

El derecho al olvido frente a la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes en México¹

The right to be forgotten versus the comprehensive protection of the rights of children and adolescents in Mexico

O direito de ser esquecido em face da proteção integral dos direitos de crianças e adolescentes no México

Erick Francisco Tapia Hernández²
Alba Aurora Olvera Bustamante³

Recibido: 3 de febrero de 2024

Aprobado: 22 de febrero de 2024

Publicado: 19 de julio de 2024

Cómo citar este artículo:

Erick Francisco Tapia Hernández & Alba Aurora Olvera Bustamante. *El derecho al olvido frente a la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes en México*.

DIXI, vol. 26, n°. 2, julio-diciembre 2024, 1-26.

DOI: <https://doi.org/10.16925/2357-5891.2024.02.02>

Artículo de investigación. <https://doi.org/10.16925/2357-5891.2024.02.02>

¹ Artículo de investigación científica que presenta resultados de un proyecto de investigación de la Universidad Autónoma de Querétaro (realizado con financiamiento propio). Número de registro: FDE202309.

² Doctor en Derecho. Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro. Presidente de la Academia de la Especialidad en Justicia Constitucional y Amparo, y responsable del Grupo Colegiado de Ciencias Penales, Justicia Constitucional y Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en la misma institución. Perteneció al Sistema Nacional de Investigadores Nivel I.

Correo electrónico: dr.ericktapia@gmail.com erick.tapia@uaq.edu.mx

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3798-8951>

³ Doctora en Derecho y especialista en Justicia Penal para Adolescentes. Profesora investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro. Miembro del Grupo Colegiado de Ciencias Penales, Justicia Constitucional y Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Miembro del Claustro de Doctores de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Correo electrónico: alba.olvera@uaq.edu.mx

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2765-0391>



Resumen

La presente investigación tiene como propósito analizar la colisión que existe entre el derecho al olvido de las personas que cumplieron una sentencia por la comisión de conductas delictivas de índole sexual y la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes (NNA). En particular, la prohibición que se les impone para trabajar en ambientes donde se convive de forma directa y habitual con este grupo en situación de vulnerabilidad a través de una restricción al derecho al olvido, sustentado en el objetivo de garantizar la no repetición en víctimas y una prevención del delito hacia víctimas potenciales con base en el interés superior de NNA. Lo anterior se realiza a la luz de los parámetros que debe de cumplir esa restricción de conformidad con el test de proporcionalidad.

Palabras clave: derecho al olvido, interés superior del niño, ponderación de derechos humanos, prevención del delito, protección integral, test de proporcionalidad.

Abstract

The objective of this investigation is to analyze the collision that exists between the right to be forgotten of people who served a sentence for the commission of criminal conduct of a sexual nature and the comprehensive protection of the rights of children and adolescents, in particular the prohibition that is imposed on them to work in environments in which they live directly and habitually with this group in a situation of vulnerability through a restriction on the right to be forgotten, supported by the purpose of guaranteeing non-repetition in victims and prevention of crime towards potential victims based on the best interests of children and adolescents. The above is done considering the parameters that this restriction must meet in accordance with the proportionality test.

Keywords: Comprehensive protection, right to be forgotten, best interests of the child, balance human rights, proportionality test, crime prevention.

Resumo

O objetivo desta pesquisa é analisar a colisão existente entre o direito de ser esquecido das pessoas que cumpriram pena pela prática de condutas criminosas de natureza sexual e a proteção integral dos direitos da criança e do adolescente, em especial a proibição que lhes é imposta de trabalhar em ambientes de convivência direta e habitual com esse grupo em situação de vulnerabilidade, por meio da restrição ao direito de ser esquecido, com base no objetivo de garantir a não repetição para as vítimas e a prevenção do crime para as vítimas em potencial, com base no melhor interesse da criança e do adolescente. Isso é feito à luz dos parâmetros que essa restrição deve observar de acordo com o teste de proporcionalidade.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento, melhor interesse da criança, ponderação de direitos humanos, prevenção de crimes, proteção integral, teste de proporcionalidade.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se enfoca en analizar la colisión y ponderación de derechos que se suscita entre 1) el derecho al olvido, que tiene insertos derechos y principios como la reinserción social, la no discriminación, la presunción de inocencia y la secrecía de los hechos delictivos, en aquellos casos en los que una persona cumplió una sentencia al haber sido condenado por delitos de índole sexual contra niñas, niños y adolescentes (en lo sucesivo, NNA), y 2) el interés superior de los NNA y su derecho a la protección integral y a ambientes libres de violencia. Colisión que debe revisarse minuciosamente, ya que en ambos casos se encuentra presente la dignidad humana, considerada como “el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos”¹.

Sin duda alguna, es un tema que ha alcanzado trascendencia debido a dos situaciones. La primera es el desarrollo de derechos humanos secundarios que contienen una nominación particular como el derecho al olvido —que se deriva de los derechos antes referidos—; y la segunda es la progresividad y los intentos serios por materializar los derechos particulares relacionados con la protección integral de derechos de NNA. Esto implica una verdadera colisión de derechos que no se presenta de forma hipotética, sino que ha tenido lugar en la realidad como advertiremos.

En estos casos, la solución para garantizar la protección integral de derechos de NNA no es fácil. Lo más sencillo sería la creación de una base pública de datos de personas que han sido condenadas por las razones ya descritas; sin embargo, el estigma social que vivirían estas personas atentaría, sin duda alguna, contra su respectiva reinserción social, establecida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM)², la protección de su datos personales y su dignidad humana. Esto ocasionaría una revictimización terciaria e incluso la imposición de una pena doble, una legal y una social. Se aclara de antemano que el presente trabajo no habla directamente de posturas de penología, ya que ello rebasa sus límites, pero es algo que debe tomarse en cuenta en el abordaje.

Se analizarán los derechos relacionados en ambas posturas de manera por menorizada, con el fin de dilucidar si se puede tener una óptica interdisciplinaria que armonice desde el derecho penal y la política criminal dicha colisión de derechos. De lo contrario, nos encontramos con una verdadera dicotomía irreconciliable, que en dado caso debe ser resuelta a la luz del neoconstitucionalismo que opera en México a partir de la reforma del año 2011, según la cual la ponderación de derechos humanos recae en gran medida en un test de proporcionalidad.

1 Tesis: I.5o.C. J/30 (9a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tomo III. Libro 1. Octubre de 2011. Pág. 1528.*

2 Art. 18, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por ende, se dilucidará cuál derecho debe prevalecer cuando una persona que ha cumplido una sentencia relacionada con un delito de índole sexual contra NNA pretende trabajar en un entorno que se relaciona de forma directa y habitual con NNA —como lo es el ámbito educativo—. Con ello, se determina si debe prevalecer el derecho de reinserción social de la persona que cumplió la sentencia —materializando con ello su derecho al olvido— o si por el contrario debe prevalecer la protección integral de derechos de NNA al prohibirse que trabaje en esos ambientes relacionados con ese grupo etario, con base en el interés superior derivado de la garantía de no repetición para las víctimas y de prevención del delito para las víctimas potenciales.

La justificación del presente trabajo la encontramos en la Agenda 2030, que “es una agenda civilizatoria, que pone la dignidad y la igualdad de las personas en el centro. Al ser ambiciosa y visionaria, requiere de la participación de todos los sectores de la sociedad y del Estado para su implementación”³. En particular, nos enfocamos en el objetivo 4 respecto a las siguientes metas: meta 4.a. que menciona el ofrecer entornos de aprendizaje, seguros y no violentos; meta 4.c. sobre la oferta de docentes calificados y la meta 4n.2 con la disposición de entornos favorables para el proceso de enseñanza y aprendizaje derivado de la prevalencia de violencia en el ámbito escolar. Asimismo, está el objetivo 16 en cuanto a la meta 16.1. acerca de reducir significativamente todas las formas de violencia⁴. La presente investigación contribuye al cumplimiento de esos objetivos.

Cabe destacar que en este trabajo se interrelacionan conocimientos del ámbito de los derechos humanos, el derecho penal, la política criminal y la criminología enfocados en la prevención terciaria del delito en el caso de víctimas y en la prevención primaria del delito en el caso de potenciales víctimas, con posterioridad a la reinserción social establecida en la Constitución, con la finalidad de promover desde la protección integral de derechos de NNA el derecho a una vida libre de violencia con base en el interés superior y apegado a un Estado Social de Derecho.

Se trata de una investigación cualitativa que tiene una postura epistemológica desde la óptica del garantismo, el neoconstitucionalismo y la doctrina de la protección integral, con énfasis en la revisión documental, resultante del análisis de doctrina, artículos, libros, decisiones de los tribunales, jurisprudencia, precedentes, y del marco jurídico nacional e internacional vinculado al derecho al olvido. Está guiada por una estrategia de exploración por núcleos temáticos interdisciplinarios que comprende

3 Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. A/RES/70/1 [en línea]. 2015.

4 *Id.*

conocimientos tanto jurídicos como criminológicos de conformidad con el perfil de los investigadores que desarrollan este trabajo.

En esa tesitura, en el presente trabajo se plasma el método inductivo a través del análisis de problemas o fenómenos jurídicos que permiten indicar el contenido esencial de los derechos humanos y sus límites en la normatividad mexicana, al definir preceptos contenidos y la forma en que se regulan determinados supuestos jurídicos en concreto, relacionados con el cambio de paradigma en derechos humanos en torno al derecho al olvido.

Asimismo, se favorece el método exegético en el análisis de la reforma en derechos humanos, en particular en cuanto al derecho al olvido y el *habeas data* penal, así como la referencia que se hará de aquellos términos particulares periféricos del tema central conforme a la doctrina de la protección integral. En relación con el método analógico y el derecho comparado, se explica lo relativo a las similitudes en casos específicos mediante el análisis de sentencias y asuntos de diversos países en cuanto al derecho al olvido y características con el fin de dilucidar sus distinciones.

II. DERECHO AL OLVIDO

El derecho al olvido es amplio. Algunos autores consideran que “consiste en un derecho a no diseminar información personal pasada que, siendo inexacta o habiendo dejado de cumplir su finalidad, es capaz de producir un daño en la persona, que motiva el ejercicio de los derechos de cancelación, rectificación y oposición”⁵. Otros autores lo definen como “la facultad que tiene el titular de un dato personal a eliminar o bloquear información personal que se considera obsoleta por el paso del tiempo o que vulnera sus derechos fundamentales”⁶. El derecho al olvido busca que desaparezcan los registros de datos considerados negativos, que son aquellos que perjudican a alguien debido a que la sociedad los rechaza y por ende puede afectar el sano desarrollo de una persona⁷.

5 Sebastián Zárate Rojas. *La problemática entre el derecho al olvido y la libertad de prensa*. DERECOM, núm. 13.

6 Vicente Guasch Portas y José Ramón Soler Fuensanta. *El derecho al olvido en internet*. REVISTA DE DERECHO UNED. Núm. 16. 2015. Pág. 989-1005, 988.

7 Resolución del Recurso de Revisión 3751/09, en sesión de 25 de noviembre de 2009. Instituto Federal de Acceso a la Información Pública. Voto disidente de los Comisionados María Marván Laborde y Ángel Trinidad Zaldívar. Citado en: J. Guadalupe Tafoya Hernández y Consuelo Guadalupe Cruz Ramos. *Reflexiones en torno al derecho al olvido*. IFDP: REVISTA DEL INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSA PÚBLICA, no. 18. 2014. Pág. 79-108.

La Corte Constitucional de Colombia, al resolver el caso de Luis Alfonso Cano Bolaño, señaló respecto al dato negativo que “los antecedentes penales quizá sean [...] el dato negativo por excelencia: el que asocia el nombre de una persona con la ruptura del pacto social, con la defraudación de las expectativas normativas, con la violación de los bienes jurídicos fundamentales”⁸. En la misma resolución, se determinó que “la protección constitucional del *habeas data penal* no implica la supresión del dato negativo, sino su circulación restringida”⁹, incluso al tratarse de información que se encuentra en el entorno digital.

Cabe precisar que el derecho al olvido puede ser ejercido dentro del ámbito digital, debido a que —con la globalización, el avance de la tecnología y la entrada a esta nueva era digital— “los datos personales se han convertido en el nuevo valor del mercado, lo que supone que se pueda traficar con ellos por su alto contenido económico”¹⁰. No obstante, ese derecho no implica la eliminación del contenido de un sitio web, toda vez que el derecho al olvido “es equivalente al derecho al desindexado (sea por el editor o por el buscador, que ambos pueden técnicamente hacerlo [...]) y no al derecho a la supresión de datos de publicación”¹¹.

En ese sentido, “no elimina datos de carácter personal de ninguna página web [...] lo que hace es dejar de indexar o conectar al internauta con datos personales”¹², por lo cual es posible que se siga teniendo acceso a esa información en caso de que se cuente con el enlace electrónico de la página que la aloja, pero no aparecerá en los resultados que arrojan los buscadores; por ende, se restringe su circulación, pero no se suprime.

Como ocurre con todos los derechos, el derecho al olvido no puede ser absoluto porque “tiene límites y al entrar en colisión con otros, como el de libertad de expresión o el de información, es necesario hacer una ponderación para determinar

8 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-458/12. (M. P. Adriana María Guillén Arango; junio 21 de 2012).

9 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-512/16. (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; septiembre 16 de 2016).

10 Ana Cristina González Rincón. *Aproximación a la configuración jurídica del derecho al olvido en internet: un análisis a partir de la sentencia del TJUE vs. Google*. BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO, vol. 52, núm. 156. Septiembre-diciembre 2019. Pág. 1449-1475, 1473.

11 Emilio Guichot. *El reconocimiento y desarrollo del derecho al olvido en el derecho europeo y español*. REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 209. 2019. Pág. 45-92, 88.

12 Víctor Seisdedos Potes. *Derecho al olvido: jaque a Google en Europa*. CADERNOS DE DEREITO ACTUAL, núm. 2. 2014. Pág. 107-124, 199.

cuál debe prevalecer, y además tomar en cuenta el interés público¹³. Tal es el caso de las personas que han cumplido una sentencia por delitos de índole sexual contra NNA, pues debe tomarse en consideración que en algunas ocasiones tuvieron una amplia cobertura mediática debido a que por “diversas circunstancias ajenas a su voluntad se han convertido en públicas. Como consecuencia, solicitan que las mencionadas informaciones desaparezcan del radar de la opinión pública, bajo el argumento de que el transcurso del tiempo las ha convertido en irrelevantes¹⁴”.

Es necesario agregar que la información pública relacionada con la comisión de conductas delictivas de índole sexual que se vinculan con el hecho, el proceso penal y el cumplimiento de una sentencia se traduce en un dato personal negativo para el sujeto activo del delito. Obstaculiza su derecho a la reinserción social posterior al cumplimiento de la pena y/o medida de seguridad impuesta, en virtud de que el estigma social que genera trae como consecuencia una exclusión de la sociedad. Esto se agrava cuando la víctima pertenece a grupos en situación de vulnerabilidad como lo son los NNA.

Por tal motivo, es preciso que esos datos negativos no se difundan de manera ilimitado, ya que en caso contrario afecta derechos como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la presunción de inocencia, la intimidad y no discriminación en diversas vertientes, así como “la integridad, el honor y la imagen de la persona¹⁵”. De modo que desembocaría en una revictimización terciaria para la persona que ya cumplió la sentencia para vivir su vida normal, toda vez que sus posibles empleadores, familiares, amistades, compañeros, etc., tendrían acceso a la información de esa conducta delictiva y son diversas las repercusiones que podría tener en sus vínculos con la persona.

Es primordial reconocer que existen sentencias y criterios adoptados por otros países que sostienen límites al derecho al olvido, indicando que este “debe ceder en aquellos supuestos en que persista un interés general al conocimiento actual de hechos juzgados en el pasado, por ejemplo, un interés de carácter histórico¹⁶”. Otros

13 J. Guadalupe Tafoya Hernández y Consuelo Guadalupe Cruz Ramos. *Reflexiones en torno al derecho al olvido*. IFDP: REVISTA DEL INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSA PÚBLICA, no. 18. 2014. Pág. 79-108.

14 Ángela Moreno Bobadilla. *El olvido previo a internet: los orígenes del actual derecho al olvido digital*. Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 43. Julio-diciembre 2020.

15 Kathrinny Anne Silva Coutinho, Raquel Veggi Moreira e Hildeliza Boechat Cabral. *El derecho al olvido y la protección de la intimidad en el entorno virtual*. DERECHO Y CAMBIO SOCIAL, núm. 61. Pág. 141-163, 142. 2020.

16 José Ramón De Verda y Beamonte. *Breves reflexiones sobre el llamado derecho al olvido*. ACTUALIDAD JURÍDICA IBEROAMERICANA, núm. 1. 2014. Pág. 29-34, 33.

proponen algunas formas de limitarlos a través de mecanismos como: la mirada limitada, los datos anónimos, la censura, las dificultades prácticas y la ilusión de la opción. Al mismo tiempo, se mencionan mecanismos para hacer efectivo el derecho al olvido tales como la expiración, los gerentes de reputación y las alternativas vinculadas con la búsqueda de opciones que favorecen la privacidad¹⁷. Lo anterior no es nada sencillo, ya que “al decidir qué información difundir o prohibir en realidad estamos decidiendo cómo reconstruir el pasado y facilitando o dificultando el acceso a información para la sociedad de hoy y para las generaciones futuras”¹⁸.

En México, es poco explorado el derecho en cita en específico. No obstante, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) afirma al respecto que “la protección de los datos personales y la vida privada constituye un derecho fundamental que goza de protección constitucional y se encuentra en constante tensión con el ejercicio del derecho de acceso a la información”¹⁹. En ese sentido, el derecho al olvido se encuentra inmerso en la materialización del derecho a la protección de datos personales.

Cabe destacar que, en México, la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública menciona que la información confidencial es aquella que “contiene datos personales concernientes a una persona identificada o identificable. [...] no estará sujeta a temporalidad alguna y solo podrán tener acceso a ella los titulares de la misma, sus representantes y los Servidores Públicos facultados para ello”²⁰. Asimismo, el numeral en cita enuncia que se considera como información confidencial “los secretos bancario, fiduciario, industrial, comercial, fiscal, bursátil y postal, cuya titularidad corresponda a particulares, sujetos de derecho internacional o a sujetos obligados cuando no involucren el ejercicio de recursos públicos”²¹.

Es de resaltar que en los supuestos jurídicos señalados como información confidencial no se encuentran la materia penal o los antecedentes penales, situaciones que son motivos directos de esta investigación; sin embargo, son considerados datos negativos en los supuestos arriba señalados. Al respecto, la SCJN señala que la protección de datos personales cuenta desde la doctrina con tres elementos: “(i) derecho a la privacidad; (ii) derecho a acceder a la información personal [...] con la finalidad de

17 Pablo Fernández García-Armero. *El derecho al olvido*. CADERNOS DE DEREITO ACTUAL, núm. 9. 2018. Págs. 421-439.

18 Juan Manuel Mecinas Montiel. *Derecho al olvido. Precisiones con relación a los derechos humanos*. ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS DEL INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL, núm. 1. 2017. Pág. 77-102.

19 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 94/2018 (17 de febrero de 2020). Disponible en: <https://tinyurl.com/4c4j6kpb>

20 Art. 116, Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (4 de mayo de 2015).

21 *Id.*

verificar, destruir o modificar cualquier tipo de información sensible ahí contenida [...]; y (iii) derecho [...] de *habeas data* como medio de verificación”²². Por lo anterior, la acción conocida como *habeas data* se define como “el derecho que asiste a toda persona a solicitar, mediante un proceso determinado, la exhibición de la información contenida en registros —públicos o privados— en los cuales estén incluidos datos personales, para tomar conocimiento de su exactitud”²³.

En esa tesitura, el *habeas data* permite que el titular de los datos personales, al tener conocimiento de que existe información de datos negativos tanto en registros públicos como privados, esté en posibilidad de ejercitar el derecho al olvido a través de su rectificación, oposición o cancelación; sin embargo, tal derecho tiene límites —como el caso del interés general—.

Sobre el particular, la SCJN sostiene que el límite del derecho de acceso a la información pública y del principio de máxima publicidad proviene del derecho y la protección a la ciudadanía para “que no se interfiera en su vida privada y datos personales. De modo que el acceso público [...] a los datos personales distintos a los del propio solicitante de información solo procede en ciertos supuestos, reconocidos expresamente por las leyes respectivas”²⁴. De considerarse conforme al interés general, una limitación al ejercicio del derecho al olvido del titular de datos negativos —vinculados con el cumplimiento de una sentencia por conductas delictivas de índole sexual cometidas contra NNA— es menester que se encuentre expresada en el ordenamiento jurídico debidamente justificado.

De conformidad con la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, el órgano encargado de proporcionar la información deberá aplicar una prueba de interés público, y también “deberá corroborar una conexión patente entre la información confidencial y un tema de interés público y la proporcionalidad entre la invasión a la intimidad ocasionada por la divulgación de la información confidencial y el interés público de la información”²⁵.

La prueba de interés público deberá aplicarse sustentada en tres elementos: 1) la *idoneidad*, esto es sobre la legitimidad en la elección del derecho elegido como preferente para el logro de un fin constitucionalmente válido y que sea óptimo para

22 Alicia Pierini, Valentín Lorences y María Inés Tornabene. *HABAS DATA, DERECHO A LA INTIMIDAD*. Universidad. (1999).

23 Tesis: I.4o.A.790 A. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tomo xxxiv. Septiembre de 2011. Pág. 2244.

24 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 94/2018. (17 de febrero de 2020). Disponible en: <https://tinyurl.com/4c4j6kpb>

25 Art. 120, Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (4 de mayo de 2015).

conseguir el fin pretendido; 2) la *necesidad*, al analizar que no exista un medio alternativo menos lesivo para satisfacer el interés público para dar a conocer la información; y 3) la *proporcionalidad*, que precisamente versa sobre la valoración entre el perjuicio y el beneficio armonizado con el interés público, con la finalidad de buscar el mayor beneficio frente al perjuicio que se pudiera causar a la población²⁶. Podemos advertir que esto guarda cierta semejanza con el test de proporcionalidad, con el cual es posible justificar jurídicamente la limitación al derecho al olvido debido a cuestiones relacionadas con el interés general.

A su vez, y de forma similar a lo referido en el artículo 149 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública respecto a la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad y a la prueba de interés público, señala dicha sentencia que resulta adecuado conocer los antecedentes judiciales de conformidad con “los principios de finalidad, necesidad, utilidad y circulación restringida, que orientan la administración del dato negativo penal [...] y por lo tanto no se puede predicar una vulneración del derecho fundamental al *habeas data penal*”²⁷.

En cuanto a legislaciones, existen regulaciones que limitan el derecho al olvido de personas que cumplieron una sentencia por conductas delictivas con la finalidad de prevenir el delito. Algunas restricciones son incluso de manera perpetua; otras dan seguimiento a la libertad y se da aviso a algún sector social sobre los movimientos de la persona; y otras tienen la información genética, y el historial médico y psicológico, con diversos requisitos para el acceso a la información y sanciones al mal uso de esa información. Entre estos se encuentran: Argentina en Mendoza²⁸ y Córdoba, Chile, Estados Unidos, Puerto Rico, España e Inglaterra²⁹.

III. PROTECCIÓN INTEGRAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

En México, se han realizado diversos esfuerzos para materializar lo que señala la introducción de la Convención sobre los Derechos del Niño: el “reconocimiento cada vez mayor de la necesidad de establecer un entorno protector que defienda a los

26 *Id.* Art. 149.

27 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-512/16. (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; septiembre 16 de 2016).

28 Federico Wurstten. *Acerca de los Registros de Condenados por Delitos Sexuales*. REVISTA PENSAMIENTO PENAL. 2013.

29 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-512/16. (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; septiembre 16 de 2016).

niños y niñas de la explotación, los malos tratos y la violencia³⁰. Al respecto, este instrumento internacional da origen a la denominada doctrina de la protección integral que tiene como ejes rectores los siguientes principios: a) participación, b) igualdad y no discriminación, c) interés superior, y d) vida, supervivencia y desarrollo.

Por ello, es importante prevenir los efectos negativos en el sano desarrollo que pueda tener cualquier tipo de violencia dentro del ámbito educativo a través de una protección integral de sus derechos, tomando en consideración que no se les debe excluir totalmente de dicho entorno como medida de seguridad. Al ser sujetos titulares de derechos, es necesario que se les permita su participación dentro del entorno educativo, pero solo de una forma segura en la que se protejan y garanticen la integralidad de sus derechos, y se promueva su sano desarrollo integral.

En dicha tesitura, debe recordarse que la doctrina vigente en nuestro sistema jurídico es la de la protección integral, por lo que la doctrina de la situación irregular que daba sustento a modelos tutelares ha quedado atrás. De ahí que el Estado debe garantizar que NNA no sean tratados como objetos propiedad de la familia cuyas decisiones se toman sin considerar las posibles afectaciones a su sano desarrollo, así como la salvaguarda de sus derechos.

Lo anterior se debe a que la actual doctrina considera que los padres no tienen derechos sobre sus hijos como si fueran un objeto, sino que existen deberes constitucionales y convencionales que se deben cumplir para garantizar y hacer efectivos tales derechos, tomando en consideración de forma primordial su interés superior y que son sujetos titulares de plenos derechos. Cuando las acciones de los padres pongan en peligro o vulneren sus derechos, el Estado debe intervenir para restituir los derechos de NNA, y de esta forma garantiza una protección integral a la esfera de sus derechos.

En ese catálogo de derechos que deben protegerse de forma integral, de conformidad con la doctrina, destaca en el ámbito internacional la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuyo artículo 25 señala que: "2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales [...]"³¹, lo anterior al pertenecer a un grupo vulnerable dada su condición de personas en desarrollo, lo que trae como consecuencia la obligación del Estado mexicano de adoptar medidas reforzadas para su protección. En ese sentido, el numeral 10 del Pacto Internacional de

30 Convención sobre los Derechos del Niño. Noviembre 20 de 1989. Disponible en: <https://tinyurl.com/5t5fsy7x>

31 Declaración Universal de los Derechos Humanos. Art. 25.2. Diciembre 10 de 1948 (Francia). Disponible en: <https://tinyurl.com/4873vj8a>

Derechos Económicos, Sociales y Culturales las denomina como medidas especiales para su protección³².

Las medidas que adopte el Estado deben efectuarse acorde a su condición de persona en desarrollo y deben involucrar tanto al Estado mismo, como a la familia y la sociedad, tal como lo señala el artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³³ y el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁴, puesto que existe una corresponsabilidad de los miembros integrantes de la sociedad en la protección de los derechos de NNA. Lo anterior también lo señala el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Infancia y Adolescencia, emitido por la SCJN, al indicar que las obligaciones que involucren a NNA no solo corresponden a las autoridades, sino que incluyen a instituciones educativas, a padres y madres de familia o su representante legal, y a "cualquier otra persona que tenga a su cargo a una NNA de protegerle contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual"³⁵.

Cabe destacar que las medidas deberán tomar como consideración primordial su interés superior y asegurar su bienestar, con base en el numeral 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño³⁶. Esto adquiere relevancia cuando se condiciona la forma de interpretar los derechos de NNA al establecerse el interés superior con ese carácter de primordial en la toma de decisiones; más aún, al tratarse de un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido debe definirse en caso concreto, a través de la búsqueda de resoluciones en las que debe permear siempre la protección integral de los derechos de NNA.

En ese orden de ideas, lo asumió el Estado Mexicano al señalar: "El interés superior del menor es una institución jurídica compleja que pretende que todos los poderes, así como los órdenes de gobierno, emprendan cualquier acción que esté a su alcance para asegurar el bienestar de los menores"³⁷. Una tarea nada sencilla cuando las medidas que pretenden implementarse para garantizar ese bienestar concatenado

32 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Diciembre 16 de 1966. Disponible en: <https://tinyurl.com/2jadr6v2>

33 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Diciembre 16 de 1966. Disponible en: <https://tinyurl.com/yprwszcy>

34 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Noviembre 22 de 1969 (Costa Rica). Disponible en: <https://tinyurl.com/24tf3s6>

35 Suprema Corte de Justicia de la Nación. Protocolo para juzgar con perspectiva de infancia y adolescencia. 2021. Pág. 88. Disponible en: <https://tinyurl.com/4me3m7k9>

36 Convención sobre los Derechos del Niño. Noviembre 20 de 1989. Disponible en: <https://tinyurl.com/5t5fsy7x>

37 Tesis: III.2o.C.53 C. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Tomo II. Libro 28. Marzo de 2016. Pág. 1727.

con la protección integral de sus derechos implica la colisión con derechos de terceros; en el caso en particular, con el derecho al olvido.

Además, debe tomarse en consideración que en ese concepto de interés superior hay inmersos derechos primarios (o básicos) y secundarios. Los primeros son aquellos que permiten desarrollar la personalidad en armonía, como son: “[...] crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; el derecho a la educación, a jugar, a descansar, a alimentarse y a la salud”³⁸. Esto adquiere relevancia en atención al problema que se trata en este trabajo y sin duda alguna se encuentra en una connotación primaria.

En el grupo de los derechos que deben ser protegidos frente al derecho al olvido, se encuentra el derecho a un ambiente libre de violencia, el cual se enmarca tanto en la prevención primaria del delito —en casos de potenciales víctimas—, como en la prevención terciaria —relacionada con las garantías de no repetición—. La prohibición para trabajar en ambientes de convivencia directa y habitual impuesta a las personas que cumplieron una sentencia por delitos de índole sexual contra NNA se materializa a través de una restricción al derecho al olvido, debido a que será necesario contar con una base de datos que contenga ese dato negativo, la cual podrá ser consultada por los empleadores públicos y privados.

En ese sentido, el Comité de los Derechos del Niño, que es el órgano encargado de vigilar el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño, emitió la Observación General 13 titulada: Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. Allí, se destaca el párrafo 14 que señala: “Las investigaciones muestran que los niños que no han sufrido violencia y crecen en forma saludable son menos propensos a actuar de manera violenta, tanto en su infancia como al llegar a la edad adulta. La prevención de la violencia en una generación reduce su probabilidad en la siguiente”³⁹.

De ahí la importancia de tomar medidas reforzadas para garantizar su sano desarrollo integral y disminuir factores de riesgo al desenvolverse en ambientes relacionados con personas que cumplieron sentencias de índole sexual contra NNA. Asimismo, en la Observación en comento, se mencionan las razones por las cuales la violencia pone en grave peligro la supervivencia de los NNA y las consecuencias en su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, establecidas en el artículo 27 párrafo 1 de la propia Convención, incluyendo problemas de salud mental que se

38 *Id.*

39 Comité de los Derechos del Niño. Observación General N.º 13. Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. Doc. CRC/C/GC/13. Abril 18 de 2011. Disponible en: <https://tinyurl.com/4fp2bh6e>

pueden traducir en ansiedad y trastornos depresivos, intentos de suicidio, abuso de sustancias adictivas o la iniciación precoz en la actividad sexual⁴⁰.

Al hablar de ambientes relacionados de forma directa y habitual con NNA, es común mencionar aquellos donde se realizan actividades de carácter socioeducativo, debido a que contribuyen a su sano desarrollo, amén de que existe un criterio del Poder Judicial de la Federación al analizar el derecho a la educación y al ambiente libre de violencia:

[...] el Estado debe garantizar el respeto a todos sus derechos humanos en el centro escolar, y avalar que se promueva una cultura de respeto a estos. Así, es primordial que la educación se preste en un ambiente seguro y estimulante para el niño, para lo cual las escuelas deben proveer un ambiente libre de violencia, pues aquél tiene derecho a sentirse seguro en la escuela [...]⁴¹

De igual forma, y de manera más específica, se señala que los NNA: “[...] tienen derecho a una educación libre de violencia en el centro escolar, como expresión o resultado del derecho a la educación, a la salud, al respeto a su dignidad humana y al principio del interés superior de la niñez⁴². Con base en la doctrina de la protección integral y el principio de interdependencia de los derechos humanos, cuando se vulnera un derecho en mayor o menor medida se vulneran los demás, por lo cual se hace necesario una protección a la esfera íntegra de los derechos de NNA al encontrarse íntimamente vinculados con otros derechos de suma importancia para su sano desarrollo integral.

En ese sentido, los ambientes educativos tienen ciertas condiciones para garantizar la protección integral de los derechos de NNA, tal y como lo señala el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Infancia y Adolescencia emitido por la SCJN: en la educación que imparta el Estado o los particulares se deben otorgar las condiciones que se necesiten “para que el derecho a la educación se ejerza en espacios integrados, seguros, libres de violencia, donde la infancia pueda desarrollar sus aptitudes y competencias y puedan aprender los valores que les permitirán convivir en sociedad⁴³.”

40 *Id.*

41 Tesis: 1a. cccii/2015. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Tomo II. Libro 23. Octubre de 2015. Pág. 1651.

42 Tesis: xxvii.1o.(viii Región) 18 K. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Tomo III. Libro 23. Agosto de 2013. Pág. 1630.

43 Suprema Corte de Justicia de la Nación. Protocolo para juzgar con perspectiva de infancia y adolescencia. 2021. Pág. 88. Disponible en: <https://tinyurl.com/4me3m7k9>

Por ende, las obligaciones de la protección integral no solo corresponden a los ambientes educativos a cargo del Estado, sino también a aquellos que pertenecen a particulares. En la sentencia de Amparo Directo 35/2014, la SCJN determinó que los deberes inherentes a la protección en el servicio educativo son complejos, “pues los derechos correlativos a dichos deberes son oponibles a todos los poderes públicos dentro del Estado y también a particulares tales como profesores, educadores, directivos o escuelas privadas en general”⁴⁴. En ese tenor, debe haber garantía en el acceso de autoridades y particulares a datos negativos como los antecedentes penales de una persona que cumplió una sentencia derivada de la comisión de conductas delictivas de índole sexual contra NNA.

Lo anterior incluirá a escuelas públicas y privadas para que no se ejerza ningún tipo de violencia, de forma directa o indirecta, incluyendo tecnologías de la información y las comunicaciones, con independencia de quién la realice, alumnos, docentes o personal de dirección. Esto genera la obligación de erradicarla y prevenirla por parte del Estado de forma eficiente, eficaz, oportuna y responsable⁴⁵.

Debido a lo anterior, se considera que en atención a las obligaciones derivadas de la protección integral de los derechos de NNA es necesario analizar la colisión que existe con el derecho al olvido, en específico al tratarse de la información de cualquier persona sentenciada por delitos de índole sexual contra NNA y que solicite trabajar en ambientes relacionados de forma directa y habitual con NNA, sobre todo en los ambientes educativos, en aras de que ese dato negativo pueda estar al alcance de la institución pública o privada que pretenda contratarla, justificando el interés público en la necesidad de conocer dicha información y sancionando el mal uso que se haga de ella.

No obstante, dicha restricción al derecho al olvido debe analizarse a la luz de un Estado de Derecho en el cual se justifica que los derechos humanos tienen límites, haciendo una ponderación de derechos incluso desde el test de proporcionalidad. Es indispensable determinar que dicha limitante estaría justificada, como advertiremos a continuación, con base en la protección integral, el interés superior y la prevención tanto primaria como terciaria del delito como garantía de un ambiente libre de violencia.

En Ciudad de México, se efectuó una restricción al derecho al olvido a través de la creación de un Registro Público de Personas Agresoras Sexuales. Para ello, se agregaron diversas disposiciones que fueron publicadas en la Gaceta Oficial de la

44 *Id.*

45 Tesis: xxvii.1o.(viii Región) 18 K. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Tomo III. Libro 23. Agosto de 2013. Pág. 1630.*

Ciudad de México en 2020⁴⁶ a la Ley de Acceso a una Vida Libre de Violencia, a la Ley de los Derechos de NNA y al Código Penal del Distrito Federal. De conformidad con esas disposiciones, en el registro se inscribiría a las personas que cometieran delitos de índole sexual a partir de que la sentencia causara ejecutoria como una medida de seguridad, tendría un carácter público y la duración del registro se ordenaría por un periodo de 10 a 30 años contados a partir de la obtención de la libertad⁴⁷.

Cabe destacar que se interpusieron acciones de inconstitucionalidad⁴⁸ sobre dichas disposiciones tanto por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos como por la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México, por considerarlo violatorio de derechos humanos. Al respecto, en el 2023 la scJN⁴⁹ determinó que ese registro solo podrá ser consultado por autoridades encargadas de la persecución y prevención de delitos y su carácter deberá ser privado y no público al considerar que es inconstitucional e inconveniente, al obstaculizar la reinserción social, exponer datos personales —en el caso en específico un dato negativo— y vulnerar la presunción de inocencia debido a ese carácter público. Por tales razones, el registro subsiste, pero no se encuentra al alcance de cualquier particular o autoridad. En ese sentido, como se verá a continuación, es factible la restricción al derecho al olvido, pero bajo ciertas condiciones como lo es la prevención primaria y terciaria del delito con base en la protección integral de los derechos de NNA.

Se recuerda también que es de suma importancia el establecimiento de parámetros en precedentes constitucionales y en las normas generales⁵⁰ para la determinación de los límites y alcances de los derechos humanos, lo cual puede realizarse a través del test de proporcionalidad.

46 Decreto por el que se reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Penal del Distrito Federal, de la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia de la Ciudad de México y de la Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad de México. Gaceta Oficial de la Ciudad de México. Vigésima Primera Época, núm. 307 Bis. (20 de marzo de 2020). Disponible en: <https://tinyurl.com/2s3nxd6>

47 *Id.*

48 Comisión Nacional de Derechos Humanos, Acción de Inconstitucionalidad 187/2020 (03 de agosto de 2020). Disponible en: <https://tinyurl.com/4tyv68ra> y su acumulada Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México, Acción de Inconstitucionalidad 218/2020 (03 de agosto de 2020). Disponible en: <https://tinyurl.com/y2a5j95e>

49 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acciones de Inconstitucionalidad 187/2020 y su acumulada 218/2020 (20 febrero de 2023), Disponible en: <https://tinyurl.com/bdddf579>

50 Un ejemplo es el caso del suicidio asistido de Brittany Maynard en Oregón, en el que la misma ley permite ejercer el derecho al suicidio asistido. Aunque nosotros nos pronunciamos a favor de que los límites se encuentren establecidos por los jueces constitucionales expertos en la materia, estudiando en lo particular los casos concretos. Véase: Pablo Ximénez de Sandoval. *Brittany Maynard se suicida de acuerdo con las leyes de Oregón*. EL PAÍS. Noviembre 3 de 2014.

IV. TEST DE PROPORCIONALIDAD

El derecho al olvido de las personas sentenciadas por la comisión de conductas delictivas de índole sexual contra NNA implica la restricción de acceso a ese dato de negativo por parte de terceros, así como la desindexación en el ámbito digital con la finalidad de garantizar su reinserción social y la no estigmatización. Sin embargo, este derecho entra en colisión con la protección integral de derechos de NNA, en específico lo relativo al derecho a un ambiente libre de violencia y a la reparación integral del daño con garantías de no repetición. Al no permitir el acceso a ese dato negativo de antecedentes penales, se pone en riesgo la protección integral desde un ámbito de prevención primaria —enfocada en víctimas potenciales— y prevención terciaria del delito —enfocada en la no reincidencia—. Por tanto, es necesario “aplicar la doctrina de ponderación de derechos”⁵¹ para analizar la colisión existente.

Dicho análisis necesariamente repercutirá también en la tecnología. Al respecto, se señala que “la ponderación jurídica ha de desembocar, en todo caso, en soluciones necesariamente tecnológicas si se quiere preservar el contenido esencial de todos los derechos implicados y reducir al mínimo el número de conflictos”⁵². Esto es por lo que se refiere a la desindexación de esa información en el ámbito digital.

Al respecto, Robert Alexy presentó una teoría en 1985 que se convirtió en un hito para los derechos humanos en el mundo: la ponderación de derechos. A partir de esto, se empezó a razonar de un modo diverso. Ya no se buscaría la respuesta a partir del análisis de lo establecido en la ley, sino de aquello que tiene que ver con la interpretación, lógica y argumentación jurídicas de los derechos humanos. El objetivo no es solo establecer los límites y alcances de los derechos humanos, sino también acercarnos a una respuesta —si no inequívoca, por lo menos viable— cuando los derechos sean confrontados entre sí, puesto que los derechos humanos no tienen una jerarquía normativa entre ellos.

Al posicionamiento epistemológico anterior se le denominó *ponderación de derechos humanos*, buscando ser la nueva forma de resolución de conflictos que involucren una colisión entre diversos derechos humanos al mismo nivel jerárquico. Por ende, las normas que contienen derechos humanos se estudian sustentándose en reglas, principios y valores. Es menester señalar que en México se implementó la teoría mencionada de Robert Alexy con el test de proporcionalidad. Así lo ha señalado

51 Mario Hernández Ramos. *El derecho al olvido en internet como nuevo derecho fundamental en la sociedad de la información. Perspectiva constitucional española y europea*. QUID IURIS, vol. 21, núm. 7. Junio-agosto 2013. Pág. 115-148, 141.

52 Anabelén Casares Marcos. *Derecho al olvido en internet y autodeterminación informativa personal: el olvido está lleno de memoria*. REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 212. Mayo-agosto 2020. Pág. 401-438, 436.

la misma SCJN enunciando directamente que su teoría debe aplicarse al suscitarse el problema de cuál es el derecho que debe prevalecer sobre otros en casos de colisión de derechos y para lo cual es factible aplicar la “ley de la ponderación”⁵³.

A raíz de la reforma del año 2011, el Estado mexicano está obligado a implementar y materializar la protección de los derechos humanos⁵⁴, alejándose de la aplicación mecánica de los jueces y dejando de ser la boca de la ley para darle paso a la era de la argumentación, lógica e interpretación jurídicas⁵⁵. En México, para realizar el análisis de intervenciones en los derechos en caso de colisión con base en el test de proporcionalidad debe atenderse a lo siguiente:

(i) que la intervención legislativa persiga un fin constitucionalmente válido; (ii) que la medida resulte idónea para satisfacer en alguna medida su propósito constitucional; (iii) que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental; y, (iv) que el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada.⁵⁶

A su vez, el Poder Judicial de la Federación señala que hay dos niveles de análisis de la constitucionalidad, uno de carácter ordinario y otro de nivel intenso. Sobre el segundo asegura que el “escrutinio estricto se actualiza cuando el caso que se tenga que resolver involucre categorías sospechosas detalladas en el artículo 1o., párrafo quinto, de la Constitución [...] se afecten derechos humanos reconocidos por el propio texto constitucional y/o por los tratados internacionales [...]”⁵⁷.

En México, los NNA se asumen como una categoría sospechosa; por ende, se requiere un nivel intenso de constitucionalidad para encontrar la respuesta. Así lo señala la jurisprudencia al referirse al escrutinio estricto de esta figura. En primer término, deberá analizarse si la distinción para considerar la categoría cumple con

53 Tesis: III.2o.C.53 C. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Tomo II. Libro 28. Marzo de 2016. Pág. 1727.

54 Erick Francisco Tapia Hernández. *El nuevo paradigma de los Derechos Humanos en el constitucionalismo mexicano a partir de la reforma del 2011*. REVISTA DE DERECHO, núm. 29. 2020. Pág. 52-70.

55 Rodolfo Vigo. *LA INTERPRETACIÓN (ARGUMENTACIÓN) JURÍDICA EN EL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL*. Tirant lo Blanch. (2017). Pág. 29.

56 Tesis: 1a. CCLXIII/2016. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Tomo II. Libro 36. Noviembre de 2016. Pág. 915.

57 Tesis: 1a. CCCXII/2013. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Tomo II. Libro 25. Octubre de 2013. Pág. 1052.

una finalidad imperiosa constitucional, pues debe perseguir un objetivo constitucionalmente importante; es decir, proteger un mandato constitucional. En segundo término, debe analizarse si la distinción legislativa está estrechamente vinculada con la imperiosa finalidad constitucional señalada con antelación, así como la no existencia de medidas alternativas menos lesivas para lograr ese fin. Por último, “la distinción legislativa debe ser la medida menos restrictiva posible para conseguir efectivamente la finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional”⁵⁸.

A continuación, analizaremos a la luz del test de proporcionalidad la colisión existente entre el derecho al olvido y la protección integral a los derechos de NNA. En específico, la restricción al primero de las personas que cumplieron una sentencia por comisión de conductas delictivas de índole sexual contra NNA, la cual se materializa a través del acceso a la información de ese dato negativo por parte de empleadores públicos y privados que requieran personas para cargos relacionados de forma directa y habitual con NNA, con la finalidad de prohibir que se desempeñen en esos ambientes. Cabe destacar que la prohibición deberá estar establecida en una ley y ser de carácter perpetuo.

En consecuencia, se restringe el derecho al olvido para que en esos casos prevalezca la protección integral de los derechos de NNA. El análisis se realiza de conformidad con los cuatro parámetros indicados en el test de proporcionalidad.

1. Que la intervención legislativa persiga un fin constitucionalmente válido: La SCJN nos hace una precisión acerca de esta primera etapa cuando indica que:

[...] los fines que pueden fundamentar la intervención legislativa al ejercicio de los derechos fundamentales tienen muy diversa naturaleza: valores, intereses, bienes o principios que el Estado legítimamente puede perseguir. En este orden de ideas, los derechos fundamentales, los bienes colectivos y los bienes jurídicos garantizados como principios constitucionales, constituyen fines que legítimamente fundamentan la intervención del legislador en el ejercicio de otros derechos [...] ⁵⁹

Sin duda alguna, existe un fin constitucionalmente válido para la intervención de otros derechos en el caso que nos ocupa en cuanto a la protección integral de

58 Tesis: P./J. 10/2016. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Tomo I. Libro 34. Septiembre de 2016. Pág. 8.

59 Tesis: 1a. cCLXV/2016. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Tomo II. Libro 36. Noviembre de 2016. Pág. 902.

derechos de NNA frente al derecho al olvido. Llama la atención la referencia que hace a los principios y valores, que son figuras de protección del neoconstitucionalismo y que precisamente tienen que ver con la interpretación y argumentación antes aludidas que pueden traducirse como bienes colectivos garantizados como principios constitucionales.

De conformidad con la CPEUM, México reconoce que “en todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos”⁶⁰. Cabe destacar que el interés superior es considerado un eje rector de la doctrina de la protección integral que tiene la finalidad de garantizar la esfera íntegra de los derechos de NNA para lograr su sano desarrollo integral. Entre ellos destaca el derecho a un ambiente libre de violencia y el derecho a la reparación integral del daño en casos de ser víctima del delito, por lo cual, en el caso en concreto, implica la adopción de medidas preventivas por parte del Estado desde una prevención primaria y terciaria del delito.

En cuanto a la prevención primaria del delito para reducir las posibilidades de comisión de conductas delictivas en caso de víctimas potenciales, lo serían aquellos NNA que se encuentran en riesgo de convivir de forma directa y habitual con personas que cumplieron sentencias por comisión de conductas delictivas de índole sexual contra NNA. En la prevención terciaria del delito, se considera que las víctimas del delito (en este caso, NNA) tienen derecho a una reparación integral del daño que abarca cinco rubros: restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y garantías de no repetición⁶¹. Es deber del Estado reducir las posibilidades de reincidencia para cumplir con el rubro de garantías de no repetición, a través de la prohibición de que esas personas trabajen en los ambientes mencionados.

Asimismo, a nivel constitucional se reconoce el derecho a “[la] educación y [el] sano esparcimiento para su desarrollo integral”⁶². En ese tenor, derivado de la condición de desarrollo en la que se encuentran los NNA, es común que en distintos ambientes realizan actividades de carácter socioeducativo que contribuyan a que su desarrollo tenga un carácter sano e integral. Por ende, la CPEUM menciona, en su artículo tercero, que el Estado “priorizará el interés superior de niñas, niños, adolescentes [...] en el acceso, permanencia y participación en los servicios educativos”⁶³, por lo cual se justifica la adopción de las medidas preventivas arriba señaladas.

60 Art. 4, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

61 Art. 1, Ley General de Víctimas. Diario Oficial de la Federación (09 de enero de 2013).

62 Art. 4, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

63 *Id.* Art. 3.

En ese sentido, la aplicación de las medidas preventivas requiere el acceso a la información de ese dato negativo consistente en los antecedentes penales de una persona que cometió conductas delictivas de índole sexual contra NNA, con la finalidad de prohibir que trabaje en ambientes relacionados de forma directa y habitual con NNA. Al respecto, la misma CPEUM reconoce que “el Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez”⁶⁴, por lo cual el acceso lo podrán tener tanto empleados pertenecientes al ámbito público como al privado, sin que ese dato negativo sea de carácter público y se aloje en plataformas para la libre disposición de todas las personas, ya que eso excedería el fin constitucionalmente válido. El acceso a ese dato negativo estaría limitado únicamente para los empleadores mencionados, a los cuales incluso se les debería exigir que obtengan o soliciten esa constancia como requisito para otorgar el puesto de trabajo.

2. Que la medida resulte idónea para satisfacer su propósito constitucional: En cuanto a la segunda etapa, señala que el examen de idoneidad “presupone la existencia de una relación entre la intervención al derecho y el fin que persigue dicha afectación, siendo suficiente que la medida contribuya en algún modo y en algún grado a lograr el propósito que busca el legislador”⁶⁵. Resalta en esta etapa que para llegar a desentrañar la idoneidad de la medida legislativa se puede sustentar con conocimientos científicos o convicciones sociales generalmente aceptadas. Lo que puede llegar a ser un poco controversial será otorgar una connotación a convicciones generalmente aceptadas en la sociedad mexicana que es tan heterogénea; no obstante, con base en el principio de interés superior y su consideración primordial, es posible sustentar la idoneidad.

La medida que se propone consideramos que es la idónea para cumplir con el propósito constitucional e incluso convencional, en atención a que no obstante se permitiría el acceso a ese dato negativo. Se propone que el Estado, previa solicitud de los empleadores o de los solicitantes a obtener trabajos en ambientes relacionados de forma directa y habitual con NNA, emita una constancia de antecedentes penales relacionados con comisión de conductas delictivas de índole sexual contra NNA, en la que se afirme o niegue la existencia de ese dato negativo, sin indicar más información al respecto que la simple afirmación o negación. De esa forma, se cumple con la finalidad que se persigue de garantizar la protección integral de los derechos de NNA reconocida a nivel constitucional.

64 *Id.* Art. 4.

65 Tesis: 1a. cCLXVIII/2016. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Tomo II. Libro 36. Noviembre de 2016. Pág. 911.*

3. Que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental: Respecto a la tercera etapa, se realiza el examen de necesidad que tiene como objetivo asegurar si hay otros medios que puedan considerarse idóneos para lograr los fines que se persiguen y analizar si esas alternativas intervienen con menor intensidad el derecho que se puede ver afectado. En resumen, consiste en “hacer un catálogo de medidas alternativas y determinar el grado de idoneidad de estas, es decir, evaluar su nivel de eficacia, rapidez, probabilidad o afectación material de su objeto”⁶⁶.

En relación con estas etapas, consideramos que los fines que se persiguen se tienen que maximizar, y respecto a la eficacia y rapidez es la óptima puesto que evitaría el contacto de las personas que hayan delinquido con las características ya mencionadas en el presente trabajo, anulando la posibilidad de que se vean afectados de alguna forma los derechos de NNA.

En esta tercera etapa, el escrutinio puede enfocarse en torno a la ponderación que el legislador haya considerado previamente para situaciones parecidas o a las hipótesis normativas que se han vertido en otras latitudes para regular la misma situación⁶⁷. Con ello, advertimos que es viable optar por alguna de las regulaciones realizadas en el derecho comparado enunciadas antes. Por ende, nos parece viable e idónea esta medida alternativa de incluir en la norma para proteger el fin constitucional y convencional de la protección integral de derechos de NNA, aunque se impacte con menor intensidad el derecho al olvido de las personas que se encuentran en reinserción social, debido a que se tiene acceso al dato negativo solo por los empleadores descritos y solo de forma negativa o afirmativa sin indicar mayor información. En ese mismo sentido, consideramos que la medida legislativa restrictiva para convivir con este grupo etario incluso a perpetuidad es constitucional y convencional.

Asimismo, no hay una medida alternativa igualmente idónea que intervenga con menor intensidad el derecho de la persona que ha delinquido, por el contrario, consideramos que es la óptima en atención a que materialmente no se puede dañar o poner en riesgo a los menores de edad. Situación distinta que se presentaría al no tener control y un menor de edad fuera agredido por dicha omisión. Vale la pena anotar que al no existir dicha medida en México podría presentarse e incluso traducirse en una violación estatal por no materializar compromisos convencionales en la protección integral de derechos de NNA.

66 Tesis: 1a. cCLXX/2016. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Tomo II. Libro 36. Noviembre de 2016. Pág. 914.

67 *Id.*

4. Que el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada: Finalmente, en la cuarta etapa, el objetivo es contrastar, efectuar un balance o realizar la ponderación entre dos principios que colisionan en un caso particular: “[...] dicho análisis requiere comparar el grado de intervención en el derecho fundamental que supone la medida legislativa examinada, frente al grado de realización del fin perseguido por esta”⁶⁸. Es decir, se contrastan los beneficios que se obtendrán de la limitación de otro derecho considerando los fines que se persiguen; en el caso que nos ocupa se advierten de forma clara, la consideramos una medida proporcional y por ende constitucional y convencional.

Señala el mismo criterio algo que contribuye sobremedida al presente estudio: “[...] resulta evidente que una intervención en un derecho que prohíba totalmente la realización de la conducta amparada por ese derecho será más intensa que una intervención que se concrete a prohibir o a regular en ciertas condiciones el ejercicio de tal derecho”⁶⁹. La prohibición de trabajar de las personas que han sido condenadas con las características ya señaladas no contará con supuestos jurídicos para poder trabajar con NNA. El criterio es contundente, al señalar que la proporcionalidad estará justificada para limitar de forma severa un derecho cuando los daños fueran muy graves permitiendo el ejercicio de este, como en el caso que nos ocupa.

En ese tenor, consideramos que la medida que se propone es proporcional y los beneficios derivados de la limitación son mayores, además de permitirse los daños al ejercicio del derecho de convivencia con el grupo etario y las hipótesis de hecho sometidas a estudio podrían ser muy graves. Lo anterior se deriva también del análisis realizado respecto a las categorías sospechosas y la obligación de materializar y establecer la protección integral de derechos de NNA, puesto que la agresión de cualquier naturaleza a NNA tendría consecuencias muy graves y daños irreparables en sus diversas esferas, en específico a su sano desarrollo integral.

V. CONCLUSIONES

En conclusión, consideramos que la restricción al derecho al olvido a través del acceso a la información del dato negativo mediante la emisión de constancias de antecedentes de las personas que cumplieron una sentencia por algún delito de índole sexual contra NNA es constitucional y convencional. En el análisis de la colisión con la

68 Tesis: 1a. CCLXXII/2016. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Tomo II. Libro 36. Noviembre de 2016. Pág. 894.

69 *Id.*

protección integral de los derechos de NNA mediante el test de proporcionalidad, se advierte la medida óptima que requiere de forma apremiante el Estado mexicano, ya que sería lamentable que en el inter en que se legisle de forma precisa se consumara la agresión de un NNA. Sin hacer óbice lo anterior, el acceso deberá tener requisitos para obtención y sanción al mal uso, lo cual que es viable en atención a que en la misma ley no se contempla como confidencial esa información.

Cabe destacar que el acceso al dato negativo contará con determinados requisitos para las instituciones y los ciudadanos particulares que justifiquen el interés de acceso por convivencia con NNA. Desde luego, previendo las hipótesis normativas de sanción en el mal uso de la información. En ese sentido, queda justificado previo análisis del escrutinio estricto que se realiza en la categoría sospechosa que se actualiza con NNA y haciendo la ponderación de los derechos que se encuentran confrontados, como advertimos con las cuatro etapas del test de proporcionalidad.

Lo anterior, puesto que la intervención legislativa persigue el fin constitucional y convencional, cumple con la idoneidad en la medida legislativa. No son viables medidas alternativas con la misma eficacia, rapidez o probabilidad de afectación. Con esta medida, se esperan mayores beneficios que los que se obtendrían si no existiera la restricción al derecho al olvido de las personas mencionadas en beneficio de la protección integral de derechos de NNA. Del interés superior de NNA y de los instrumentos tanto internacionales como nacionales que dan sustento a la doctrina de la protección, emanan obligaciones para el Estado mexicano vinculadas con la aplicación de medidas de carácter reforzado, urgente y apremiante para la prevención primaria y terciaria del delito.

En esa tesitura, la colisión se resuelve a través de la restricción al derecho al olvido en beneficio de la protección integral de los derechos de NNA a la luz de un análisis conforme al test de proporcionalidad, en donde se plasmaron los límites y alcances de dicha intervención, así como la constitucionalidad y convencionalidad de la finalidad que persigue.

VI. REFERENCIAS

Ana Belén Casares Marcos. *Derecho al olvido en internet y autodeterminación informativa personal: el olvido está lleno de memoria*. REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 212. Mayo-agosto 2020. Pág. 401-438, 436. Disponible en: <https://tinyurl.com/422t2rtd>

Ana Cristina González Rincón. *Aproximación a la configuración jurídica del derecho al olvido en internet: un análisis a partir de la sentencia del TJUE vs. Google*. BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO

COMPARADO, vol. 52, núm. 156. Septiembre-diciembre 2019. Pág. 1449-1475, 1473. Disponible en: <https://tinyurl.com/3tp8hawu>

Ángela Moreno Bobadilla. *El olvido previo a internet: los orígenes del actual derecho al olvido digital*. Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 43. Julio-diciembre 2020. Disponible en: <https://tinyurl.com/yb66h7an>

Alicia Pierini, Valentín Lorences y María Inés Tornabene. HABAS DATA, DERECHO A LA INTIMIDAD. Universidad. (1999).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-458/12. (M. P. Adriana María Guillén Arango; junio 21 de 2012). Disponible en: <https://tinyurl.com/ycxr649n>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-512/16. (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; septiembre 16 de 2016). Disponible en: <https://tinyurl.com/bdhmy982>

Emilio Guichot. *El reconocimiento y desarrollo del derecho al olvido en el derecho europeo y español*. REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 209. 2019. Pág. 45-92, 88. Disponible en: <https://tinyurl.com/4xjvkyyer>

Erick Francisco Tapia Hernández. *El nuevo paradigma de los Derechos Humanos en el constitucionalismo mexicano a partir de la reforma del 2011*. REVISTA DE DERECHO, núm. 29. 2020. Pág. 52-70. Disponible en: <https://doi.org/10.5377/derecho.v0i29.10620>

Federico Wurstten. *Acerca de los Registros de Condenados por Delitos Sexuales*. REVISTA PENSAMIENTO PENAL. 2013. Disponible en: <https://tinyurl.com/4vpbb7xn>

J. Guadalupe Tafoya Hernández y Consuelo Guadalupe Cruz Ramos. *Reflexiones en torno al derecho al olvido*. IFDP: REVISTA DEL INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSA PÚBLICA, no. 18. 2014. Pág. 79-108. Disponible en: <https://tinyurl.com/42mce3hw>

José Ramón De Verda y Beamonte. *Breves reflexiones sobre el llamado derecho al olvido*. ACTUALIDAD JURÍDICA IBEROAMERICANA, núm. 1. 2014. Pág. 29-34, 33. Disponible en: <https://tinyurl.com/wuctmzfe>

Juan Manuel Mecinas Montiel. *Derecho al olvido. Precisiones con relación a los derechos humanos*. ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS DEL INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL, núm. 1. 2017. Pág. 77-102. Disponible en: <https://tinyurl.com/2s3jsc7a>

Kathrinny Anne Silva Coutinho, Raquel Veggi Moreira e Hildeliza Boechat Cabral. *El derecho al olvido y la protección de la intimidad en el entorno virtual*. DERECHO Y CAMBIO SOCIAL, núm. 61. Pág. 141-163, 142. 2020. Disponible en: <https://tinyurl.com/mwzenv3h>

Mario Hernández Ramos. *El derecho al olvido en internet como nuevo derecho fundamental en la sociedad de la información. Perspectiva constitucional española y europea*. QUID IURIS, vol. 21, núm. 7. Junio-agosto 2013. Pág. 115-148, 141.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. A/RES/70/1* [en línea]. 2015. Disponible en: <https://tinyurl.com/bdd9dmde>

Pablo Fernández García-Armero. *El derecho al olvido*. CADERNOS DE DEREITO ACTUAL, núm 9. 2018. Págs. 421-439. Disponible en: <https://tinyurl.com/4t2h9wae>

Pablo Ximénez de Sandoval. *Brittany Maynard se suicida de acuerdo con las leyes de Oregón*. EL PAÍS. Noviembre 3 de 2014. Disponible en: <https://tinyurl.com/485whmvv>

Rodolfo Vigo. LA INTERPRETACIÓN (ARGUMENTACIÓN) JURÍDICA EN EL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Tirant lo Blanch. (2017). Pág. 29.

Sebastián Zárate Rojas. *La problemática entre el derecho al olvido y la libertad de prensa*. DERECOM, núm. 13. Disponible en: <https://tinyurl.com/y4mvjrk6>

Vicente Guasch Portas y José Ramón Soler Fuensanta. *El derecho al olvido en internet*. REVISTA DE DERECHO UNED. Núm. 16. 2015. Pág. 989-1005, 988. Disponible en: <https://tinyurl.com/2njz2b8c>

Víctor Seisdedos Potes. *Derecho al olvido: jaque a Google en Europa*. CADERNOS DE DEREITO ACTUAL, núm. 2. 2014. Pág. 107-124, 199. Disponible en: <https://tinyurl.com/2ksk42>