimó la reclamación contra La Vanguardia. Esto es, la AEPD consideró que la información se había publicado de manera legal, pero exigió a Google la adopción de las medidas necesarias para eliminar los datos de sus resultados e impidiera el acceso a los mismos. Google rechazó esta petición y recurrió ante la Audiencia Nacional solicitando la nulidad de la referida resolución. Por su parte, la Audiencia Nacional envió el expediente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE),³⁴ quien el 13 de mayo de 2014 emitió sentencia otorgando la razón al denunciante y ordenó a Google eliminara u ocultara de sus motores de búsqueda los datos personales de aquél.³⁵ A partir de esta sentencia, las solicitudes de petición de cancelación de resultados se dispararon por miles, abarcando todo tipo de situaciones, entre ellos, fraudes y delitos graves, donde cada caso fue atendido de manera particular. Pero, a partir de este precedente, el reconocimiento a este derecho ha ido en creciente aumento en los últimos años en las legislaciones de la mayor parte de los países de occidente, al amparo de diferentes fórmulas y con distintas argumentaciones.³⁶

Por su parte, el Reglamento de la Unión Europea del Parlamento Europeo y del Consejo (RUEPEC),³⁷ de fecha 27 de abril de 2016 define a este derecho en su artículo 4º, como:

toda información sobre una persona física identificada o identificable (el interesado); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como, por ejemplo, un nombre, un número de

³⁴ El TJUE, tiene como algunas de sus principales funciones, garantizar que la legislación de la Unión Europea (UE), se interprete y aplique de la misma manera en cada uno de los países miembros; garantizar que los países miembros y las instituciones europeas cumplan la legislación de la UE, en https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_es Consultado el 03 de enero de 2019.

³⁵ *Cfr.* Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia (TJUE), del 13 de mayo de 2014, dictada por la gran sala, la cual recayó en el expediente C131/12, planteado por la AEPD, en el procedimiento promovido por Google Spain., Google Inc., y presentado por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González.

³⁶ *Cfr.* Leturia I., Francisco J., “Fundamentos jurídicos del derecho al olvido... cit.

³⁷ El RUEPEC, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), vigente a partir del 25 de mayo de 2018, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A32016R0679> Consultado el 04 de enero de 2019.

identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.

Ahora bien, como se desprende del artículo 1º, numeral 2º, entre otros de los objetivos del TJUE están, proteger “los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y, en particular, su derecho a la protección de los datos personales.” O sea, considera a estos, sin lugar a dudas, como uno de los derechos y libertades fundamentales. Sin embargo, debemos aclarar que, el Reglamento General de Protección de Datos Personales que fue revocado por el RUEPEC, aprobado por el Parlamento Europeo el 21 de octubre de 2013, ya lo contemplaba también como derecho fundamental. También, hay que decirlo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 (CDFUE³⁸), igualmente, ya lo consideraba en esos mismos términos; así se observa en su artículo 7º, “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”. Asimismo, el numeral 1, de su artículo 8º contiene, “Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernen.” Con la finalidad de que la persona dueña de los datos no se vea afectada y tenga una vida plena.

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.³⁹

Aunado a ello, el *habeas data* es considerado como un derecho de tercera generación, cuya característica esencial es la solidaridad, ya que para su

³⁸ Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diario Oficial de las Comunidades Europeas. 18.12.2000. Recuperado de: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf Consultada el 01 de febrero de 2019.

³⁹ Quiroz Papa de García, Rosalía, “El Hábeas Data protección al derecho a la información y a la autodeterminación informativa”. *Letras*, vol.87, n. 126, Lima, Perú, p. 23. Recuperado de: http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2071-50722016000200002 Consultado el 28 de febrero de 2019.

real garantía exige la acción mutua, tanto de la persona, del Estado, como de las entidades públicas y privadas.⁴⁰

En síntesis, el derecho al olvido es el derecho que tiene toda persona de acceder y controlar la información personal registrada en bancos de datos públicos o privados; además, es la única que ejerce las facultades de: a) Solicitar la corrección, rectificación, actualización o modificación de datos inexactos; b) Solicitar la cancelación de datos obsoletos, inapropiados o irrelevantes; c) Solicitar la cancelación de datos personales obtenidos por procedimientos ilegales; y d) Exigir que se adopten medidas suficientes para evitar la transmisión de datos a personas o entidades no autorizadas.⁴¹

II.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, Luigi Ferrajoli, “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.”⁴² Este filósofo basa 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”.⁴³

Agrega Ferrajoli, en su obra *Garantismo Penal*⁴⁴ que, “el ámbito del derecho penal se ha desarrollado como teoría y como práctica jurídica, en oposición de la legislación fascista y, después, a las numerosas leyes excepcionales y de emergencia que han terminado reduciendo, en contra de los principios

⁴⁰ *Ídem*; p.29.

⁴¹ *Ídem*; p.30.

⁴² Batista, Fernando, “Ferrajoli, Luigi, Derechos y garantías. La ley del más débil”, *Cuestiones constitucionales*, No.17, pp. 309-314, Madrid, Trotta, 1999, p. 37. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932007000200011

Consultado el 02 de marzo de 2019.

⁴³ Ferrajoli Luigi, *Garantismo Penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006 p. 4. Recuperado

http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/jbr_Garantismo_y_derecho_penal_Completo.pdf

Consultado el 02 de marzo de 2019.

⁴⁴ *Ibidem*.

constitucionales, el ya débil sistema de garantías contra el arbitrio punitivo”.⁴⁵ Continúa diciéndonos este autor que, los derechos fundamentales surgen de las necesidades de la población:

En primer lugar, surgieron los derechos civiles y políticos, es decir, los derechos reconocidos en las revoluciones liberales. En segundo lugar, corresponde al Estado social la conquista histórica de los derechos de segunda generación, como los derechos económicos, sociales y culturales, acaecidos fundamentalmente en la Revolución industrial del siglo XIX. El Estado constitucional, en cuanto Estado de derecho de tercera generación, expresa la última fase de conquista de derechos más novedosos y plurales de nuestra sociedad actual, tales como el derecho a un medio ambiente saludable, el derecho a la libertad informática, (que tuvo su origen durante la última revolución tecnológica o digital) y los derechos colectivos, entre otros más.⁴⁶

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 pagaste 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.”⁴⁷ 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. Atendiendo a ello,

⁴⁵ *Ídem*; p.10.

⁴⁶ Aguilera Portales, Rafael Enrique y López Sánchez, Rogelio, “Nuevas perspectivas y desafíos en la protección de los derechos humanos. Los Derechos Fundamentales en la Teoría Jurídica Garantista de Luigi Ferrajoli”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011, pp. 50-51. Recuperado de: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2977-nuevas-perspectivas-y-desafios-en-la-proteccion-de-los-derechos-humanos> Consultado el 02 de marzo de 2019.

⁴⁷ *Ídem*; p. 55.

Norberto Bobbio comenta que, para formular leyes y principios universales en materia de la ciencia del derecho, es preciso atender no sólo a la naturaleza humana, sino a las "condiciones históricas que determinan las cambiantes leyes de pueblo a pueblo, de tiempo a tiempo."⁴⁸

Regresando a Ferrajoli, éste 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.”⁴⁹

Ahora bien, es de considerarse que existen derechos sociales como la subsistencia y la supervivencia, 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 dejara 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.

En ese orden de ideas, como ya también lo mencionamos *supra* (II.1), Laura Siberleib refiere que,⁵⁰ el derecho al olvido se vuelve un derecho que todo humano debiera tener, siendo que, “en el ámbito judicial, varios países han acordado en reconocer la figura del derecho al olvido de la historia de una persona que ha sido procesada y condenada penalmente, priorizando el derecho a la privacidad y reconociendo la capacidad humana de cambiar y dejar ser aquella que fue alguna

⁴⁸ Flores Imer, Benjamín, “La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1997, p.1028. Recuperado de: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3509/4171> Consultado el 02 de marzo de 2019.

⁴⁹ Ferrajoli, Luigi, *Op, Cit*, p. 85.

⁵⁰ *Cfr.* Siberleib, Laura, “El Derecho al olvido y la persistencia de la memoria” ... *cit.*

vez, adquiriendo nuevos roles y participación en la sociedad. El ser humano es su pasado, pero también es un organismo en permanente cambio, y ese derecho es el que se desea preservar protegiendo la información sobre una persona, y eliminando los antecedentes penales que esta pudiera tener”.⁵¹

II.3 Teoría del derecho penal del enemigo.

Por otra parte, la teoría del derecho penal del enemigo de Günter Jackobs 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”.⁵² Por lo tanto, se considera que alguien que quebranta la ley de alguna manera deja de ser miembro de la sociedad, puesto que se encuentra en guerra con ésta al infringir las normas planteadas por la misma para mantener un orden.

Fichte se suma al razonamiento antes mencionado, 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.⁵³

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 incurren en tal delito no son castigados en cuanto a súbditos, sino como enemigos.⁵⁴

Por su parte, Kant considera que el hombre tiene una tendencia a socializarse, porque en tal estado siente más su condición de hombre (...) Pero también tiene una fuerte inclinación a *individualizarse* (aislarse), porque encuentra simultáneamente en sí mismo la insociable cualidad de doblegar todo a su mero

⁵¹ *Ídem*; p. 132.

⁵² Rousseau Juan Jacobo, *El contrato social o principios del derecho político*, elaleph, 1999, p.32.

⁵³ Günter Jakobs y Cancio, Meliá, *Derecho Penal del Enemigo*, Civitas Ediciones, España, 2003, p. 26.

⁵⁴ *Ídem*; p.27.

capricho (...) Pues bien, esta resistencia es aquello que despierta todas las fuerzas del hombre y le hace vencer su inclinación a la pereza, impulsándole por medio de la ambición, el afán de dominio o la codicia, a procurarse una posición entre sus congéneres, a los que no puede *soportar*, pero de los que tampoco es capaz de *prescindir*.⁵⁵

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.”⁵⁶ Mientras que, como ya vimos, la teoría penal del enemigo basa su idea en filósofos liberales como Kant, Rousseau, Hobbes, de quien tomo la idea del “...pacto social, mediante el cual se transfieren todos los derechos naturales al *Leviathan*. El objetivo prioritario de este pacto social es, alcanzar a toda costa los bienes jurídicos de seguridad y paz”.⁵⁷ Igualmente, la teoría de Locke representa la defensa de un Estado Liberal, mientras que Hobbes personifica la justificación de un estado absolutista.⁵⁸

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) y, por lo tanto, debe perder todos sus derechos como ciudadano, dejándolo en un completo estado de indefensión.⁵⁹

⁵⁵ Santiago Oropeza, Teresa, “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, UNAM-I, Vol. 5, Tomo II, p.4. Recuperada de: http://www.revista.unam.mx/vol.5/num11/art77/dic_art77.pdf Consultado el 02 de marzo de 2019.

⁵⁶ Moreno Cruz, Rodolfo, “El modelo garantista de Luigi Ferrajoli: Lineamientos generales”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, Vol.40, Núm.120, p.827-828. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332007000300006&lng=es&tlng=es Consultado el 02 de marzo de 2019.

⁵⁷ Aguilera Portales, Rafael Enrique, *Los derechos fundamentales en la teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli, Nuevas perspectivas y desafíos en la protección de los derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 68-69. Recuperado de: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2977-nuevas-perspectivas-y-desafios-en-la-proteccion-de-los-derechos-humanos> Consultado el 02 de marzo de 2019.

⁵⁸ Cortés Rodas, Francisco. “El contrato social liberal: John Locke”. *Revista Co-herencia*, Vol. 7, 2010, Colombia, p. 99. Recuperado de: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-58872010000200005 Consultado el 02 de marzo de 2019.

⁵⁹ “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, Carlos, *CPC 75 (2001)*, p. 612.

II. 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,⁶⁰ que se caracteriza por “la creación de leyes especiales”, la eliminación de la libertad provisional, aumento de las penas,⁶¹ 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”.⁶² En síntesis, como lo refiere “un derecho penal maximizado como confirmación de la seguridad perdida.”⁶³ Todo esto, también, como lo señala Carlos Pérez del Valle en su artículo “La fundamentación iusfilosófica del derecho penal del enemigo. Precisiones sobre la interpretación de Kant.”,⁶⁴ con repercusiones, no solamente en el derecho sustantivo penal, sino,

⁶⁰ Cfr. Benavides Venegas, Farir Samid, “Control Penal del Crimen Organizado en Colombia, 1980-2014”, Análisis 1/2015, Friedich Ebert Stiftung, 2015, pp. 11-12. Recuperado de <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/la-seguridad/11204.pdf> Consultado el 22 de mayo de 2019.

⁶¹ Jakobs afirma: “para los enemigos no es posible una pena como la del derecho penal de ciudadanos.” Cfr. Pérez del Valle, Carlos, “La fundamentación iusfilosófica del derecho penal del enemigo. Precisiones sobre la interpretación de Kant.”, *Revista Electrónica de ciencia penal y criminología*. 2008, núm. 10-03, p. 03:8. Recuperado de <http://criminnet.ugr.es/recpc/10/recpc10-03.pdf> Consultado el 22 de mayo de 2019.

⁶² Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Ediar, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina, 2006. Recuperado de https://www.academia.edu/35764785/33_El_Enemigo_en_el_Derecho_Penal_-_Eugenio_Raul_Zaffaroni_-_198.pdf Consultado el 23 de mayo de 2019. Cfr. también Daza, Mario, “¿Es aplicable en Colombia un derecho penal del enemigo? 18 de mayo de 2012. Recuperado de <https://derechopublicomd.blogspot.com/2012/05/en-relacion-con-el-atentado-perpetrado.html> Consultado el 22 de mayo de 2019.

⁶³ Vargas Prentt, Mariela, “Legislación penal y política criminal en Colombia”, *Revista Justicia*, No. 15, -pp. 53-70-junio 2009, Universidad Simón Bolívar- Barranquilla, Colombia. p. 56. Recuperado de revistas.unisimon.edu.co/index.php/justicia/article/download/966/954 Consultado el 23 de mayo de 2019.

⁶⁴ Pérez del Valle, Carlos, “La fundamentación iusfilosófica... cit., p. 03: 2.

sobre todo, en el derecho procesal penal y en el derecho constitucional. Sin embargo, ambos modelos--continúa diciéndonos Pérez del Valle--, invaden las legislaciones modernas.⁶⁵

III.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 el juicio C-131/12,⁶⁶ en el cual un ciudadano solicitó ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) 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.⁶⁷

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

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Jurisprudencia, Asunto C-131/12 del 13 de mayo del 2014. Recuperada de: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES>
Consultado el 04 de marzo de 2019.

⁶⁷ *Ibidem*.

Española.⁶⁸ “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 18,⁶⁹ “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:

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. ...
3. ...
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 Santiago Sánchez González 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”.⁷⁰ Siendo evidente que buscan que se proteja la expresión de la verdad, así como la protección de datos personales de cada persona.

⁶⁸ Constitución Española de 1978. Recuperada de: <http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/index.html> Consultada el 10 de marzo del 2019.

⁶⁹ *Ídem*.

⁷⁰ Sánchez González, Santiago, “De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”. *Revista de derecho UNED*, Departamento de Derecho Político, España, pp.14-15. Recuperado de: <https://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/ponderacion.pdf> Consultada el 10 de marzo del 2019.

En ese mismo orden de ideas, Begoña M. López Portas 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.”⁷¹ De igual forma, en la sentencia 210/2016 el Tribunal Supremo español determinó:

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.⁷²

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

⁷¹ López Portas, M. Begoña, “La configuración jurídica del derecho al olvido en el derecho español al tenor de la doctrina del TJUE”, *Revista de Derecho Político*, UNED, España, No. 93, 2015, pp.150-151. Recuperado de: <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/viewFile/15140/13298> Consultada el 10 de marzo del 2019.

⁷² Sentencia STS 210-2016, Suprema Corte de España, Sala Primera de lo Civil, del 05 de abril del 2016. Recuperada de: <https://supremo.vlex.es/vid/632311849> Consultada el 10 de marzo del 2019.

cuando los datos personales (en concreto el nombre y apellidos) eran utilizados como palabras clave para la búsqueda.⁷³

Como se puede observar, en dicha sentencia se consideró que, el llamado "derecho al olvido" como conclusión de los derechos derivados de los requisitos de calidad del tratamiento de datos personales, no ampara que cada uno construya un pasado a su medida, obligando a las autoridades a eliminar ciertos datos personales cuando se asocian a hechos que no se consideran positivos y que afectan la vida de una persona que en algún momento le falló a la sociedad, pero ya pagó una condena por el error cometido. Pero, dicho derecho sí ampara que el afectado, cuando no tenga la consideración de personaje público, pueda oponerse a un tratamiento de sus datos personales que permita que una simple consulta en un buscador generalista de Internet, utilizando como palabras clave sus datos personales tales como el nombre y apellidos, haga permanentemente presentes y de conocimiento general informaciones gravemente dañosas para su honor o su intimidad sobre hechos ocurridos mucho tiempo atrás, de modo que se distorsione gravemente la percepción que los demás ciudadanos tengan de su persona, provocando un efecto estigmatizador e impidiendo su plena inserción en la sociedad, inserción que se vería obstaculizada por el rechazo que determinadas informaciones pueden causar en sus conciudadanos.

Ahora bien, aunque la Carta Magna española no alude en específico al sistema penal acusatorio y oral,⁷⁴ su Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, si lo contempla.⁷⁵

Por otra parte, España se ha enfrentado al terrorismo (nunca se considera delito político)⁷⁶ del grupo ETA⁷⁷ desde la década de los 60 del siglo pasado, lo que

⁷³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Jurisprudencia... *cit.*

⁷⁴ Constitución española de 1978, en sus artículos 10-29, contemplan los derechos y libertades fundamentales de las personas. Recuperada de <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf> Consultada el 21 de mayo de 2019.

⁷⁵ Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, en sus artículos 649-665. Recuperada de <https://www.boe.es/buscar/pdf/1882/BOE-A-1882-6036-consolidado.pdf> Consultada el 21 de mayo de 2019.

⁷⁶ 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 Consultada el 23 de mayo de 2019.

⁷⁷ *Cfr.* Mateo Santamaría Eduardo, "La contribución del movimiento asociativo y funcional a la visibilidad de las víctimas del terrorismo en España", Revista de victimología, N. 7, 2018, p. 10. Recuperada de: <file:///C:/Users/GOBRESULTADOS/Downloads/Dialnet-LaContribucionDelMovimientoAsociativoYFundacionalA-6565196.pdf>; Meza-Lopehandía G. Matías, Williams O. Guido, Evolución de la Legislación antiterrorista: Chile y España, Biblioteca del Congreso

se vio reflejado en la Constitución de 1978.⁷⁸ Además, la mencionada Ley de Enjuiciamiento Criminal española,⁷⁹ 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.

III.2 Chile.

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.⁸⁰ 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.⁸¹

El mencionado Consejo ha advertido que se realice la reserva de información a través de un “test de daño o principio de proporcionalidad consistente en el balance entre el interés de retener la información y el interés de divulgarla para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría causar su revelación; en el presente caso proteger la vida privada de una persona determinada.”⁸² En ese test, “se debe determinar la existencia de un interés público que justifique la divulgación de la información o si, por el contrario, debe prevalecer su reserva para resguardar los bienes jurídicos protegidos por la ley, concretamente los derechos del tercero en cuanto a su vida privada, que serían vulnerados de publicarse la información requerida.”⁸³ Por lo que

Nacional de Chile/BCN, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, 2018, p. 11. Recuperada de: https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/24964/1/FINAL_Evolucion_de_la_legislacion_a_ntiterrorista_Chile_y_Espana.pdf Consultada el 21 de mayo de 2019. Derivado de estas situaciones, la Constitución española de 1978 incluyó dos disposiciones relativas al terrorismo. La primera, al igual que el texto constitucional chileno, prohíbe considerar el terrorismo como delito político (art. 13, numeral 3).

⁷⁸ Cfr. Constitución española... cit., que prohíbe considerar el terrorismo como delito político (art. 13, numeral 3.), mientras que el 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”.

⁷⁹ Cfr. Ley de Enjuiciamiento Criminal..., cit.

⁸⁰ Cfr. Matus Arenas, Jessica, “Derecho de acceso a la información pública y protección de datos personales”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Vol. 02, p. 200. Recuperado de: <https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/26959/29080> Consultada el 10 de marzo del 2019.

⁸¹ *Idem*; p. 201.

⁸² *Idem*; p. 208.

⁸³ *Idem*; p. 223.

resulta evidente que para este país, es muy importante el resguardo de información sensible.

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 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 el D.L. 409, de 12 de agosto de 1932, 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”.⁸⁴ Además:

En 1999 se aprobó la ley No. 19.628, que se identifica 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.⁸⁵

Al iniciar con la generación del internet, las diferentes plataformas, como you tube, 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

⁸⁴ Corral Talciani, Hernán, “El derecho al olvido en internet: antecedentes penales para su configuración jurídica”, *Revista Jurídica Digital UANDES*, vol. 01, 2017, p. 5. Recuperado de: <http://rjd.uandes.cl/index.php/rjduandes/article/view/7/39> Consultada el 10 de marzo del 2019.

⁸⁵ Ley No. 19.628, “Protección de la vida privada”. Recuperada de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=141599> Consultada el 15 de marzo del 2019.

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 médico perdió su trabajo y su prestigio, la sentencia se dictó a favor del Centro de Investigación Periodística, negando el derecho al olvido al solicitante. A continuación, se transcribe la parte que consideramos relevante de la sentencia en mención:

Tercero: Que, de los antecedentes allegados a la causa, aparece que respecto de la Fundación Ciper-Chile, tal como lo sostiene el motivo séptimo de la sentencia en revisión, no se puede atribuir la comisión de acto ilegal alguno, toda vez que ésta se limitó a publicar antecedentes de una investigación periodística respecto de la cual los hechos que la motivaron resultaron probados (...).

En este sentido, el recurrente no tiene sustento para sostener que se han conculcado de manera permanente desde la emisión del referido reportaje sus garantías y libertades, toda vez que dicha aseveración no resulta probada, puesto que por una parte, la información entregada resultó ser veraz y de interés público, (...).⁸⁶

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,⁸⁷ quedan por debajo del derecho a la información.

En lo que respecta a los antecedentes penales, es una actividad registral que tuvo su origen 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

⁸⁶ Sentencia CS-36739-2017, de fecha 06 de noviembre de 2017, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema de Chile. Recuperada de: <https://ciperchile.cl/wp-content/uploads/copia-Fallo-CS-36739-2017--de-06-11.pdf> Consultada el 15 de marzo del 2019.

⁸⁷ Constitución Política de la república de Chile. Recuperada de: https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf Consultada el 15 de marzo del 2019.

también registrar la forma en que fue cumplida la pena o las causales de cumplimiento parcial o total.⁸⁸

Los datos que conserva el Registro General de Condenas 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 entre el historial penal del individuo y el derecho a la privacidad. Lo anterior es propio del precitado Decreto Ley No. DL645.⁸⁹ Además, “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, tal como lo refiere el artículo 6 de la Ley Sobre el Registro General de Condenas.”⁹⁰

Por otra parte, la ante citada ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada 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.⁹¹

Lo anterior, resulta evidente 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.⁹²

⁸⁸ Decreto Ley No 645 de la república de Chile, sobre el registro general de condenas, Santiago Chile, 17 de octubre de 1925. Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6251> Consultada el 15 de marzo del 2019.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *Ibidem*; art. 6.

⁹¹ Ley No 19.628, de la república de Chile, Protección de Datos de Carácter Personal, última versión 16 de febrero de 2012. Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=141599> Consultado el 21 de febrero del 2019.

⁹² Decreto Ley No 409, Establece normas relativas a reos, última versión 20 de agosto de 2013. Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=170285> Consultada el 15 de marzo del 2019.

Aunado a lo anterior, es de mencionarse que en el Decreto Supremo N° 64 de 1960,⁹³ en sus artículos 10, 12 y 13, menciona lo siguiente: Art. 10. “La eliminación de anotaciones prontuariales y de prontuarios se hará a petición de parte (...); “Art. 12. c) Para fines particulares, y d) Para fines especiales. Estos certificados contendrán copia íntegra del prontuario penal del solicitante y se otorgarán cuando leyes especiales o reglamentos exijan que el postulante a algún beneficio que ellos contemplen deba acreditar su conducta anterior”. Mientras que, el Art. 13 establece, “El Director General del Servicio de Registro Civil e Identificación, a petición del interesado y previo informe del Gabinete Central de Identificación y del Fiscal del servicio, podrá disponer en casos calificados y por resolución fundada, que se omitan en los certificados de antecedentes una o más anotaciones prontuariales (...)”.⁹⁴

Además, reconoce como limitación al ejercicio de la soberanía el respeto a los derechos esenciales, contemplados en los artículos 19, 20, 21, y agrega que, es deber de los órganos del Estado respetarlos, promoverlos y garantizarlos, igual los contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (art. 5°).⁹⁵

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 2000,⁹⁶ logrando instrumentar ese modelo en todo el país a partir del 16 de junio de 2005.

En el caso de Chile, uno de los delitos que más preocupa al país es el terrorismo, el cual está penado desde su propia Constitución que contiene plazos más amplios en relación con los delitos del fuero común,⁹⁷ en el artículo 9,⁹⁸ así como los delitos contra la dignidad de la patria⁹⁹, lo que los hace perder su calidad

⁹³ Decreto Supremo N° 64 de 1960 de la república de Chile, Reglamenta la eliminación de prontuarios penales, de anotaciones, y el otorgamiento de certificados de antecedentes. Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=8524> Consultada el 15 de marzo del 2019.

⁹⁴ *Ídem*, artículos 10, 12 y 13. Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=8524> Consultada el 15 de marzo del 2019.

⁹⁵ Constitución Política de la República de Chile..., cit., artículos 19, 20, 21, 5°, párrafo segundo.

⁹⁶ Código Procesal Penal de la república de Chile, publicado en el Diario Oficial el 12 de diciembre de 2000. Recuperado de http://www.oas.org/juridico/spanish/chi_res40.pdf Consultada el 21 de mayo de 2019.

⁹⁷ *Cfr.* Constitución Política de la República de Chile..., cit., artículo 7°, inciso c), párrafo segundo *in fine*.

⁹⁸ *Ídem.*, que en su artículo 9 refiere: “El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos.” Recuperada de http://www.oas.org/juridico/mla/sp/chl/sp_chl-int-text-const.pdf Consultada el 23 de mayo de 2019.

⁹⁹ *Ídem.*, artículo 11, numeral 3.

de ciudadano¹⁰⁰ o en su caso bajo pena de muerte si así lo decidiese un quórum¹⁰¹, por lo que, aunque Chile es un país que vela por los derechos de sus ciudadanos, también tiene un sistema penal muy firme y duro, pues la pena de muerte estaba contemplada y mediante la ley N° 19.734, se cambió por el de presidio perpetuo calificado, que no es otra cosa, que la privación de la libertad del condenado de por vida.

III.3 Colombia.

En Colombia, el derecho a informar y ser informado está contemplado en los artículos 15 y 20 de su Constitución Política de 1991,¹⁰² que para mayor referencia se transcriben como sigue, el primero dice así:

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.¹⁰³

Mientras que el artículo 20 establece, “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”.¹⁰⁴ Cabe señalar también que, la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia C-121/12 se refiere a los tipos penales:

¹⁰⁰ *Ídem.*, artículo 17, numeral 3.

¹⁰¹ *Ídem.*, artículo 19, numeral 1.

¹⁰² Constitución Política de Colombia de 1991. Recuperada de: <http://www.constitucioncolombia.com>
Consultada el 15 de marzo del 2019.

¹⁰³ *Ídem.*

¹⁰⁴ Sentencia T-609 de 1992 emitida por la Corte Constitucional de la República de Colombia. Recuperada de <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/SENTENCIAS-LIBERTAD%20DE%20EXPRESION.pdf>
Consultada el 20 de marzo del 2019.

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).¹⁰⁵

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 Mapiripán, 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”.¹⁰⁶ 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 víctimas tengan las condiciones de seguridad necesarias.¹⁰⁷

Motivo por el cual, el pueblo colombiano tuvo que reformar su Constitución,¹⁰⁸ 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 2008.¹⁰⁹ Sin embargo, el modelo inició su vigencia el 1º de enero de 2005 con base

¹⁰⁵ Sentencia C-121/12 emitida por la Corte Constitucional de la República de Colombia. Recuperada de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-121-12.htm> Consultada el 20 de marzo del 2019.

¹⁰⁶ Meléndez, José, ¿Qué pasó con la Bestia el colombiano que confesó el asesinato de casi 200 niños? Diario el Universal, publicado el 05 de julio del 2017. Recuperado de: <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/mundo/2017/07/5/que-paso-con-el-monstruo-de-los-andes-que-asesino-casi-200-ninos> Consultada el 20 de marzo del 2019.

¹⁰⁷ Sentencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos del 15 de septiembre del 2005. Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs Colombia, Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf, Consultada el 20 de marzo del 2019.

¹⁰⁸ Constitución Política de Colombia...cit. Recuperada de <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf> Consultada el 21 de mayo de 2019.

¹⁰⁹ Cfr. Vargas Prentt, Mariela, “Legislación penal y política criminal en Colombia...”, cit., pp. 64-65.

en el Código Procesal Penal que adoptó dicho modelo acusatorio y oral en sus artículos 8, inciso k y 9,¹¹⁰ apoyado además en los derechos y libertades fundamentales contempladas en su Carta Magna.¹¹¹ Desde luego que, estas nuevas disposiciones se confrontaban con el derecho penal del enemigo, 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 droga¹¹², y que dieron lugar a la corrupción y a la impunidad. Esta criminalidad dio origen a la Ley 690 de 2004 que aumentó la punibilidad, y la limitación de los derechos y garantías ciudadanas,¹¹³ siguiendo a Jackobs, diremos que, “el enemigo tiene menos derechos”.¹¹⁴

III.4 México.

En México, la inquietud de darle protección a los datos personales, dio origen a diversas reformas constitucionales, la primera en el 2009, bajo el decreto publicado el 30 de abril,¹¹⁵ que modificó el artículo 73; la segunda, el 01 de junio del 2009, que modificó el artículo 16;¹¹⁶ la tercera, el 11 de junio del 2013, que reformó los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105.¹¹⁷ A continuación, se transcriben algunos

¹¹⁰Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal de Colombia, vigente desde el 1º de enero de 2005. Recuperado de https://www.unodc.org/res/cld/document/col/2000/codigo_de_procedimiento_penal_html/Codigo_de_Procedimiento_Penal.pdf Consultado el 20 de mayo de 2019.

¹¹¹ Constitución Política de Colombia...cit., que en sus artículos 11 al 41, entre otras cosas prohíben la pena de muerte (art. 11) y la prisión perpetua (art. 34).

¹¹² Cfr. Benavides Venegas, Farir Samid, “Control Penal del Crimen Organizado... cit.

¹¹³ Cfr. Ley 690 de 2004, recuperada de http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/carceles/4_Nacionales/1_Normas_basicas/2_Regimen_penal_ejec_penas/LEY%20890%20DE%202004.pdf Consultado el 20 de mayo de 2019; Cfr. También, Parra William, J., “El derecho penal y la política criminal de enemigo en Colombia”, Derecho y Realidad, Núm. 8, II semestre de 2006, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC. Recuperado de https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/download/5174/4208/ Consultada el 20 de marzo del 2019.

¹¹⁴ Cfr. Daza, Mario, “¿Es aplicable en Colombia un derecho penal del enemigo? ...cit.

¹¹⁵ Decreto por el que se adiciona la fracción XXIX-O al artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Recuperado de http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5089047&fecha=30/04/2009 Consultada el 20 de marzo del 2019.

¹¹⁶ Decreto por el que se adiciona un segundo párrafo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 16 de la CPEUM. Recuperado de: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5092143&fecha=01/06/2009 Consultada el 20 de marzo del 2019.

¹¹⁷ **Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la CPEUM, en materia de telecomunicaciones.** Recuperado de: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5301941&fecha=11/06/2013 Consultada el 20 de marzo del 2019.

de esos artículos: “Artículo 73. El Congreso tiene facultad: XXIX-O. Para legislar en materia de protección de datos personales en posesión de particulares.”

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.

(...)

- A. Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación y las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases:
 - I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público y seguridad nacional, en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad. Los sujetos obligados deberán documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones, la ley determinará los supuestos específicos bajo los cuales procederá la declaración de inexistencia de la información.

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

Por su parte, el artículo 16, dispone:

Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo.

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. (El subrayado es nuestro)

En atención a esas disposiciones constitucionales, el Estado mexicano crea diversas instituciones para la protección de los datos personales, así como los datos que pueden manejar las entidades públicas, para lograr la transparencia de la información gubernamental, tales como el Instituto Federal de Transparencia y Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (IFAI),¹¹⁸ creado en el 2007. Tiempo después, en el 2015, cambio su nombre, tras la aprobación de la de la Ley general de Transparencia y Acceso a la Información (LGTAI);¹¹⁹ sin embargo, como lo acabamos de ver en el precitado art. 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.

¹¹⁸ Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y a la Protección de datos Personales. Recuperada de: <http://inicio.ifai.org.mx/SitePages/ifai.aspx> Consultada el 20 de marzo del 2019.

¹¹⁹ Ley general de transparencia y acceso a la información pública. Recuperada de: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP.pdf> Consultada el 20 de marzo del 2019.

a. 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.”¹²⁰ 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”.¹²¹ No obstante lo anterior expuesto, este derecho no es absoluto pues se ve limitado: Cuando los datos hagan referencia a las partes de un contrato privado, social o administrativo y sean necesarios para su desarrollo y cumplimiento.

b. Cuando los datos deban ser tratados por disposición legal.

c. Cuando la eliminación de datos obstaculice actuaciones judiciales o administrativas vinculadas a obligaciones fiscales, la investigación y persecución de delitos o la actualización de sanciones administrativas.

d. Cuando los datos sean necesarios para proteger los intereses jurídicamente tutelados del titular; para realizar una acción en función del interés público, o para cumplir con una obligación legalmente adquirida por el titular.

e. Cuando los datos sean objeto de tratamiento para la prevención o para el diagnóstico médico o la gestión de servicios de salud, siempre que dicho tratamiento se realice por un profesional de la salud sujeto a un deber de secreto.

Por su parte, la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Administrativa en la sesión del 18 de abril del 2018, resolvió el Juicio Contencioso Administrativo Núm. 23263/15-17-14-1/1107/16-PL-09-04, en donde se hace referencia a que, “una persona moral asociada a otra que ofrece el servicio de motor de búsqueda en internet, no se encuentra obligada a suprimir información personal de ese motor, si no se demuestra que es responsable de ese servicio”.¹²² No obstante lo mencionado, resulta oportuno referir que, “en México, el derecho al olvido no ha

¹²⁰ Guía práctica para la atención de las solicitudes de Ejercicio de los Derechos ARCO. Recuperado: <http://inicio.ifai.org.mx/Publicaciones/02GuiaAtencionSolicitudesARCO.pdf> Consultada el 25 de marzo del 2019.

¹²¹ *Ídem*.

¹²² Tesis Jurisprudencial VIII-P-S-248, Revista del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, Octava Época, Año III, Número 26, septiembre 2018. Recuperada de: <http://imcp.org.mx/wp-content/uploads/2018/10/ANEXO-NOTICIAS-FISCALES-184.pdf> Consultada el 25 de marzo del 2019.

alcanzado el reconocimiento que tiene en Europa”¹²³ y, ni que decir del derecho al olvido 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,¹²⁴ 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",¹²⁵ por lo que se puede considerar que los antecedentes penales, para quienes ya cumplieron su deuda con la sociedad, cargan un estigma que no los hace continuar con una vida normal, en la que pueden rehacer su vida y ser personas de bien. Además, es necesario considerar que los antecedentes penales forman parte del pasado de la persona y se encuentran dentro de su vida privada que no desea que otros conozcan por el riesgo a ser discriminado. Es por ello que se debe garantizar ese derecho a la vida privada, el cual puede significar una segunda oportunidad. En otras palabras, representa claramente el derecho a la reinserción social efectiva.

Por otra parte, en México hace su aparición la teoría del derecho penal del enemigo, desde el 07 de noviembre de 1996, a través de una Ley especial contra la delincuencia organizada,¹²⁶ que comprendía entre otros delitos, el terrorismo, acopio y tráfico de armas, tráfico de órganos, corrupción de menores, trata de

¹²³ Guerrero Santillán, Elvia Celina, *El derecho al olvido digital en México*, Caja de Cristal, No. 7, enero-junio 2018, p. 60. Recuperado de: https://www.itei.org.mx/v3/micrositios/revista_caja_cristal/numeros/num7_CDC_julio2018.pdf Consultada el 25 de marzo del 2019.

¹²⁴ Véase, para que es utilizado el certificado de antecedentes no penales. Recuperado de: <https://sistemas2.edomex.gob.mx/TramitesyServicios/Tramite?tram=352&cont=0> Consultada el 25 de marzo del 2019.

¹²⁵ Goffman, Erving, *Estigma. La identidad deteriorada*. Amorrortu editores, Buenos Aires-Madrid, 2006, p. 13.

¹²⁶ Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF), el 7 de noviembre de 1996, Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/> Consultada el 20 de mayo del 2019. Sin embargo, debemos aclarar que, desde 1993 ya se hablaba en México de delincuencia organizada. Efectivamente, hubo algunas reformas que iban en ese sentido; pues en el artículo 16 constitucional, por citar un ejemplo, ya se establecía que el plazo que el Ministerio Público podrá retener al indiciado era de 48 horas, pero si se trataba de delincuencia organizada ese plazo podrá duplicarse. Destaca también el aumento de las penas contra el terrorismo. Inclusive, algunas entidades de la república ya habían legislado en dicha materia.

personas, contrabando, etc., con lo cual se instituyen figuras como, la prisión preventiva oficiosa (art. 3º), aumento de las penas (art.5º), suspensión de los plazos de prescripción y duplicidad de los plazos de prescripción de la acción penal (art. 6º), los agentes encubiertos (art. 11), el arraigo (art.12), intervención de comunicaciones privadas con intervención del juez de control (art. 16), prohibición de libertades anticipadas para los sentenciados (art. 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.¹²⁷ Posteriormente, el 10 de junio de 2011 se publicó la reforma constitucional en materia de derechos humanos,¹²⁸ creando un nuevo paradigma al reformar el artículo 1º Constitucional, estableciendo en su párrafo primero que: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.”,¹²⁹ o sea, 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 un nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales,¹³⁰ 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

¹²⁷ Reforma penal en materia de justicia penal y seguridad pública (proceso legislativo) (18 de junio de 2008), Cuadernos de Apoyo, Secretaría de servicios parlamentarios. Centro de documentación, Información y Análisis. Dirección de bibliotecas y de los sistemas de información. Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf> Consultado el 23 de mayo de 2019.

¹²⁸ *Cfr.* Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos. Recuperada de <http://cndh.org.mx/node/576> Consultada el 25 de mayo de 2019.

¹²⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Recuperada de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm> Consultada el 10 de junio de 2019.

¹³⁰ Código Nacional de Procedimientos Penales publicado el 5 de marzo de 2014. Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm> Consultada el 25 de mayo de 2019.

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 aquélla. O sea, a la esencia de lo dispuesto por la teoría penal del enemigo.

Cabe destacar, como ya lo mencionamos, que España pertenece al Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, mientras que Chile, Colombia y México pertenecen al Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, por lo que siguiendo a García (2012), diremos que los cuatro países están obligados a observar los principios de legalidad y debido proceso, incluyendo el trato “a los inculpados de terrorismo, en lo que atañe a la investigación y el enjuiciamiento y en lo que concierne a las medidas cautelares (así, fundamentos de la detención y condiciones de vida de los detenidos) y a la imposición y ejecución de penas.” (p. 56)

III. 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, 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 derecho penal del enemigo, 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, incluyendo el derecho al olvido, y la segunda, en contra de los derechos humanos, en especial del 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, España, Chile, Colombia y México; 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.

Esa convivencia de dos teorías que se confrontan permanentemente ha provocado que, los propios tribunales supremos hayan incurrido en errores o contradicciones al momento de interpretar y/o aplicar algunos principios constitucionales. Como ejemplo, tenemos el caso de México que, en el segundo

párrafo del artículo 1º de la CPEUM, con motivo de la citada reforma constitucional del 10 de junio de 2011 estableció: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. Pero, al poco tiempo, cuando resolvió la Contradicción de tesis 293/2011, en fecha 25 de abril de 2014, estableció que: “...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 penal del enemigo. Sin embargo, los tropiezos del citado 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, en nuestra opinión, el citado Supremo Tribunal corrige la situación anterior, y vuelve a colocar a los derechos humanos de sede internacional en un primer plano, siempre y cuando, sean más favorables a la persona.

Sin embargo, hay que señalarlo, dicho tribunal dejó intocada la tesis por contradicción 293/2011, que, como ya lo señalamos, abrió la puerta para dar fundamento jurisprudencial y, obviamente, constitucional a la delincuencia organizada con todas sus limitaciones o restricciones a los derechos humanos que mencionamos en este trabajo, cuando sostuvo que--- volvemos a reiterar---, “...cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional”.

Por si quedaba alguna duda de la postura contradictoria del máximo tribunal mexicano, en esa misma línea de pensamiento se ubica el legislador federal mexicano, pues en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada se estableció que en los delitos a los que alude dicho ordenamiento, tendría aplicación el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales --- que, como lo señalamos era de orientación eminentemente garantista---; pero, en el artículo 7º de la primera ley, se establece que dicho código solamente se aplicaría para los casos en que éste no se oponga a la referida ley federal. En otras palabras, con esta disposición, de manera directa y expresa, quedan debidamente sustentadas en el ámbito

jurisprudencial, constitucional y legal las dos teorías, garantista y el derecho penal del enemigo.

Como observamos en este trabajo, los cuatro países, España, Chile, Colombia y México han caminado paralelamente en las dos vías: el garantismo de Ferrajoli y el derecho penal del enemigo de Jackobs; 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, restringirlo y, casi se podría decir, desaparecerlo. Así se desprende, tanto del ámbito constitucional como del convencional. Otra característica que une a los cuatro países, es que, han sufrido demasiado por el exceso de la inseguridad, más aún cuando se trata de delincuencia organizada, carteles del narcotráfico, terrorismo; por lo que el olvidar y, más aún, perdonar resulta muy complicado. Aunque, no debemos perder de vista que aun tratándose de las conductas que dan pie a esta inseguridad, ni en esos extremos se justifica, como correctamente lo señaló García (2012, p. 256), la violación a los principios de legalidad y debido proceso y, esto incluye todas las etapas del enjuiciamiento penal. De esa manera comprendemos la presencia del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en el ámbito europeo como en el sistema interamericano.

Volviendo al derecho humano al olvido, podemos decir que hay más similitudes que diferencias en su regulación por los cuatro países, por lo que, en nuestra opinión, este derecho debería aplicarse sin ninguna restricción, sobre todo, tomando en cuenta el principio pro persona, o sea, siempre lo más favorable, lo que más beneficie; aunque, debido al aumento de las penalidades contempladas por la teoría del derecho penal del enemigo, la aplicación de dicho principio, en la praxis difícilmente tendría cabida, pues con esa política, los sentenciados, prácticamente, son condenados a una muerte segura.

Fuentes de información.

Bibliohemerográfica.

Aguilera Portales, Rafael Enrique y López Sánchez, Rogelio, “Nuevas perspectivas y desafíos en la protección de los derechos humanos. Los Derechos Fundamentales en la Teoría Jurídica Garantista de Luigi Ferrajoli”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011. pp. 50-51. Recuperado de: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2977-nuevas-perspectivas-y-desafios-en-la-proteccion-de-los-derechos-humanos> Consultado el 02 de marzo de 2019.

Aguilera Portales, Rafael Enrique, “Los derechos fundamentales en la teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli. Nuevas perspectivas y desafíos en la protección de los derechos humanos”, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012. Recuperado de: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2977-nuevas-perspectivas-y-desafios-en-la-proteccion-de-los-derechos-humanos> Consultado el 02 de marzo de 2019.

Batista Fernando, Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil, Cuestiones constitucionales*, No.17, Madrid, Trotta, 1999. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932007000200011 Consultado el 02 de marzo de 2019.

Benavides Venegas, Farir Samid, “Control Penal del Crimen Organizado en Colombia, 1980-2014”, Análisis 1/2015, Friedich Ebert Stiftung, 2015. Recuperado de <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/la-seguridad/11204.pdf> Consultado el 22 de mayo de 2019.

Corral Talciani, Hernán, “El derecho al olvido en internet: antecedentes penales para su configuración jurídica”, *Revista Jurídica Digital UANDES*, vol. 01, 2017. Recuperado de: <http://rjd.uandes.cl/index.php/rjduandes/article/view/7/39> Consultado el 10 de marzo de 2019.

Cortés Rodas, Francisco. “El contrato social liberal: John Locke”. *Revista Coherencia*, Vol. 7, 2010, Colombia. Recuperado de: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-58872010000200005 Consultado el 02 de marzo de 2019.

Ferrajoli Luigi, *Garantismo Penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México. Recuperado de:

http://www.miquelcarbonell.com/artman/uploads/1/jbr_Garantismo_y_derecho_penal_Completo.pdf Consultado el 02 de marzo de 2019.

Flores Imer, Benjamín, "La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1997. Recuperado de: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3509/4171> Consultado el 02 de marzo de 2019.

Goffman, Erving, *Estigma. La identidad deteriorada*. Amorrortu editores, Buenos Aires-Madrid, 2006.

García Ramírez, Sergio. 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, pp. 53-86. México, Fontamara, 2012.

Guerrero Santillán Elvia Celina, *El derecho al olvido digital en México*, Caja de Cristal, No. 7, enero-junio 2018. Recuperado de: https://www.itei.org.mx/v3/micrositios/revista_caja_cristal/numeros/num7_CDC_julio2018.pdf Consultado el 25 de marzo del 2019.

Guía práctica para la atención de las solicitudes de Ejercicio de los Derechos ARCO. Recuperado: <http://inicio.ifai.org.mx/Publicaciones/02GuiaAtencionSolicitudesARCO.pdf> Consultada el 25 de marzo del 2019.

Günter Jakobs y Cancio, Meliá, *Derecho Penal del Enemigo*, Civitas Ediciones, España, 2003.

Leturia I. Francisco J., "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*, Facultad de derecho UC, Santiago Chile, vol. 43, núm. 1, 2016. Recuperado de: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v43n1/art05.pdf> Consultado el 03 de enero de 2019.

López Portas, M. Begoña, “La configuración jurídica del derecho al olvido en el derecho español al tenor de la doctrina del TJUE”, *Revista de Derecho Político*, UNED, España, No. 93, 2015. Recuperado de: <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/viewFile/15140/13298>

Consultado el 18 de febrero de 2019.

Matus Arenas, Jessica, “Derecho de acceso a la información pública y protección de datos personales”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Vol. 02. Recuperado de: <https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/26959/29080>

Consultada el 10 de marzo de 2019.

Meléndez, José, ¿Qué pasó con la Bestia el colombiano que confesó el asesinato de casi 200 niños? *Diario el Universal*, publicado el 05 de julio del 2017. Recuperado de: <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/mundo/2017/07/5/que-paso-con-el-monstruo-de-los-andes-que-asesino-casi-200-ninos> Consultado el 20 de marzo de

2019.

Moreno Cruz, Rodolfo, “El modelo garantista de Luigi Ferrajoli: Lineamientos generales”. *Boletín mexicano de derecho comparado*, Vol.40, Núm.120. pp. 827-828.

Nietzsche, Friedrich, *La genealogía de la moral*, Madrid, Alianza Editorial, 2005.

Parra William, J., “El derecho penal y la política criminal de enemigo en Colombia”, *Derecho y Realidad*, Núm. 8, II semestre de 2006, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC. Recuperado de https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/download/5174/4208/

Consultada el 20 de marzo del 2019.

Pérez del Valle, Carlos, “La fundamentación iusfilosófica del derecho penal del enemigo. Precisiones sobre la interpretación de Kant.”, *Revista Electrónica de ciencia penal y criminología*. 2008, núm. 10-03. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-03.pdf> Consultado el 22 de mayo de 2019.

Quiroz Papa de García, Rosalía, “El Hábeas Data protección al derecho a la información y a la autodeterminación informativa”. *Letras*, vol.87, n. 126, Lima, Perú. Recuperado de:

http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2071-50722016000200002 Consultado el 28 de febrero de 2019.

Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332007000300006&lng=es&tlng=es Consultado el 02 de marzo de 2019.

Rousseau Juan Jacobo, El contrato social o principios del derecho político, elaleph, 1999.

Sánchez González, Santiago, “De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”. *Revista de derecho UNED*, Departamento de Derecho Político, España. Recuperado de: <https://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/ponderacion.pdf> Consultado el 10 de marzo del 2019.

Santiago Oropeza, Teresa, “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, UNAM-I, Vol. 5, Tomo II. Recuperada de: http://www.revista.unam.mx/vol.5/num11/art77/dic_art77.pdf Consultada el 01 de marzo de 2019.

Siberleib, Laura, “El Derecho al olvido y la persistencia de la memoria”. *Información, cultura y sociedad: revista del Instituto de Investigaciones Bibliotecológicas*, número 35, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2016. pp. 125-136. Recuperado de: <http://www.scielo.org.ar/pdf/ics/n35/n35a07.pdf> Consultado el 03 de enero 2019.

Vargas Prentt, Mariela, “Legislación penal y política criminal en Colombia”, *Revista Justicia*, No. 15, -pp. 53-70-junio 2009, Universidad Simón Bolívar- Barranquilla, Colombia. Recuperado de revistas.unisimon.edu.co/index.php/justicia/article/download/966/954 Consultado el 23 de mayo de 2019.

Legislación.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), Diario Oficial de las Comunidades Europeas. 18.12.2000. Recuperado de: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf Consultada el 01 de febrero de 2019.

Código Nacional de Procedimientos Penales publicado el 5 de marzo de 2014. Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm> Consultada el 25 de mayo de 2019.

Constitución Española de 1978. Recuperada de:
<http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/index.html>
Consultada el 10 de marzo del 2019.

Constitución Política de Colombia. Recuperada de:
<http://www.constitucioncolombia.com> Consultada el 15 de marzo de 2019.

Constitución Política de la República de Chile. Recuperada de:
https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf Consultada el
15 de marzo de 2019

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Recuperada de
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm> Consultada el 10 de junio de
2019.

Decreto Ley N° 409 de la República de Chile, establece normas relativas a reos,
última versión 20 de agosto de 2013. Recuperado de:
<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=170285> Consultado el 15 de marzo de
2019.

Decreto Ley N° 645 de la república de Chile, sobre el registro general de condenas,
Santiago Chile, 17 de octubre de 1925. Recuperado de:
<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6251>
Consultado el 15 de marzo de 2019.

Decreto por el que se adiciona la fracción XXIX-O al artículo 73 de la Constitución
Política de los Estados Unidos Mexicanos. Recuperado de.
http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5089047&fecha=30/04/2009
Consultado el 20 de marzo de 2019.

Decreto Supremo N° 64 de 1960 de la república de Chile, Reglamenta la
eliminación de prontuarios penales, de anotaciones, y el otorgamiento de
certificados de antecedentes. Recuperado de:

<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=8524> Consultada el 15 de marzo de 2019.

Decreto por el que se adiciona un segundo párrafo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Recuperado de: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5092143&fecha=01/06/2009 Consultada el 20 de marzo de 2019.

Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones. Recuperado de:
http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5301941&fecha=11/06/2013
Consultada el 20 de marzo del 2019.

Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y a la Protección de datos Personales Recuperada de: <http://inicio.ifai.org.mx/SitePages/ifai.aspx>
Consultada el 20 de marzo del 2019.

Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882. Recuperada de <https://www.boe.es/buscar/pdf/1882/BOE-A-1882-6036-consolidado.pdf>
Consultada el 21 de mayo de 2019.

Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de noviembre de 1996. Recuperada de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/101_070417.pdf Consultada el 25 de marzo de 2019.

Ley general de transparencia y acceso a la información pública, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de mayo de 2015. Recuperada de: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP.pdf> Consultada el 20 de marzo de 2019.

Ley N° 19.628, de la república de Chile, Protección de Datos de Carácter Personal, última versión 16 de febrero de 2012. Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=141599> Consultado el 21 de febrero del 2019.

Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal de la república de Colombia, vigente desde el 1º de enero de 2005. Recuperado de https://www.unodc.org/res/cld/document/col/2000/codigo_de_procedimiento_penal_html/Codigo_de_Procedimiento_Penal.pdf Consultado el 20 de mayo de 2019.

Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos. Recuperada de <http://cndh.org.mx/node/576> Consultada el 25 de mayo de 2019.

Reforma penal en materia de justicia penal y seguridad pública (proceso legislativo) (18 de junio de 2008), Cuadernos de Apoyo, Secretaría de servicios parlamentarios. Centro de documentación, Información y Análisis. Dirección de bibliotecas y de los sistemas de información. Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf> Consultado el 23 de mayo de 2019.

Reglamento de la Unión Europea del Parlamento Europeo y del Consejo (RUEPEC), relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), vigente a partir del 25 de mayo de 2018, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A32016R0679> Consultado el 04 de enero de 2019.

Sentencias y jurisprudencias.

Sentencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos del 15 de septiembre del 2005. Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs Colombia, Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf Consultada el 20 de marzo de 2019.

Sentencia C-121/12 emitida por la Corte Constitucional de la República de Colombia. Recuperada de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-121-12.htm> Consultada el 20 de marzo de 2019.

Sentencia T-609 de 1992 emitida por la Corte Constitucional de la República de Colombia. Recuperada de <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/SENTENCIAS-LIBERTAD%20DE%20EXPRESION.pdf> Consultada el 20 de marzo del 2019.

Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia (TJUE), del 13 de mayo de 2014, dictada por la gran sala, la cual recayó en el expediente C131/12, planteado por la AEPD, en el procedimiento promovido por Google Spain., Google Inc., y presentado por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González.

Sentencia STS 210-2016, Suprema Corte de España, Sala Primera de lo Civil, 05 de abril del 2016. Recuperada de: <https://supremo.vlex.es/vid/632311849> Consultada el 10 de marzo del 2019.

Sentencia CS-36739-2017, de fecha 06 de noviembre de 2017, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema de Chile. Recuperada de: <https://ciperchile.cl/wp-content/uploads/copia-Fallo-CS-36739-2017--de-06-11.pdf> Consultada el 15 de marzo del 2019.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Jurisprudencia, Asunto C-131/12 del 13 de mayo del 2014. Recuperada de: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES> Consultado el 04 de marzo de 2019.

Tesis Jurisprudencial VIII-P-S-248, Revista del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, Octava Época, Año III, Número 26, septiembre 2018. Recuperada

de: <http://imcp.org.mx/wp-content/uploads/2018/10/ANEXO-NOTICIAS-FISCALES-184.pdf>, Consultada el 25 de marzo de 2019.