



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MÉXICO



FACULTAD EN DERECHO

“El Derecho al olvido en el Contexto de los Derechos Humanos y su Interiorización en el Derecho Mexicano”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:

MAESTRO EN DERECHO

P R E S E N T A:

LIC. en D. HUMBERTO OROZCO CALDERÓN

TUTOR ACADÉMICO

M. en D. WERTHER JUÁREZ TOLEDO

TUTORES ADJUNTOS

DR. en D. MIGUEL ÁNGEL
VEGA MONDRAGÓN

DR. en D. FÉLIX DÓTTOR
GALLARDO

CIUDAD UNIVERSITARIA, TOLUCA DE LERDO, JUNIO DE 2022

INDICE

Resumen	I
Introducción	II
Protocolo de Trabajo Terminal de Grado	VI

Capítulo Primero

Antecedentes del Derecho al Olvido

1.1. Nota Introdutoria	2
1.2. Antecedentes del Derecho al olvido en Europa	7
1.2.1 Francia	7
1.2.2. Alemania	9
1.2.3. Italia	13
1.3.4. España	16
1.3. Antecedentes del Derecho al olvido en América	21
1.3.1. EEUU	22
1.3.2. Chile	27
1.3.3. Argentina	28
1.3.4. Perú	31
1.3.5. Colombia	33
1.3.6. México	37

Capítulo Segundo

El derecho al olvido como un Derecho Humano

2.1. Generalidades de los Derechos Humanos	45
2.1.1. Definición de Derechos Humanos	45
2.1.2. Principios de los Derechos Humanos	49
2.1.2.1. Universalidad	50
2.1.2.2. Inalienabilidad	52
2.1.2.3. Indivisibilidad	53
2.1.2.4. Interdependencia	56

2.1.2.5. Progresividad	59
2.1.3. Generaciones de los Derechos Humanos	61
2.1.3.1. Primera Generación	61
2.1.3.2. Segunda Generación	62
2.1.3.3. Tercera Generación	64
2.1.3.4. Cuarta Generación	67
2.2. Del Derecho al Olvido	71
2.2.1. Concepto de Derecho al Olvido	71
2.2.2. Sujetos del Derecho al Olvido	75
2.2.3. Naturaleza del Derecho al Olvido	81
2.2.4. Alcance del Derecho al Olvido	83
2.2.5. Límite al Derecho al Olvido	90
2.2.6. Derechos Humanos Relacionados con el Derecho al Olvido	95
2.2.6.1. Dignidad Humana	95
2.2.6.2. Intimidad	103
2.2.6.3. Protección de Datos	113
2.2.6.4. Acceso a la información	118
2.2.6.5. Autodeterminación de la información	126
2.2.6.6. Libertad de expresión	130
2.2.7. La Mercantilización del Derecho al Olvido	136

Capítulo Tercero

Análisis Normativo

3.1. El derecho al Olvido y su regulación jurídica	140
3.1.1 Sistema Universal	141
3.1.2 Sistema Regional	146
3.1.2.1 América	146
3.1.2.2 Europa	154
3.1.3. Derecho interno	163
3.1.3.1 Constitución	164
3.1.3.2 Ley Federal de Protección de Datos Personales en	165

Posesión de los Particulares	
3.1.3.3 Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados	183

Capítulo Cuarto

El Derecho al Olvido en México

4.1. Iniciativas de Ley del Derecho al Olvido	192
4.2. Consecuencias de la Omisión Legislativa del Derecho al Olvido	195
4.3. Principios del Derecho al Olvido	199
4.4. Importancia de la incorporación del Derecho al Olvido a la Legislación Mexicana	202

Conclusiones	210
---------------------	-----

Propuesta de inclusión del derecho al olvido en México	212
---	-----

Fuentes de Información	215
-------------------------------	-----

RESUMEN

El avance vertiginoso de la tecnología ha cuestionado el sistema jurídico, al grado de poner en riesgo los derechos humanos, en específico los datos personales de las personas derivado del uso del internet, sin que exista al día de hoy una regulación sólida que garantice la materialización de dicho derecho con la incorporación del derecho al olvido, entendido como un derecho diferenciado y dual. En este sentido, el objetivo del trabajo es proponer el reconocimiento del derecho al olvido como un derecho humano y en consecuencia materializar su incorporación con la reforma a la ley secundaria respectiva. Luego entonces, a partir de la teoría moderna de los derechos humanos y mediante el método analítico-sintético y exegético se encontrará respuesta a la pregunta e investigación formulada de la siguiente forma: ¿Cómo materializar el derecho humano al olvido en el marco jurídico mexicano?, al tiempo de comprobar la hipótesis que versa en que el reconocimiento del derecho al olvido en el marco jurídico interno permitirá materializar una tutela dinámica de los derechos personales de los ciudadanos en México.

Palabras Claves: Derecho al Olvido, Derechos Humanos, Protección de Datos, Libertad de Expresión, y Supresión de Datos.

INTRODUCCIÓN

En 13 de mayo de 2014 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (también conocido como Tribunal de Luxemburgo) emitió la resolución C-131/12 en un caso contencioso relacionado con el derecho al olvido. En dicho litigio el señor Mario Costeja González alegaba violación a sus derechos personales, ya que el periódico “La Vanguardia” había publicado en 1998 información sobre un embargo por deudas a la Seguridad Social al cual había estado sujeto, mismo que con posterioridad fue resuelto. No obstante, cuando se escribía su nombre en el buscador de Google, aparecía dicho anuncio, lo cual a consideración del propio señor Costeja, perjudicaba su imagen y violentaba sus derechos personales (Tafoya y Cruz, 2014).

El *quid* entonces del litigio se basó en saber si Google estaba obligado a borrar de internet todos los datos personales de noticias, y que se recuperaban a través de sus motores de búsqueda, cuando dicha información pertenecía al pasado de la vida de un ciudadano. En consecuencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió que “los ciudadanos pueden solicitar la eliminación de datos personales contenidos en la red cuando su tratamiento sea ilegítimo, o sea, que no sea adecuado, pertinente o excesivo en relación con los fines y el tiempo transcurrido” (Moreno, 2020).

Lo anterior, evidencia uno de los grandes desafíos que la humanidad enfrenta ante el avance vertiginoso de las tecnologías, que si bien nos permite ejercer a plenitud otros derechos —el derecho a la libertad de expresión o el derecho a la información— la realidad es que cuestionan los límites de derechos ya reconocidos —la libertad de estar informados y la manera de acceder a la información—. En este contexto se circunscribe el derecho al olvido, un derecho emergente que nace precisamente del uso de las tecnologías para cuestionar los límites o alcances de ciertos derechos fundamentales que se ejercen en el mundo de la red.

En este escenario, se presenta una problemática jurídica que requiere ser atendida a fin de cumplir con los mínimos internacionales, y particularmente hacer efectivos los derechos humanos y la dignidad humana. Se habla de la dislocación de los derechos humanos producto del avance de las tecnologías y en particular del internet, un reto visible en muchos campos; pero, particularmente en lo referente a la protección de datos personales cuya solides normativa se torna endeble ante la colisión con otros derechos, lo que obliga a un estudio pormenorizado que debe partir de la génesis del propio derecho al olvido con el propósito de comprender su naturaleza dentro de la genealogía de los derechos humanos; con estas directrices se fortalecería la reforma constitucional iniciada en junio de 2011.

En este sentido, el objetivo central del presente trabajo es proponer el reconocimiento del derecho al olvido como un derecho humano y en consecuencia materializar su incorporación con una modificación a la ley secundaria respectiva. Para ello, se construyeron los siguientes tres objetivos específicos: identificar los orígenes del derecho al olvido; fundamentar que el derecho al olvido es un derecho humano de cuarta generación, y analizar el marco jurídico mexicano en relación con el derecho al olvido. Los propósitos señalados buscaron otorgar respuesta a las preguntas siguientes: ¿Cómo materializar el derecho humano al olvido en el marco jurídico mexicano?; ¿Cuáles son los orígenes del derecho al olvido?; ¿Porque el derecho al olvido debe ser considerado un derecho humano?, y ¿Cómo reconoce el marco jurídico mexicano el derecho al olvido?.

El abordaje teórico de la investigación para la comprobación del supuesto que se cita y se alcanza a lo largo del presente trabajo, se apoyó en el derecho internacional de los derechos humanos que consagra una serie de doctrinas, principios e instituciones jurídicas enfocadas en la protección de los individuos y grupos contra violaciones gubernamentales de sus derechos garantizados internacionalmente. En especial es la tradición moderna la que servirá de base para demostrar que el derecho al olvido es un derecho humano de cuarta generación, y por lo tanto debe ser reconocido, protegido y garantizado por los Estados, ya que el avance

vertiginoso de la tecnología finca vulnerabilidades para los individuos producto de su uso, con independencia de características como el género, la orientación sexual y origen étnico, entre otros. Huelga decir que, la protección internacional de los derechos fundamentales se presenta como una consecuencia natural de la calidad inherente de la persona, no es una concesión especial del Estado.

Por otro lado, la construcción de la investigación tuvo una naturaleza totalmente pura o teórica, es decir, no fue necesario hacer algún tipo de intervención ya que el fenómeno que se estudió es relativamente nuevo, lo que abrió paso para determinar el nivel de profundización que fue exploratorio-argumentativo, ya que el derecho al olvido fue reconocido como tal en el 2014 gracias a la resolución de un tribunal europeo, y si bien ha tenido eco en algunos países de América Latina, esto ha sido incipiente. Asimismo, en atención del tiempo, la investigación fue transversal, ya que se consideró un momento único, el actual, en razón a la vigencia de la norma. En cuanto a las técnicas de investigación que se emplearon estas fueron puramente documentales, de conformidad con la naturaleza teórica. En cuanto a la ruta metodológica empleada se partió del método descriptivo para lograr el acercamiento al objeto de estudio; asimismo, el método analítico-sintético permitió descomponer el derecho al olvido en partes, para finalmente reunirlos de nuevo, para finalmente con el método exegético identificar el alcance de la norma vigente.

Todo lo expuesto permitió la conformación del presente trabajo en cuatro grandes apartados, sumado las conclusiones y las referencias. De tal suerte, el capítulo primero intitulado: “Antecedentes del derecho al olvido”, traza, por medio del método descriptivo, los orígenes del derecho al olvido, sus principales antecedentes y la forma en la que en otros sistemas jurídicos lo han incorporado a sus respectivas normativas. El capítulo segundo, denominado: “El derecho a olvido como un Derecho Humano” se adentra en el estudio de este derecho desde la óptica de los derechos humanos, sus principios y generaciones, para aterrizar en la naturaleza, las características, y la relación del derecho al olvido con otros derechos, lo que permitió construir los insumos para sustentar que el derecho al olvido es un derecho

humano que debe ser reconocido, protegido y garantizado por cualquier sistema jurídico, incluido el mexicano.

El capítulo tercero titulado: “Análisis del marco jurídico”, se centra en el estudio de la normativa en tres niveles: universal en el cual se incluye los instrumentos de *soft* y *hard law* relacionados con la protección de datos personales; regional integrada en primer lugar por la normativa americana, al ser la que corresponde por la ubicación geográfica de México, y en un segundo momento la europea, en razón a ser un hito en el reconocimiento de este derecho. En el estudio de la normativa se utilizó el método exegético para desentrañar el sentido de la ley, su alcance, y la intención del legislador. El capítulo cuarto nombrado: “Propuesta” como su nombre lo indica contiene la propuesta materializada en una serie de directrices dirigidas a los legisladores, las cuales deben ser tomadas en cuenta a fin de lograr la interiorización del derecho al olvido en la legislación mexicana, resultado de los insumos obtenidos a lo largo de todo el proceso lógico-investigativo.

Finalmente, los dos últimos rubros que conforman el trabajo corresponden a las conclusiones y las referencias. En el caso de la primera se arribaron después del empleo del proceso metodológico señalado y entre las que se encuentra la imperiosa necesidad de atender los retos que implican los avances tecnológicos en materia de protección de datos con la incorporación del derecho al olvido. En tanto que las referencias, son la lista de fuentes citadas ordenadas alfabéticamente, entre las cuales se incluyen: libros, artículos de revistas científicas, periódicos, documentos, páginas de internet, entre otros.

PROTOCOLO DE TRABAJO TERMINAL DE GRADO

Título del Trabajo de Investigación:

El Derecho al Olvido en el Contexto de los Derechos Humanos y su Interiorización en el Derecho Mexicano

Antecedentes, Estado del Arte o Estado de Conocimiento de la Investigación

El derecho al olvido, también llamado derecho a la supresión, es un derecho relativamente nuevo al tomar relevancia con el caso Costeja resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; si bien, se pueden encontrar antecedentes en casos anteriores como el caso Melvin vs Reid de 1931, fue aquel el que abrió el debate teórico sobre el reconocimiento del derecho olvido como un derecho que debe ser reconocido, producto de las posibles vulneraciones a derechos fundamentales de las personas derivado del uso de las tecnologías y concretamente del internet.

Fue así como algunos académicos han abordado la temática desde distintos puntos de vista. Por ejemplo, Juan María Martínez (2014) en su obra titulada “La aplicación del derecho al olvido en España tras la STJUE Google contra AEPD y Mario Costeja” hace un análisis pormenorizado del caso Costeja, sus antecedentes y sus implicaciones en España. En este tenor también se encuentran artículos científicos que profundizan en el derecho al olvido, pero desde una perspectiva nacional, es decir, desde el análisis jurídico se exploran las normativas internas, es el caso de Pica (2016) que enfoca su estudio en el sistema jurídico Chileno; Espinoza (2017) hace lo propio con la legislación de Colombia, o bien Franco y Quintanilla (2020) que reflexionan sobre el derecho al olvido en la normativa del Perú en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Asimismo, es de destacar el trabajo el trabajo de Moreno (2018) quien a partir de un método comparativo examina la normativa de EEUU en relación con la Europea.

Por lo que hace en México son pocos los estudios que se refieren al derecho al olvido. Concretamente se puede mencionar un estudio de corte comparativo en el área del derecho electoral, específicamente se trata del trabajo de García (2015) en el cual analiza el impacto de las tecnologías de la información en la carrera de los políticos, en concreto del estado de México, y sus posibles soluciones debido a la permanencia de la información en los portales y los buscadores de Internet. Sin embargo, el trabajo que podría ser más cercano con lo que se busca argumentar en esta tesis es el titulado “El derecho al olvido en relación con la protección de datos personales” de Fernández (2014) en donde argumenta la importancia del derecho al olvido y su utilidad práctica a partir del caso Costeja sin profundizar en la naturaleza del mismo. Otro documento de relevancia es el de Mecinas (2017) en el cual establece con precisión la relación del derecho al olvido y otros derechos como la libertad de expresión y el derecho a la privacidad. Un artículo que podría ser un tanto parecido con lo que se quiere desarrollar es el de Leturia (2016), ya que parte de los fundamentos jurídicos del derecho al olvido; sin embargo, ello lo hace desde una perspectiva histórica al sostener que no es un derecho nuevo, sino que ha estado presente de diversas maneras en la jurisprudencia y la doctrina comparada.

Al día de hoy existe, desde el 2019, una iniciativa del grupo parlamentario de MORENA para incorporar el derecho en comento en la legislación mexicana sin que se haya podido concretar. De esta manera, al día de hoy no hay investigación reciente en México que aborde el derecho al olvido, a partir de su naturaleza como derecho humano para que sustenten su interiorización en la normativa de México a fin de evitar posibles casos de responsabilidad internacional a futuro.

Objeto de Estudio

Derecho al Olvido

Planteamiento del problema

En 13 de mayo de 2014 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (también conocido como Tribunal de Luxemburgo) emitió la resolución C-131/12 en un caso

contencioso relacionado con el derecho al olvido. En dicho litigio el señor Mario Costeja González alegaba violación a sus derechos personales, ya que el periódico La Vanguardia había publicado en 1998 información sobre un embargo por deudas a la Seguridad Social al cual había estado sujeto, mismo que con posterioridad fue resuelto. No obstante, cuando se escribía su nombre en el buscador de Google, aparecía dicho anuncio, lo cual a consideración del propio señor Costeja, perjudicaba su imagen y violentaba sus derechos personales (Tafoya y Curz, 2014).

El quid entonces del litigio se basó en saber si Google estaba obligada a borrar de internet todos los datos personales de noticias, y que se recuperaban a través de sus motores de búsqueda, cuando dicha información pertenecía al pasado de la vida privada del ciudadano. En consecuencia, el TJUE resolvió que “los ciudadanos pueden solicitar la eliminación de datos personales contenidos en la red cuando su tratamiento sea ilegítimo, o sea, que no sea adecuado, pertinente o excesivo en relación con los fines y el tiempo transcurrido” (Moreno, 2020).

Lo anterior, evidencia uno de los grandes desafíos que la humanidad enfrenta ante el avance vertiginoso de las tecnologías, que si bien nos permite ejercer a plenitud otros derechos —el derecho a la libertad de expresión o el derecho a la información— la realidad es que cuestionan los límites de los derechos ya reconocidos, por ejemplo, la libertad de estar informados y la manera de acceder a la información. En este contexto se circunscribe el derecho al olvido, un derecho emergente que nace precisamente del uso de las tecnologías para cuestionar los límites o alcances de los derechos fundamentales que se ejercen en el mundo de la red. Así se confronta la existencia del derecho al olvido con otros derechos.

En este escenario, se presenta una problemática jurídica que requiere ser atendida a fin de cumplir con los mínimos internacionales, y particularmente hacer efectivos los derechos humanos y la dignidad humana. Se habla de la dislocación de los derechos humanos producto del avance de las tecnologías y en particular del internet, un reto visible en muchos campos; pero, particularmente en lo referente a

la protección de datos personales cuya solides normativa se torna endeble ante la colisión con otros derechos, lo que obliga a un estudio pormenorizado que parta de la génesis del propio derecho al olvido con el propósito de comprender su naturaleza dentro genealogía de los derechos humanos, estas directrices entonces es posible proceder a la construcción de una propuesta solida de reforma en la ley que termine por consolidar lo iniciado en junio de 2011.

Justificación del problema

La justificación del desarrollo de la investigación se ancla en el impacto, mismo que se decanta en dos vertientes:

1. Impacto Social. En este rubro la contribución en el reconocimiento del derecho al olvido como un derecho humano materializado en el sistema jurídico mexicano a través de la modificación de la ley secundaria respectiva permitirá la protección integral de otros derechos fundamentales de los ciudadanos, ya que la eliminación de información que en un momento histórico representó el ejercicio de un derecho de libertad de expresión e información, en el presente puede conllevar la vulneración de otros derechos que afectan al individuo; de ahí precisamente que el derecho al olvido se considere poliédrico, porque su alcance no se limita únicamente la supresión de datos, sino con el avance de la tecnología surgen también nuevas formas de vulneración que reflejan la necesidad de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales.

En este sentido, si se entiende que el avance de la tecnología está en un continuum proceso evolutivo entonces resulta imperante que la normativa también lo esté; reflejo de ello sería la incorporación del derecho al olvido como derecho humano en la legislación mexicana lo que impactaría significativamente en la población al alcanzar una protección integral respecto de la información personal que navega por el internet, sobre todo si se considera, de acuerdo con datos del Instituto Nacional de Geografía y Estadística (INEGI, 2021) que el 72% de la población total de México de entre seis años o más son usuarios de internet. La cifra adquiere

entonces relevancia en cuanto a la obligación del Estado de salvaguardar los derechos humanos de todas las personas sin distinción alguna.

2. Impacto Disciplinar

El avance tecnológico delinea una nueva realidad enmarcada por claros desafíos académicos, científicos, sociales y particularmente jurídicos. Luego entonces, este escenario obliga como académicos a repensar nuevos escenarios de protección jurídica e integral que garanticen el ejercicio pleno de los derechos fundamentales. En consecuencia, el impacto que la investigación tendrá para la disciplina del derecho se reflejará propiamente con la propuesta de incorporación del derecho al olvido en la norma secundaria respectiva, lo que al mismo tiempo generará un impacto en la teoría de los derechos humanos al:

- Fundamentar argumentativamente que el derecho al olvido es un derecho humano que debe ser reconocido como tal
- Cimentar las bases de su naturaleza, al distinguirlo del derecho de expresión, de información, y honra, lo cual no quiere decir que no estén relacionados al seguir el principio de interdependencia e invisibilidad, entre otros, que rigen a los derechos humanos

En consecuencia, el área beneficiada directamente es la del derecho público, en concreto los derechos humanos al ampliar el catálogo de los mismos con la incorporación del derecho al olvido en la legislación mexicana.

Delimitación del problema

1. Delimitación temporal.

La investigación está limitada en cuanto al tiempo a la actualidad, esto es, se busca que la investigación tenga una naturaleza transversal y vigente.

2. Delimitación espacial.

La investigación está limitada en cuanto hace al ámbito espacial a México, lo cual no quiere decir que la legislación universal y regional no sea revisada.

3. Delimitación Humana.

La investigación busca abordar una problemática relacionado con los derechos humanos; pero, enfocada en el territorio nacional, luego entonces, la delimitación humana como tal no existe porque los derechos humanos se extienden a cualquiera que pertenezca a la especie humana.

Objetivos de Estudio

General

Proponer el reconocimiento del derecho al olvido como un derecho humano y en consecuencia materializar su incorporación con la reforma a la ley secundaria respectiva

Específicos

1. Identificar los orígenes del derecho al olvido
2. Fundamentar que el derecho al olvido es un derecho humano de cuarta generación
3. Analizar el marco jurídico mexicano en relación con el derecho al olvido

Preguntas de investigación

La pregunta general se construyó de la siguiente forma:

¿Cómo materializar el derecho humano al olvido en el marco jurídico mexicano?

Las preguntas específicas son:

1. ¿Cuáles son los orígenes del derecho al olvido?
2. ¿Por qué el derecho al olvido debe ser considerado un derecho humano?
3. ¿Cómo reconoce el marco jurídico mexicano el derecho al olvido?

Hipótesis

El reconocimiento del derecho al olvido en el marco jurídico interno permitirá materializar una tutela dinámica de los derechos personales de los ciudadanos en México

Esquema de Trabajo

CAPÍTULO 1 Antecedentes del derecho al olvido

CAPÍTULO 2 El derecho a olvido como un Derecho Humano

CAPÍTULO 3 Análisis del marco jurídico

CAPÍTULO 4 Propuesta

CONCLUSIONES

FUENTES DE INFORMACIÓN

Marco Teórico

El abordaje teórico de la investigación se apoya en el derecho internacional de los derechos humanos que consagra una serie de doctrinas, principios e instituciones jurídicas enfocadas a la protección de los individuos y grupos contra violaciones gubernamentales de sus derechos garantizados internacionalmente. En especial es la tradición moderna la que servirá de base para demostrar que el derecho al olvido es un derecho humano de cuarta generación, y por lo tanto debe ser reconocido, protegido y garantizado por los Estados, ya que el avance vertiginoso de la tecnología finca vulnerabilidades para los individuos producto de su uso, con independencia de características como el género, la orientación sexual y origen étnico.

La tradición moderna de los derechos humanos estriba en que los seres humanos poseen derechos internacionalmente garantizados como individuos, no como ciudadanos de un país en particular. En consecuencia, el surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos limitó la soberanía de los gobiernos a favor de las prerrogativas del hombre. Al respecto, Castillo afirma que: “En tanto una materia es objeto de regulación convencional se convierte internacional y deja de formar parte de los asuntos que integra la jurisdicción exclusiva del Estado que se vincula por el tratado, limitando así su soberanía”. La restricción se materializa en obligaciones para los Estados que deben respetar, proteger y realizar al firmar los

tratados. La obligación de respetar significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, o bien limitarlos; en tanto que la obligación de protegerlos exige que los gobiernos impidan abusos de los derechos contra individuos y grupos en especial indefensión, y la obligación de realizarlos implica que los Estados adopten medidas positivas, traducidas en políticas públicas, para facilitar el disfrute de aquellos.

Huelga decir que la protección internacional de los derechos fundamentales se presenta como una consecuencia natural de la calidad inherente de la persona, no es una concesión especial del Estado. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) ha sostenido que no es objeto del derecho internacional de los derechos humanos imponer penas a los autores de la violación, sino amparar a las víctimas y fijar la reparación de los daños causados por los Estados responsables. Con ello se reconoce la responsabilidad internacional de un Estado ante la prevaricación de derechos humanos.

La responsabilidad internacional es una técnica jurídica que exige, no solo la violación de una obligación y un sujeto activo quien la realiza; sino también un sujeto pasivo que recibe la lesión de uno o más de sus derechos, y con relación al cual surgen nuevas relaciones jurídicas que constituyen la responsabilidad internacional. Cabe aclarar que para que un hecho internacionalmente ilícito del Estado resulte en una declaratoria de responsabilidad se requieren de dos elementos constitutivos: un comportamiento consistente en una acción u omisión atribuibles al Estado según el derecho internacional (elemento subjetivo); y la violación de una obligación internacional del Estado resultante de ese comportamiento (elemento objetivo) (Sanjosé, 1992). Estos elementos serán utilizados para demostrar que ante la omisión del reconocimiento del derecho al olvido esto podría generar un caso de responsabilidad internacional para el gobierno mexicano.

Metodología

La naturaleza de la investigación que se desarrolla es la siguiente:

Tipo de investigación	Descripción
Por su tipo	Pura
Por su nivel de profundización	Exploratorio - Argumentativo
Por la manipulación de las variables	No experimental
Por su inferencia	Deductivo
Por el tipo de fuente de información	Documental
Por el tiempo	Transversal

Fuente: elaboración propia

Por lo anterior, la investigación tendrá una naturaleza totalmente pura o teórica, es decir, no se hará intervención ya que el fenómeno que se estudia es relativamente nuevo. Lo anterior, abre paso al nivel de profundización que es precisamente el exploratorio-argumentativo, ya que el derecho al olvido es reconocido como tal en el 2014 gracias a la resolución de un tribunal europeo, y si bien ha tenido eco en algunos países de América Latina (como se verá a lo largo de la investigación) esto ha sido incipiente; luego entonces, la necesidad que la investigación sea exploratoria-argumentativa, en tanto que se buscará, a través de un análisis lógico, sustentar que el derecho al olvido es un derecho humano que debe ser reconocido por el sistema jurídico mexicano.

Cuando se indica que por la manipulación de las variables es no experimental, se debe a la disciplina dominante, que es el derecho; conforme a esta categoría el investigador no puede manipular las variables ya que los valores de las variables son adquiridos de la muestra en su contexto natural.

Por la inferencia, esto es, la forma en la que se llegarán a las conclusiones a partir de determinadas premisas, es el deductivo. El método deductivo parte de lo general para llegar a algo específico; trata de entender el contexto macro, para luego comprender las situaciones particulares. Por ende, considera que la conclusión se

encuentra de antemano en las premisas. Suele considerar el proceso para llegar a una conclusión como una cadena de axiomas.

En cuanto al tipo de fuente de información esta será documental, lo cual incluye además de libros, artículos de revistas científicas, periódicos, documentos, páginas de internet, blogs entre otros. Por otro lado, la investigación en razón del tiempo será transversal, ya que considera un momento único de tiempo, mismo que es el actual, al considerar la vigencia de la norma al ser aplicada en este momento histórico.

La ruta metodológica que se empleará parte, para el capítulo primero, del método descriptivo para conocer el origen del derecho al olvido, sus principales antecedentes y la forma en la que en otros sistemas jurídicos lo han incorporado a sus respectivas normativas. Asimismo, en el capítulo segundo, de utilidad será el método analítico-sintético a fin de descomponer el todo en partes, para finalmente reunirlos de nuevo, lo que permitirá sustentar que el derecho al olvido es un derecho humano que debe ser reconocido, protegido y garantizado por cualquier sistema jurídico, incluido el mexicano.

Finalmente, el método exegético, que consiste en desentrañar el sentido de la ley, permitirá en el capítulo tercero, conocer el alcance de la norma y la intención del legislador con las reformas realizadas a la ley secundaria, para que con ello se obtengan los insumos que permitan la construcción de la propuesta de modificación a la ley con un enfoque sistémico y armonizado con los sistemas universales y regionales.

La técnica de investigación a utilizar en el desarrollo de la tesis será la documental, en razón a su naturaleza, esto es, exploratoria-argumentativa, para lo cual no es requerido técnicas de campo de carácter cualitativo.

Fuentes de Información

- Ayala, T. (2016) Memoria versus olvido: La paradoja de Internet. *UNIVERSUM* 31 (1) pp. 31-44
- Espinoza, M. (2017) El derecho al olvido en la era digital. El caso de Google en España y El Tiempo en Colombia. *Revista de Derecho*. (27), pp. 141-157.
- Fernández, I. (2014) El derecho al olvido en relación con el derecho a la protección de datos personales. México: INFODF.
- Franco, D y Quintanilla, A. (2020). La protección de datos personales y el derecho al olvido en el Perú. A propósito de los estándares internacionales del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos. *Revista de la Facultad de Derecho* (84) pp. 271-414. DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.009>
- García, A. (2015) El derecho al olvido digital de los políticos en el Estado de México: análisis y propuesta desde una perspectiva comparada. *Apuntes Electorales*. 52, pp. 109-147.
- Grupo Parlamentario MORENA (2019) Iniciativa con proyecto de decreto que reforma, adiciona y modifica diversas disposiciones de la ley federal de protección de datos personales en posesión de los particulares, en materia de derecho de olvido. Recuperado de: https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/2/2019-12-03-1/assets/documentos/Inic_Morena_Sen_Monreal_Posesion_Particulares.pdf
- INEGI (2021) En México hay 84.1 millones de usuarios de internet y 88.2 millones de usuarios de teléfonos celulares: ENDUTIH 2020. Recuperado de: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/OtrTemEcon/ENDUTIH_2020.pdf.
- Leturia, F. (2016) 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* 43(1) pp. 91-113.
- Martínez, J.M. (2016) la aplicación del derecho al olvido en España tras la STJUE Google contra AEPD y Mario Costeja. *Revista Boliviana de Derecho* (23), pp. 112-133.

- Mecinas, J.M. (2017) Derecho al olvido. Precisiones con Relación a los derechos humanos. Anuario de Derechos Humanos del Instituto de la Judicatura Federal. Recuperado de: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-judicatura/article/view/35175/32098>
- Moreno, A. (2019). El derecho al olvido digital: una brecha entre Europa y Estados Unidos. Revista Comunicación. 18 (1), pp. 259-276. DOI: <https://doi.org/10.26441/RC18.1-2019-A13>
- Moreno, A. (2020). Los derechos digitales en Europa tras la entrada en vigor del Reglamento de Protección de Datos Personales: un antes y un después para el derecho al olvido digital. Estudios Constitucionales. 18 (2), pp. 121-150.
- García, A. (2015) El derecho al olvido digital de los políticos en el Estado de México: análisis y propuesta desde una perspectiva comparada. Apuntes Electorales. 52, pp. 109-147.
- González, A. (2019). 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 (156), pp. 1449-1475.
- Guerrero, E. (2018) El Derecho al Olvido en México. Recuperado de: https://www.itei.org.mx/v3/micrositios/cdc/wp-content/uploads/2020/04/7_2018_7_guerrero.pdf
- Palos-Sánchez, P., Robina, R. y Cerdá, L.M. (2018) Ética de la reputación online, marca personal y privacidad en el cloud computing: Protección de los usuarios frente al derecho al olvido. Biblos, 71, pp. 19-31. DOI 10.5195/biblos.2018.428
- Pica, R. (2016) el derecho fundamental al olvido en la web y el sistema constitucional chileno. Estudios Constitucionales, 14(1), pp. 309-318.
- Platero, A. (2016) El derecho al olvido en internet. El fenómeno de los motores de búsqueda. Opinión Jurídica, 15(29) pp. 243-260.
- Sanjosé, A. (1992) La protección de los derechos humanos en el ámbito del derecho internacional. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Silberlieb, L. (2016) El Derecho al olvido y la persistencia de la memoria. Información, Cultura y Sociedad. (35) pp. 125-136.

Tafoya, J.G. y Cruz, C.G. (2014) Reflexiones en torno al derecho al olvido. Revista del Instituto Federal de la Defensoría Pública, (18) pp. 79-108. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33500.pdf>

Capítulo Primero

Antecedentes del Derecho al Olvido

Capítulo Primero

Antecedentes del Derecho al Olvido

La única manera de preservar un secreto
es no tener jamás ninguno
Julian Assange

1.1. Nota Introductoria

La memoria puede ser definida de acuerdo con la Real Academia Española (RAE, 2001) como: “1. f. Facultad psíquica por medio de la cual se retiene y recuerda el pasado. 2. f. Recuerdo que se hace o aviso que se da de algo pasado”. Luego entonces, la memoria está ligada a la acción de recordar algo del pasado. Al respecto, Eco (2003) sostiene que la humanidad tiene tres tipos de memorias: la orgánica, es decir, la que yace en el cerebro de la persona; la mineral, aquella conocida gracias a las tablillas de arcilla y los obeliscos, y finalmente la electrónica que emergió con las computadoras. En la categorización que hace Eco se puede percibir la relevancia de preservar una idea, un mensaje, o bien un hecho a través de dibujos, símbolos, escritura, y en la actualidad la tecnología digital, a fin de que sea transmitida de generación en generación.

Así, surgen los primeros museos. El origen de la palabra museo se remonta a los términos *Museiom* y *Pinakothéke*, nombres dados por los griegos y los egipcios a los primeros espacios destinados a la acumulación de conocimientos de la humanidad, cuya principal motivación fue la conservación de objetos para recordar los triunfos o las riquezas de un imperio. Durante la Época Renacentista, el reconocimiento que se le concede al artista y la formación de colecciones privadas fueron fundamentales para que los museos se convirtieran en una institución identificable. Ya a finales del siglo XVIII y a principios del siglo XIX, se concibe la primera idea moderna del museo y no es sino hasta la Revolución Industrial que estos recintos se convierten en lugares públicos y concurridos, al permitir que, en el año de 1815 en Londres, se celebrara por primera vez en el Palacio de Cristal, una

Exposición Internacional del Comercio. Con el auge de estos espacios en Europa, comienza su emulación en Estados Unidos y Latinoamérica, surgiendo así en la segunda mitad del siglo XX una disciplina específica: la museología (Hernández, 2012). De tal forma, que los museos jugaron un papel importante para la conservación de la memoria histórica.

Por otro lado, la Revolución Industrial marco la historia de la humanidad gracias a la utilización de la tecnología que facilitó los procesos de las empresas, e impacto en otros campos como el derecho al generar disposiciones enfocadas en la regulación de las relaciones entre los dueños de producción y el proletariado. David Cannadine clasifica la Revolución Industrial en 4 etapas: a) La primera que inicia a finales del siglo XIX y concluye en los años 20's del siglo XX; b) el segundo periodo inicia en los años 20's y termina en los años 50's; c) el tercero comprende desde años 50's hasta 1974; d) y la última etapa que inicia en 1974 hasta la primera década del siglo XXI (Silvia y Mata, 2005).

Es precisamente en la década de los años 70's cuando se gestan los primeros adelantes tecnológicos al aparecer y desarrollarse las primeras computadoras personales creadas por IBM (International Business Machines), Apple Computers y Microsoft. Empero, es hasta los años 90's cuando realmente comienza la era digital con la *World Wide Web (WWW)* aun cuando, si bien Internet ya existía desde los años 60's¹; la Web permite que cualquier persona que disponga de un ordenador y una conexión a Internet pueda ser un activo usuario de esta tecnología. Para este momento no era más un proyecto secreto de Ministerio de Defensa de los Estados Unidos, sino un da un giro total al utilizar el "Lenguaje de marcas de hipertexto", que se basa en los conceptos de *hipertexto* e *hipervínculos* propuestos por Theodor Holmes Nelson en 1965 (Ayala, 2016).

¹ En un inicio era parte del proyecto ARPANET (Advanced Research Projects Agency Network), también Cerf ya había creado el Protocolo de Internet y el Protocolo de Transmisión² (TCP).

La Web se convirtió en la más grande biblioteca virtual y el mayor repositorio de documentos que hasta entonces había conocido la humanidad; surge “la memoria perene”. La cantidad de información que se almacena y circula en el ciberespacio no puede ser cuantificable. De facto, “esta es la esencia de la Web: ser la memoria externa de la humanidad, la suma de infinitas memorias individuales y colectivas...” (Ayala, 2016, p. 5).

El acceso a la información que en otros siglos era privilegio de una elite —cabe recordar las bibliotecas míticas como la de Alejandría, o bien, los conventos medievales custodiados monjes—, cambio con la aparición de la Web. El internet se convirtió en la llave que abrió las puertas a un mundo de información accesible para cualquier persona que tenga la posibilidad de usar una computadora. De esta manera, la web rompió con el esquema clasista establecido en otras épocas en donde el conocimiento era dado solo para algunos, gracias a tres premisas: tiempo, lugar e individuo, esto es, un acceso a un número ilimitado de documentos en cualquier momento, desde cualquier lugar, y por cualquier individuo, con lo cual se inaugura lo que actualmente se llama “sociedad del conocimiento”.

Si bien, el internet permitió sociabilizar la información y el conocimiento, también permitió la inclusión de un número infinito de usuarios quienes pueden interactuar en la virtualidad. Para Mayans (2003), en el ciberespacio las lógicas basadas en lo físico no son válidas; es una dimensión más accesible económicamente que otros canales de difusión e información, lo cual hace posible que puedan ser millones sus “habitantes”.

Pero, ¿Qué es el ciberespacio? Pierre Lévy (2007) lo define como “el espacio de comunicación abierta por la interconexión mundial de los ordenadores y de las memorias informáticas” (p. 70). Scolari (2008) afirma que el ciberespacio se concibe, desde los años 90, no solo como el lugar de las comunicaciones, “sino también un generador de discursos, un espacio enunciativo donde una variedad de intereses declama sus orígenes, mitos y tendencias futuras” (p. 137). Con lo anterior

se afirmar que el ciberespacio es: el espacio de comunicación e interrelación entre personas que se produce gracias a una computadora u ordenador en tiempo real.

La comunicación entre las personas a través de la WWW, es otro factor característico que se suman al almacenamiento de la información.

En sus inicios, la única herramienta comunicativa en Internet fue el correo electrónico, creado en 1965... Posteriormente, los grupos, foros y Messenger entre 1999 y 2013 fue la aplicación favorita de millones de usuarios, pues permitía la comunicación directa a través del chat. Pero la verdadera revolución en las comunicaciones la constituye la creación en 2004 de la red social *Facebook*, en tanto que en 2005 se crea *YouTube*, el principal sitio para compartir vídeos y, posteriormente, en 2006, *Twitter*, servicio de *microblogging*, que se ha convertido en una de las aplicaciones más utilizadas de la Web... (Ayala, 2016, p. 7)

De tal forma, que el WWW se convirtió no solo en el mayor repositorio de información, sino en la mayor herramienta de comunicación entre las personas derivado de las redes sociales con el intercambio de mensajes, imágenes, videos, ideas. Ello, ha generado que la línea delgada entre lo público y lo privado se desdibuje, porque los propios usuarios exponen su vida, sus costumbres, sus gustos, sus relaciones, y hasta sus opiniones políticas en la arena digital, a la cual todos tienen acceso.

Tanto las personas de a pie como los personajes públicos, llámese artistas o políticos, publican muchas cosas que en un primer momento podrían considerarse personales; pero, desde que son subidos a la WWW dejan de serlo, al existir una clara tendencia hacia el exhibicionismo y al deseo incontrolable de compartir sus vidas a través de Internet y convertirse, de alguna manera, en alguien "famoso".

Sin embargo, toda acción tiene un efecto, y precisamente ese intercambio de datos, en ocasiones involuntario, tiene también una consecuencia. Slavoj Žižek (2008)

sostiene que el impacto social del ciberespacio no deriva directamente de la tecnología, sino de la red de relaciones sociales y “la materialidad misma del ciberespacio genera automáticamente la ilusión de un espacio abstracto, con un intercambio ‘libre de fricción’ en el cual se borra la particularidad de la posición social de los participantes” (p. 153).

Para Salarelli (2014), la consecuencia inmediata de la nueva cultura creada a raíz del ciberespacio radica en la avalancha de información permanente sobre el pasado de una persona lo cual puede limitar seriamente su actuar con plena libertad, y cuyo futuro está fuertemente condicionado por las huellas del pasado. Este condicionamiento, según Salarelli constituye el mayor peligro en el uso de la red, cabe recordar que en la WWW navegan millones de datos, muchos de los cuales no pueden ser borrados.

Si bien, las personas no son obligadas a subir información, al hacerlo, muchas veces de manera voluntaria y otras de forma involuntaria a través de terceros, se produce una pérdida del espacio privado, sin que el sujeto sea consciente del efecto que puede producir la sobreexposición de su vida en la red. De aquí la importancia de contar con la posibilidad de que cierta información pueda ser susceptible de ser borrada de la Web cuando el usuario lo estimen conveniente, con independencia de cuál sea la razón. Esto es, lo que actualmente se le conoce como derecho al olvido; pero, para comprender a profundidad este derecho en cuanto a su alcance, el bien que protege, su naturaleza, entre otros elementos, es menester remontarse a sus antecedentes. Para tal fin, este capítulo primero tiene como propósito central indagar sobre los orígenes del derecho al olvido tanto en Europa, concretamente en Francia, Alemania, Italia y España, como en América, en particular EEUU, Chile, Argentina, Perú, Colombia, y por supuesto México.

1.2. Antecedentes del Derecho al olvido en Europa

El derecho al olvido, también llamado derecho de supresión, tiene su antecedente en el viejo continente. Se encuentran antecedentes en Francia, Alemania, e Italia por mencionar algunos; no obstante, es España en donde se empieza a configurar el derecho al olvido como lo conoces hoy día, derivado de un caso emblemático a partir del cual se conforman directrices que han sido parcialmente adoptadas por otros países. En este sentido, la selección de los Estados para su inclusión en este estudio se hizo en función de la existencia de antecedentes y su importancia para la construcción de este derecho en la actualidad.

1.2.1. Francia

Es quizá el país de Europa donde la protección de la privacidad frente a la libertad de expresión alcanza su mayor esplendor, al considerar el elemento temporal como relevante en la protección de la intimidad de las personas en numerosos casos (Leturia, 2016). El ejemplo más claro, es la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Sena, del 4 de octubre de 1965, pionera al reconocer el derecho de los ciudadanos a tener una segunda oportunidad. Se habla de la resolución a la demanda presentada por una de las amantes del famoso asesino en serie Henri Landrú, por haber sido representada en una película después de haber transcurrido muchos años desde que concluyó su relación sentimental (Moreno, 2020). La demanda se basó en que correspondía a un periodo muy antiguo y dramático de su vida privada, que quería dejar atrás. Sin embargo, el Tribunal francés rechazó la demanda, ya que la actora había publicitado su relación con el asesino Landrú. De esta manera, se comienza a hablar del *droit a l'oublie*, sembrándose los orígenes en Europa (Moreno, 2019).

Otro caso, con el mismo criterio utilizado por el Tribunal de Sena, fue el del Tribunal de Gran Instancia de París, del 6 de diciembre de 1979; en el cual la ex-pareja de Mesrine, alegaba que la publicación de la autobiografía del famoso delincuente perjudicaba la reinserción social que había logrado (Moreno, 2020). Un ejemplo más es el caso Filipacchi et Cogedipresse de 1983, en el que también se defendió que las personas privadas que se hayan visto involucradas en acontecimientos públicos,

pueden reivindicar el derecho al olvido cuando dicha información ya no tenga interés para la conformación de la opinión pública. Esto debido a que el recuerdo de esos acontecimientos, cuando **no esté fundado en necesidades históricas o si su naturaleza es tal que puede herir su sensibilidad, no se puede considerar legítimo**² (Moreno, 2020).

Más recientemente, en marzo de 2011, el Tribunal de Montpellier reconoció el derecho al olvido frente a Google, derivado de una demanda presentada en 2008 por una profesora, quien descubrió que cuando introducía en el buscador de Google el término “Escuela de Laetitia”, aparecían enlaces de un video pornográfico amateur, que había realizado voluntariamente cuando tenía 18 años, y en donde se le calificaba como “actriz porno” (García, 2015).

La demandante, que en el pasado había grabado escenas pornográficas bajo el seudónimo de “L”, al encontrar vinculado su nombre y apellidos en el buscador, solicitó al productor de la película, al editor del sitio web, y a Google Inc. su eliminación, obteniendo una respuesta negativa, por lo que recurrió a los tribunales a fin de lograr la desindexación referida (Google, condenada en Francia a retirar enlaces a un video pornográfico de una profesora, 2011).

La profesora al considerar que se trataba de un atentado a su vida privada y un tratamiento ilícito de sus datos personales que provocaría un notable perjuicio a su imagen si sus familiares, amigos y alumnos accedían a dicho episodio de su pasado decidió acudir al Tribunal. El 15 de febrero de 2012, el Tribunal de París dictó la sentencia correspondiente tras constatar que existía una vinculación del nombre y apellidos con enlaces pornográficos en el motor de búsqueda, por lo que declaró que dicha indexación constituiría un acto ilícito atentatorio contra la vida privada, causante de potenciales daños en la vida profesional de la afectada y una vulneración del derecho de oposición legalmente reconocido. En atención a lo anterior el Tribunal además de multar a Google por los daños y perjuicios causados

² Negritas propias.

a la demandante, ordenó la desindexación del buscador, esto es, la eliminación de todos los resultados de búsqueda (Google, condenada en Francia a retirar enlaces a un video pornográfico de una profesora, 2011).

Resulta interesante también el caso originado por la inclusión, en un juego de mesa tipo “trivia”, de una pregunta sobre el nombre del médico que en su juventud había sido sorprendido robando un banco. La justicia acogió la petición de prohibición de venta y retiro del juego; rechazó el argumento de que los hechos ya publicados o los asuntos judiciales fueran por sí mismos noticiables en forma indefinida, agregando que el tiempo transcurrido había quitado el interés público a los hechos, por lo que ya no existía una necesidad social de contar con información sobre ellos (Leturia, 2016).

Todas las litis presentadas son tan solo algunos ejemplos de la importante y sólida jurisprudencia que se ha sentado en Francia relativa al olvido, particularmente, en el caso de informaciones personales de personas privadas que se han convertido en irrelevantes debido al paso del tiempo, por lo que sus protagonistas tienen derecho a volver a comenzar. De forma muy prematura, el país galo emitió la Ley 78-17, el 6 de enero de 1978, que regulaba la libertad del tratamiento de informaciones personales, que incluía el derecho al olvido digital. En consonancia, la *Commission Nationale de l'Informatique et les Libertés* también reconoció de forma expresa la existencia del derecho al olvido, con una amplia interpretación de lo que comprende el solicitar una segunda oportunidad (Moreno, 2020).

1.2.2. Alemania

Alemania es pionera para comprender el impacto de la tecnología en la privacidad de las personas respecto al tratamiento de su información gracias a la famosa sentencia relacionada con la Ley del Censo resuelta por el Tribunal Constitucional Alemán el 15 de diciembre de 1983, en donde se pone de manifiesto lo siguiente:

Han cambiado los presupuestos técnicos de la recogida y elaboración de datos ... En virtud de esta evolución de los condicionamientos tecnológicos,

es posible producir una imagen total y pormenorizada de la persona respectiva —un perfil de la personalidad—, incluso en el ámbito de su intimidad, convirtiendo así al ciudadano en un hombre de cristal. (Daranas citado en García, 2015)

De esta manera, el Tribunal germano considero que: “Las limitaciones de este derecho a la ‘autodeterminación informativa’ solo son admisibles en el marco de un interés general superior y necesitan de un fundamento legal basado en la Constitución” (Daranas, 1984, p. 2).

A fin de comprender la trascendencia de la sentencia, es necesario mencionar que el gobierno alemán basado en su Ley del Censo de Población de 1983 aprobado en Bundestag el 4 de marzo de 1982, pretendió elaborar un censo que incorporaba numerosos datos, lo que dio origen a un recurso de amparo promovido por parte de la abogada Wild y la señorita Stadler-Euler, quienes ante la inconsistente actitud del gobierno alemán —ya que por un lado ocultaba información relativa a la localización de misiles, y por el otro lado, iniciaba una gigantesca operación censal en la cual se exigía del ciudadano información personal exhaustiva— consideraron que el uso de la información personal en manos de los poderes públicos podría constituir un peligro y un atentado contra derechos protegidos por la Ley de Bonn como: derecho al libre desenvolvimiento personalidad y a la dignidad humana, libertad de expresión, y garantías procesales.

El recurso fue presentado el 5 de marzo de 1983 dictándose de inmediato una sentencia cautelar del Tribunal Constitucional que consideraba que existían fundamentos para la suspensión provisional de la ley hasta en tanto se dictaba la resolución de fondo, misma que se produjo el 15 de diciembre de 1983. La sentencia anulaba parcialmente la ley impugnada (Daranas, 1984).

En palabras de Schwabe (2009) la impugnación a la Ley del Censo reflejó la conciencia de la gente sobre los peligros que implicaba la evolución tecnológica,

esto es, “el ‘miedo’ a un ‘Estado superinformado’ y a convertirse en ‘hombre de cristal’” (p. 95). La recogida incontrolada de datos personales y su posible difusión eran los dos factores principales para brindar una protección mayor a la ciudadanía, posible solo a través de la “*autodeterminación informativa*”, es decir, del “derecho que tienen los ciudadanos para conocer quiénes, cuándo y en qué circunstancia saben qué sobre ellos” (Schwabe, 2009, p. 96).

En el marco de la sentencia en comento, el Tribunal Alemán, a fin de evitar futuros conflictos, definió los elementos que formarían parte de ese derecho, entre los que se encuentran:

- a) Los peligros que suponen el tratamiento automatizado de los datos personales.
- b) La participación del sujeto en la sociedad.
- c) La necesidad de establecer unas limitaciones, un fundamento legal.
- d) La justificación de las injerencias, mismas que deben atender al “interés general”.
- e) La inexistencia de “datos sin relevancia”.
- f) El establecimiento del principio de finalidad.
- g) El establecimiento, por parte del legislador, de un sistema de protección y control (Arenas, 2006, pp. 396-403).

Por otro lado, un derecho no puede ser absoluto, es decir, no puede ser entendido sin una o varias limitaciones, las cuales “necesitan... un fundamento legal, del que se deduzcan con suficiente claridad y modo inteligible para el ciudadano los supuestos y el ámbito de las limitaciones y que respondan, por lo tanto, al imperativo de certeza inherente al Estado de Derecho” (Arenas, 2006, p. 399). Luego entonces, como todo derecho encuentra su limitación en el “interés colectivo” ante el cual el juzgador debe considerar que los derechos fundamentales “sólo pueden ser restringidos por el poder público en tanto esto sea indispensable para la salvaguarda del interés general” (Arenas, 2006, p. 400). En consecuencia, todo individuo acepta las limitaciones a sus derechos en aras del interés común.

En otro orden de ideas, es de destacar la postura del Tribunal germano respecto a la relevancia del dato, esto es:

... un dato carente en sí mismo de interés puede cobrar un nuevo valor, y en esta medida ya no existe, en las condiciones del tratamiento automatizado de datos, ningún dato “sin interés”. Que los datos sean más o menos relevantes ya no depende sólo de si se refieren a los aspectos íntimos. Para valorar la trascendencia de un dato desde el punto de vista del libre desarrollo de la personalidad hace falta más bien conocer la utilización que se hará del mismo. [Es decir,] ese dato puede (especialmente en los sistemas integrados de información) ponerse en conexión con otros datos y dibujar un perfil de personalidad..., sin que el interesado pueda controlar suficientemente su exactitud y su utilización. (Arenas, 2006, p. 401)

Huelga decir que, a consideración del órgano jurisdiccional alemán un dato adquiere importancia a través del tratamiento automatizado que se le otorgue, al grado de configurar el perfil de una persona, que es lo resulta realmente peligroso. Otro argumento a destacar del Tribunal alemán es el siguiente:

... no es posible tomar como referencia única la clase de datos. Lo decisivo es la utilidad y las posibilidades de utilización de los mismos, los cuales dependen... de la finalidad para la que son recogidos, y, por otra, de las posibilidades de tratar y conectar esos datos que ofrecen las tecnologías informáticas... a la vista de los peligros del tratamiento automatizado de datos resulta imprescindible una protección contra todo uso diferente de aquél para el que se recogieron los datos mediante determinadas prohibiciones de cesión y utilización... son también esenciales como medida de garantía del tipo jurídico-procesal las obligaciones de información y de cancelación. (Arenas, 2006, p. 402)

Lo anterior cobra importancia en función de la consideración de que los datos solo pueden ser utilizados para el propósito para el cual fueron recabados, *contrario sensu*, entre más posibilidades puedan existir para su uso, más peligroso se vuelve el proceso de su tratamiento. Esto tiene que ver con lo que actualmente se conoce como principio de finalidad.

Finalmente, la protección a la libre autodeterminación de la información en la que se basó el Tribunal para juzgar a procedencia o no de la ley, es plasmada por su legislador en su Ley Fundamental, concretamente en el artículo 2.1 bajo la fórmula del derecho a la vida privada, que dice:

Artikel 2

(1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.³

1.2.3. Italia

El caso más relevante en Italia es el que involucra a un personaje de la vida política de ese país. Los hechos son los siguientes:

Corriere della Sera publicó, en su edición de 22 de abril de 1993, un artículo en el que se informaba de la detención del demandante, un político local del Partido Socialista Italiano, acusado de un delito de corrupción. Tras el desarrollo del proceso judicial, la sentencia finalmente le absolvió. El periódico, tras la publicación de la noticia, la volcó en el archivo digital. En él, sin embargo, no consta ninguna noticia sobre la absolución posterior del demandante. Presentada la reclamación ante la autoridad nacional de protección de datos, esta declaró que prevalecía la libertad de expresión por tratarse de un personaje público, y que la información sobre su absolución podía encontrarse en otras fuentes en la red. Este

³ Traducción: "Artículo 2 (1) Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral"

pronunciamiento fue ratificado posteriormente por los tribunales. (García, 2015)

La Corte de Casación en su sentencia 5525/2012, del 5 de abril de 2012, parte de la premisa del reconocimiento del derecho al olvido, que define como:

... el derecho a que no se reproduzcan noticias que por el transcurso del tiempo han sido olvidadas o han perdido actualidad y, por tanto, interés para la opinión pública... de modo que su tratamiento informático ya no resulta justificado y sí, en cambio, susceptible de impedir el normal disfrute de la propia identidad personal, en su dimensión social... y acabar por tergiversar su propia imagen en el momento histórico presente. (Véase: Casino, 2012, y Mantelero, 2012)

Con lo anterior, se afirma que las noticias en internet constituyen *per se* un tratamiento de datos los cuales deben preservar la exactitud, esto es, debe garantizarse que “han sido debidamente actualizados a la luz de la evolución posterior de los hechos relatados en la noticia original” (Mieres, 2014, p. 34). El garantizar la exactitud de los datos tiene una doble naturaleza, por un lado garantizar el derecho del afectado por la noticia, y por el otro garantizar el derecho de los ciudadanos de recibir una información completa y correcta. De este modo, el Tribunal concluye que el periódico tiene el deber de: “remedar la veracidad de la noticia inicial, perdida parcialmente como consecuencia de la evolución de los acontecimientos [...]. Mediante la integración de la misma con las sucesivas y nuevas noticias producidas con posterioridad a los hechos narrados” (Mieres, 2014, p. 35). La concreta técnica que deba emplear el periódico para cumplir con ese deber de actualización no se precisa en la sentencia, sino que se deja en manos de los responsables editoriales.

Esta doctrina jurisprudencial ha sido acogida por el *Garante per la Protezione dei Dati Personali* en las resoluciones 31/2013, del 24 de enero, y 341/2013, del 4 de julio. En ambas acuerda que la empresa editora del periódico (en ambos casos La

Repubblica) disponga, en el archivo histórico en línea, de un sistema para indicar la existencia de actualizaciones de la nota relativa al recurrente (Mieres, 2014, p. 35). En otras palabras, se estableció la obligación para los diarios de insertar no una rectificación a la noticia sobre la imputabilidad de un político en un caso de corrupción, sino una *adenda* a esta noticia que clarificara el resultado absolutorio de la causa penal.

Es preciso señalar que en la sentencia de la Corte de Casación rechazó la petición del demandante de que la noticia fuera desindexada por el *webmaster* de la página del periódico, con el fin de que no fuera rastreable por los motores de búsqueda. Esta pretensión de limitar el grado de difusión de la noticia haciéndola invisible para los buscadores no fue acogida por el Tribunal, con base en el argumento de que el afectado mantenía la condición de personaje público al conservar su condición ante la posibilidad de ser candidato en las próximas elecciones (Mieres, 2014, p. 35).

Derivado de la jurisprudencia italiana se puede determinar supuestos de colisión entre el derecho al olvido y el mantenimiento de noticias pasadas en las hemerotecas digitales:

- a) No procede el borrado de la noticia que en su día fue publicada lícitamente.
- b) El medio de comunicación tiene un deber de actualización o contextualización de las noticias que, por el paso del tiempo, devienen incorrectas o incompletas, lesionando los derechos de los afectados.
- c) Reducir el grado de accesibilidad de la noticia impidiendo su indexación no procede en el caso de que el afectado sea un personaje público, pero la invisibilidad de la información para los motores de búsqueda puede ser un remedio adecuado si el afectado es una persona privada vinculada, a un suceso de trascendencia pública sobre el que se informó. (Mieres, 2014, p. 36).

La sentencia 5525/2012 de la Corte de Casación italiana ha sido calificada por la doctrina como un *leading case* para la protección de datos personales en Internet (Véase Casino, 2012), ya que a partir de la misma se da un paso adelante al aportar soluciones innovadoras acordes con el momento histórico y tecnológico por el que deben de transitar los políticos.

1.2.4. España

La primera vez que se habló del derecho al olvido en España fue en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) del 13 de mayo de 2014. En ese momento, el TJUE resolvió el caso de un ciudadano español en contra de Google por el tratamiento de sus datos mediante el buscador, de acuerdo con la entonces Directiva 95/46 sobre protección de datos, que vino a representar el *leading case* del derecho al olvido en Internet (González, 2019).

El caso del cual se habla es el del empresario catalán, Mario Costeja González, quien en 1997, mientras desarrollaba sus actividades empresariales, dejó de pagar las cuotas a la Seguridad Social, lo que generó deudas con aquella institución. Para saldar los adeudos, sus inmuebles fueron embargados (Espinoza, 2017). En 1998 el Diario La Vanguardia publicó, por orden de la Tesorería de la Seguridad Social, dos anuncios sobre el remate de inmuebles de Costeja, a fin de conseguir la mayor concurrencia de licitadores al dar máxima publicidad al acto. La publicación, prevista por Ley, era indudablemente incómoda para el interesado, pero plenamente legal e idónea para la subasta (Martínez, 2017). Acto seguido, se continuó con el proceso legal hasta su finalización.

El problema surgió progresivamente, cuando la subasta se torna cosa del pasado y los anuncios publicados en el periódico –una vez digitalizada la hemeroteca del periódico– son indexados por Google y ofrecidos en la lista de resultados para las búsquedas asociadas al nombre del empresario (Martínez, 2017). De tal forma que, casi dos décadas después del acontecimiento, cuando una persona introducía el nombre de Costeja en el motor de búsqueda de Google obtenía como resultado

vínculos hacia dos páginas del periódico *La Vanguardia* en las que figuraba el anuncio de la subasta (Espinoza, 2017). El *quid* del debate sobre el derecho al olvido es el carácter perene de la información que en su momento fue veraz y de interés público, pero que con el paso del tiempo deja de serlo. La memoria de la Web y el poder de los buscadores impiden que la información se olvide.

Por lo anterior, el señor Costeja solicitó tanto a *La Vanguardia* como a Google que retiraran de Internet el contenido y los enlaces, a fin de preservar su honor y la protección de sus datos en la red; sin embargo, ambos se negaron. Luego entonces, en el año 2010, Costeja presentó un reclamo ante la Agencia Española de Protección de Datos Personales (AEDP)⁴ en contra del periódico *La Vanguardia*, Google Inc., y Google España ya que consideraba que la noticia ya no tenía interés público en la actualidad y que la indexación de su nombre le impedía que pudiera volver a tener una segunda oportunidad (Moreno, 2019).

El reclamo se sostenía en el argumento de que tanto el periódico como Google violan la Directiva 95/46 de protección de datos personales, por lo que se pedía dos cosas:

1. Que *La Vanguardia* eliminará o modificará la publicación, de tal manera que no apareciesen los datos de Costeja, o que se utilizaran las herramientas facilitadas por los motores de búsqueda para proteger dichos datos⁵.
2. Que Google España o Google Inc. eliminaran u ocultaran los datos personales para que el nombre no se ligue con los enlaces de *La Vanguardia* (Espinoza, 2017).

⁴ Es un organismo de carácter administrativo encargado de decidir en cada uno de los casos la pertinencia respecto a si se debe estimar la petición de desindexación de la información o no. En caso de que el ciudadano no se muestre de acuerdo, puede acudir a la vía judicial para que los respectivos tribunales decidan sobre esta cuestión.

⁵ Los editores de internet (periódicos, blogs) pueden utilizar herramientas como "robots.txt", que sirven para no indexar en los buscadores de internet cierta información que publican en sus páginas. De esta manera, el internauta solo puede acceder a esa información si va directamente a la página de internet, pero ya no a través de los motores de búsqueda.

La AEDP desestimó el reclamo en contra de *La Vanguardia*, pues consideró que la publicación tenía una justificación legal al haber sido ordenada por el Estado para llevar a cabo una subasta. En cambio, aceptó el reclamo en contra de Google al considerar que los motores de búsqueda son responsables del tratamiento de datos personales y, como tales, están sometidos a la normativa en materia de protección de datos, en especial la Directiva 95/46, que regula el uso y almacenamiento de datos personales en los países de la Unión Europea (Espinoza, 2017).

La AEDP ordenó la eliminación de los datos de Costeja de los motores de búsqueda de Google. Por su parte, Google España y Google Inc. interpusieron un recurso de apelación frente a dicha decisión ante la Audiencia Nacional, la cual a su vez suspendió el procedimiento y antes de resolver sobre el fondo del asunto solicitó una interpretación al TJUE sobre una serie de cuestiones prejudiciales relacionadas con los artículos 2.b y 2.d;7 y los artículos 128 y 14,9 de la Directiva 95/46 (Espinoza, 2017). En esencia, la *litis* se basó en saber si Google estaba obligada a borrar de Internet todos los datos referidos al mencionado embargo, los que se recuperaban a través de sus motores de búsqueda, al pertenecer la información al pasado de la vida privada del ciudadano.

El TJUE en su resolución respectiva señaló, entre otras cuestiones:

- a) Sí le aplica a Google la norma europea, porque no obstante tener su sede en Estados Unidos, tiene una filial en España.
- b) Google sí hace un tratamiento de datos personales con la actividad de su motor de búsqueda y el gestor del motor de búsqueda debe considerarse responsable de su tratamiento; y pueden afectarse los derechos fundamentales de respeto a la vida privada y protección de datos personales, los que el gestor de ese motor, como persona que determina los fines y los medios de esa actividad, debe garantizar, en el marco de sus responsabilidades, de sus competencias y de sus posibilidades en términos de la Directiva 95/46.

c) Prevalen los derechos a la intimidad y a la privacidad, así como a la protección de datos personales, frente al interés económico del gestor de búsqueda. Los ciudadanos europeos, con base en los derechos de cancelación y oposición, pueden solicitar que Google retire la información que les afecte de los resultados de la búsqueda y se determina que también debe retirarla de los enlaces de las páginas web de terceros; y señala que tal no sería el caso si resultara, por razones concretas, como el papel desempeñado por el interesado en la vida pública, que la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderantemente de dicho público en tener, a raíz de esa inclusión, acceso a la información de que se trate (Tafoya y Cruz, 2014).

En otras palabras, el TJUE concluyó que los ciudadanos están facultados para solicitar la eliminación de datos personales contenidos en la red, cuando su tratamiento sea ilegítimo, esto es, que sea inadecuado, impertinente o excesivo en relación con los fines y el tiempo transcurrido. De esta manera, se pronunció a favor del ciudadano Costeja y en contra de Google exigiéndole la desindexación de la información. La información del embargo sigue accesible en el universo virtual cuando es buscada a través de parámetros diferentes al nombre de Costeja; por lo tanto, la información no quedó suprimida de la fuente original. La única consecuencia práctica, es que el dato quedó desvinculado del nombre cuando se realiza una búsqueda. Con ello se buscó guardar un equilibrio entre el derecho al olvido y el derecho a la información.

Luego entonces, los motores de búsqueda realizan un tratamiento de datos que queda sometido a las normas sobre protección de datos que rigen en la Unión Europea. Esto implica que las personas tienen el derecho a solicitar que los enlaces a sus datos personales no figuren en los resultados de una búsqueda de internet cuando se realiza por nombre. Así, se reconoce, el derecho al olvido digital. No obstante, de dicho reconocimiento cabe advertir dos cosas:

1. La sentencia se refiere solo a los resultados obtenidos en motores de búsqueda tras teclear el nombre de una persona determinada; no implica, que la página donde aparece el dato desaparezca ni que la información quede suprimida de la fuente original.

2. Se reconoce que la información podrá ser eliminada si “es inadecuada, no es pertinente, o ya no lo es, o es excesiva en relación con los fines del tratamiento en cuestión realizado por el motor de búsqueda” (Moreno, 2020). No obstante, esto no será siempre así, en particular cuando se trate de una persona pública o bien, la información fuera de interés público, porque entonces el derecho a la información prevalecería sobre el derecho al olvido.

Finalmente, el procedimiento prejudicial promovido por Costeja culminó con la emisión de la sentencia del 13 de mayo de 2014, en donde se destaca el señalamiento de que los motores de búsqueda realizan tratamiento de datos y asumen la categoría de responsables del tratamiento, en la medida en que deciden sus fines y sus medios, y reconoce que los derechos de cancelación y oposición invocados por el titular de los datos personales prevalecen, en principio, sobre los intereses económicos del gestor del motor de búsqueda y sobre el interés público (Guerrero, 2018).

Otro caso en España que aporta nuevos tintes a su jurisprudencia es la sentencia número 364/2014 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Este proceso empezó con una solicitud de tutela por parte del reclamante para eliminar información accesible a través de los buscadores de Google relativa a actos cometidos hace más de 12 años, y que ahora pertenecían al pasado del individuo. Con la sentencia se otorga la razón al actor y se obliga a Google a eliminar los enlaces que se encontraban relacionados con ese hecho del pasado; sin embargo, lo novedoso de la resolución es que se reconoce que el daño ocasionado por Google es indemnizable, algo que no había considerado el TJUE, y tampoco se encuentra previsto en la normativa, como indica el propio Tribunal, “el incumplimiento de la

normativa de protección de datos no implica automáticamente un daño o lesión indemnizable del afectado”. No obstante, la Audiencia condenó a Google a indemnizar al reclamante con la cantidad de 8000 euros por daños morales hacia su persona (Platero, 2015).

Con los casos mencionados el Tribunal Español comenzaría a formular su propia doctrina jurisprudencial respecto del derecho a la protección de datos personales como un derecho autónomo e independiente del derecho a la intimidad; lo que se resume en los siguientes argumentos:

el contenido del Derecho Fundamental a la protección de datos personales consiste en un poder de disposición y control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del Derecho Fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder de oponerse a esa posesión y usos (García, 2015, p. 13)

1.3. Antecedentes del Derecho al olvido en América

A raíz de la resolución del TJUE y de la jurisprudencia española, el derecho al olvido es recogido por algunos Estados de América e incorporado a su *corpus* jurídico con ciertas particularidades; es el caso de Estados Unidos (EEUU), Chile, Argentina,

Perú, y Colombia. En el caso de México si bien se han tenido antecedentes de casos litigiosos, esto no quiere decir que el derecho al olvido como tal sea reconocido plenamente como un derecho humano autónomo. En este sentido, el objetivo de este rubro es analizar como otros países de la región han incorporado el derecho al olvido en sus legislaciones, y los diferentes matices que han hecho identificable o no dicho derecho de otros, como el derecho a la protección de datos. En consecuencia, la selección de los Estados se realizó en atención a la existencia de antecedentes por ser un derecho relativamente nuevo.

1.3.1. EEUU

El derecho al olvido encuentra sus líneas definitorias en la publicación del artículo de Warren y Brandeis, quienes sientan las bases de un verdadero derecho a la intimidad, al mostrar al mundo una nueva concepción respecto de su significación jurídica y social, con la noción de que, para resolver una posible colisión entre privacidad e información, hay que tener presente que la garantía de la intimidad no es un impedimento para que toda la información de interés público pueda ser difundida (Moreno, 2019). Así, se abre el camino para que en los años 30's aparecieran los primeros casos en que los ciudadanos no solamente reclaman su privacidad, sino también el olvido.

El Caso Melvin v. Reid de 1931 es el más relevante. Todo comenzó en 1918, cuando Gabrielle Darley, prostituta de profesión, inició una relación amorosa con el deportista Leonard Tropp. Tras un tiempo de noviazgo, ella le dio dinero para que le comprase un anillo de bodas, sin saber que, en realidad, él planeaba casarse con otra mujer a la que le regaló la mencionada sortija que había comprado con el dinero de Gabrielle. A raíz de estos hechos, Gabrielle invadida por el enojo le dispara a su amado en la calle, y muere. En el juicio, ella es declarada inocente, debido a que convenció al jurado de que el revólver se disparó accidentalmente (Moreno, 2019).

Años más tarde, Adela Rogers, hija de Leonard, escribió una historia, "The Red Kimono", en la cual contaba los hechos ocurridos con su padre sin reservarse los

nombres reales de los protagonistas. La historia fue llevada al cine en 1927. Como consecuencia, Gabrielle Darley demandó a Adela Rogers por invasión de su derecho a la privacidad, ya que ella había rehecho su vida y clamaba por una segunda oportunidad. La Corte de California consideró que los hechos habían producido una violación en la privacidad de la señora Darley, y que las personas deben tener derecho a olvidar y a ser perdonadas (Moreno, 2020).

Este se convirtió en uno de los casos más emblemáticos de EEUU, previo a la era digital, por el reconocimiento judicial del derecho a tener una segunda oportunidad, es decir, un derecho al olvido, donde olvidar los hechos del pasado cuando ya no tienen relevancia para la conformación de la opinión pública del presente, se convierte en una segunda oportunidad (Friedman, 2007). El pilar en este caso fue el resguardar el delicado equilibrio entre el derecho a la personalidad y el derecho a la información.

Otro caso importante, fue el de la familia Hill secuestrada en su casa en 1952 por tres criminales convictos. A raíz de estos hechos, el matrimonio y sus cinco hijos se mudaron de Pennsylvania con objeto de volver a tener una vida de anonimato. Sin embargo, la revista Time publicó un reportaje sobre el caso, debido a que también se había creado una obra de teatro en Broadway con el nombre “The Desperate Hours”, adaptación del libro escrito por Joseph Haye. En este asunto, conocido como *Time Inc. v. Hill* de 1967, la tendencia fue revertida, al empezar a hablar de “figuras públicas involuntarias”. La Corte Suprema entendió que no había violación en la privacidad de la familia Hill, sentando el criterio jurisprudencial de la figura pública involuntaria por su implicación en hechos noticiosos, y provocando que, a partir de este momento, en EEUU, no haya olvido para ninguna persona sin importar la situación (Moreno, 2020).

De esta forma, el Tribunal al ponderar el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de expresión, otorgó mayor peso al último sobre la base de que la Primera

Enmienda no estaba destinada a proteger únicamente la expresión política o el comentario de asuntos públicos, sino también la información noticiosa.

Sin embargo, la postura dominante en el sistema de EEUU fue adoptada con el caso *Briscoe v. Reader's Digest Assoc Inc.*, de 1971, que en realidad ratifica la postura del órgano jurisdiccional en el caso *Time Inc. v. Hill*. En el asunto en cuestión, el señor Briscoe demandó a la revista Reader's Digest por publicar un reportaje sobre su pasado criminal; la Corte de Apelaciones de California favoreció al actor. Empero, el Máximo Tribunal estadounidense revirtió esta sentencia al considerar legítima la publicidad dada al autor de un delito cometido 11 años atrás a propósito de un nuevo ilícito, dada la prevalencia del interés de la noticia sobre los demás derechos afectados (Leturia, 2016). Con esto la Corte Suprema confirmó el criterio de que una persona que se ha convertido en pública, no se vuelve a convertir en persona privada por el mero transcurso del paso del tiempo.

Otros casos que guardan una estrecha relación con el anterior son *Barber v. Time Inc.* de 1942; *Daily Times Democrat v. Graham* de 1964 (Moreno, 2019), y el de *Jenkinsv. Dell Publishing Co.*, donde la familia de una víctima de asesinato autorizó y facilitó la cobertura periodística del mismo; pero, luego protestó ante la inclusión del material en un libro de crímenes. El Tribunal Supremo Federal corroboró que una vez que un asunto era noticia, no resulta factible ni deseable para un tribunal comenzar a distinguir entre noticias que buscaban informar y aquellas que buscaban entretener (Leturia, 2016).

Los asuntos expuestos tienen como elemento en común que los protagonistas de la información son personas privadas, sobre las que los medios de comunicación han publicado diversas informaciones sin su consentimiento. Con lo que la jurisprudencia cambia de rumbo, y no vuelve a fallar a favor de la privacidad y de la segunda oportunidad. En palabras del español Pere Simón (2015) "la jurisprudencia norteamericana reconoce a la ciudadanía un derecho a recordar y decidir teniendo en cuenta los hechos pasados" (p. 113).

En la década de los 80's, surgió un caso en el que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos consideró la interacción que puede existir entre el tiempo y la privacidad (García, 2015). Es el litigio conocido como *US Dept. of Justice v. Reporters Committe* que se refirió a la "*Freedom of Information Act*" (FOIA), que permite obtener acceso a las informaciones de las instituciones públicas. El caso se originó por la negativa del Departamento de Justicia de entregar a un grupo de periodistas informaciones recopiladas por el FBI respecto a un caso de corrupción. El FBI entregó información sobre los involucrados que habían fallecido, pero señaló que respecto del sobreviviente solo entregaría información si hubiera un interés público relativo a delitos financieros y no sobre otras materias. El Tribunal validó el criterio, y señaló que la privacidad estaba protegida por la excepción 7 c) de la FOIA (vinculada al factor temporal), agregando que su propósito era permitir el escrutinio público de los actos de gobierno, y no el obtener información privada de otros ciudadanos. Por ello, aunque el registro no era "privado", podía justificarse la protección de intereses individuales que buscaran limitar su publicidad (Leturia, 2016).

Más recientemente, en 2010, Harvey Purtz solicitó en el Estado de California el reconocimiento del derecho al olvido digital para su hijo. El joven, estudiante de la Universidad de Berkeley, quien había sido noticia en el periódico *Daily Californian* en 2007, como consecuencia de disturbios que había protagonizado en un local de striptease en San Francisco. Como consecuencia, fue expulsado del equipo de fútbol de la Universidad y posteriormente, falleció en un accidente. El padre del joven, solicitó la desindexación de esta noticia, ya que debido al fatal desenlace esta ya no era relevante ni tenía interés público, además suponía un daño para la familia. El editor del diario se negó, alegando que la información publicada era de interés público. La Corte dio la razón al medio de comunicación, y la noticia siguió apareciendo en internet (Moreno, 2019).

Este tipo de peticiones son vistas en EEUU como una limitación a la Primera Enmienda Constitucional, ya que a diferencia de lo que ocurre en Europa, el interés público de la información no desaparece con el paso del tiempo, por lo que las historias que sean verídicas siempre estarán protegidas. Asimismo, otra gran diferencia entre en EEUU y los países del viejo continente estriba en la consideración de que los motores de búsqueda no son responsables de la información que almacenan, y en consecuencia las peticiones solamente pueden estar dirigidas a la eliminación de la información de la fuente de origen.

Como ya se ha dejado asentado, la Corte Suprema de EEUU ha manifestado en reiteradas ocasiones que una información que es pública, nunca más puede volver a ser privada, y una persona que se ha convertido en personaje público, por cualquier motivo, no puede volver a solicitar un nivel de protección de su privacidad que sea comparable al de las personas privadas. Este argumento puede ser rebatible, ya que **el derecho al olvido digital no defiende que la información se vuelva privada, sino que no sea accesible a través del buscador cada vez que se teclea el nombre de la persona que protagonizó la información.** De tal manera, que la información seguirá existiendo en las hemerotecas de los diarios digitales cada vez que alguien quiera ejercer su derecho a investigar.

Sin embargo, la cuestión del derecho al olvido no es del todo ajena en EEUU. En enero de 2015 se publicó California la Ley California Senate Bill 568 2013, que permite a todos los menores de 18 años borrar toda la información que ellos mismos hayan subido a las redes sociales; esto es, se está reconociendo *the right to erasure* para un colectivo en concreto (Moreno, 2019). Se habla de un derecho a borrar porque la acción es precisamente borrar los datos subidos en las redes sociales por este grupo etario, lo cual no quiere decir desindexar la información cuando es compartida por tercero, como es el caso de los medios de comunicación *on line*.

1.3.2. Chile

El caso más relevante en Chile es el de un oficial de carabineros que había sido procesado como autor de un delito sexual. La nota fue publicada en el diario electrónico “El Mercurio” de fecha 17 de agosto de 2004. El actor consideró que la permanencia de la publicación no le había permitido la reinserción en la vida social, al resultar estigmatizado con la información, con lo que se afectaba no sólo su persona, sino también a toda su familia, motivo por el cual estimó vulnerados sus derechos a la integridad física y a la protección a la vida privada de él y su núcleo familiar. Asimismo, el actor denunció actos de extorsión contra su persona por parte del citado diario que le requirió la firma de un finiquito con renuncia de acciones a cambio de eliminar la publicación, caso contrario se agregarían elementos en la información que no serían verídicos (Pica, 2016).

Por su parte, el diario “El Mercurio” se defendió invocando el ejercicio legítimo de la libertad de informar, sobre todo si el actor no negó el hecho de haber sido procesado (Pica, 2016). El sustento del medio se encuentra en la denominada Ley de Prensa Nº 19.733, que marca en su Título V el procedimiento para ejercer el derecho de aclaración o rectificación de hechos⁶; asimismo se encuentra regulada la eliminación de antecedentes penales por parte del Registro Civil en el Decreto Supremo Nº 64, del 27 de enero de 1960.

La Tercera Sala de la Corte Suprema que conoció del asunto, se decantó por descartar el conflicto de derechos, en la medida en que la sentencia afirmó: “No debe escudriñarse una real colisión entre dos garantías constitucionales aparentemente contrapuestas... el derecho al olvido, como protección del derecho a la integridad síquica y a la honra personal y familiar, frente al derecho de informar y de expresión” (Pica, 2016). En tanto que, el razonamiento de la Corte Suprema fluyó por la vía de:

⁶ Artículo 16.- Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su aclaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que se establecen en los artículos siguientes, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida.

determinar si tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico –y en este caso con afectación de una garantía constitucional– de lo que en doctrina se ha dado en llamar ‘el derecho al olvido’ y que se refiere sustancialmente a que una persona pueda aspirar a la eliminación de una información desfavorable sobre sí misma que le provoque perjuicios actuales y que se contenga en los sistemas informáticos disponibles, y ello por una razón plausible (Pica, 2016).

Al final la Corte Suprema se sustentaría sobre la base conflictivista, al decir que, por una parte, el mantener la información en los motores de búsqueda y registro “evidentemente constituye un legítimo ejercicio de su derecho a expresión, también protegido por la misma Constitución...”, pero que “la colisión entre dos derechos constitucionales como los aludidos, aún si llegara a existir, debería ceder actualmente en beneficio del derecho a la reinserción social del que ha delinquido y de su derecho a mantener una vida privada que la posibilite, como asimismo el derecho a la honra y privacidad” (Pica, 2016).

Con esta postura, se puede interpretar que el máximo órgano jurisdiccional Chileno abre la puerta para considerar que todo ciudadano tiene derecho a la protección de su vida privada, honra y privacidad por encima del derecho del derecho de expresión que pueda asistirle a los medios de comunicación sean electrónicos o no. Huelga decir que, no existe un pronunciamiento claro del órgano jurisdiccional chileno respecto de si empresas como Google a través de sus motores de búsqueda hacen un tratamiento de la información o no, y por lo tanto son responsables directos del uso de dichos datos. Finalmente, el asunto cobra relevancia en este país andino al ser de los primeros casos en los que se invoca el derecho al olvido.

1.3.3. Argentina

El caso que abre el debate en Argentina sobre el derecho al olvido es el de *Rodríguez, María Belén c/ Google Inc.* Se trata de una modelo quien promovió una demanda por daños y perjuicios contra dos buscadores de internet (Google y

Yahoo) en la que sostuvo que se había procedido al uso comercial y no autorizado de su imagen perjudicando sus derechos personalísimos al habersele vinculado a determinadas páginas de contenido erótico o pornográfico (CDH, s.a.). De esta forma, la modelo basó su reclamo en cuatro puntos que se pueden resumir en:

- a) Reparación del daño causado a su honor, intimidad e imagen al vincularla con páginas de internet de contenido pornográfico
- b) Resarcimiento económico
- c) Cese definitivo del uso no autorizado de su imagen y nombre
- d) Eliminación definitiva de toda vinculación con los sitios referenciados, que se realiza a través de los buscadores demandados (Silberlieb, 2016).

En primera instancia la demanda fue considerada procedente. No obstante, la Cámara revocó parcialmente la pretensión de la actora al considerar improcedente el reclamo contra uno de los buscadores; pero procedente contra el otro en relación a los llamados thumbnails que contenían la imagen de la modelo, por entender que el “motor de búsqueda” debía requerir el consentimiento de aquella, de acuerdo con el artículo 31⁷ de la ley 11.723. Asimismo, dejó sin efecto el pronunciamiento en cuanto a la eliminación definitiva de las vinculaciones por resultar una orden genérica. Contra ese fallo se interpusieron recursos extraordinarios (CDH, s.a.).

El 28 de octubre de 2014, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en el caso revocando parcialmente la sentencia apelada. La Corte reconoció en su fallo el derecho individual que tiene toda persona de solicitar que se eliminen los enlaces de imágenes o textos que puedan producirle un daño a sus derechos personales; pero, interpretó que los motores de búsqueda no tienen responsabilidad objetiva, ni tampoco el deber de indemnizar por la actividad que realizan, ya que

⁷ Art. 31. El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto, del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre. La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarciendo daños y perjuicios. Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público.

estos no crean la información disponible en la Web, solo prestan un servicio de indexación de contenidos sin modificar los datos (Silberlieb, 2016).

Al no existir en Latinoamérica un organismo supranacional encargado de regular del funcionamiento de los motores de búsqueda; han sido los congresos y los órganos nacionales quienes se han dado a la tarea de configurar el derecho al olvido. En el caso argentino, su Corte ha establecido ciertos lineamientos para resolver litigios en los que se vean involucrados motores de búsqueda al no considerarlos responsable de la información producida por terceros; pero, si cuando no toman en cuenta una solicitud de ilicitud manifiesta. Esto es, cuando una persona genera una solicitud privada de desvinculación al gestor del motor de búsqueda, respecto de información que considera manifiestamente ilícita, esto sería suficiente para que aquel lo retire del resultado de búsqueda en razón a la gravedad de la información. En caso de que el buscador no actúe diligentemente a pesar de la manifiesta ilicitud, entonces sí será responsable.

No obstante, cuando se trata de información que no es manifiestamente ilícita, la Corte argentina afirma que, para este tipo de casos, es necesaria la notificación de una autoridad competente (judicial o administrativa) porque “no puede exigirse al buscador que supla la función de la autoridad competente ni menos aún la de los jueces” (Mecinas, 2017).

La diferencia entre el modelo europeo y el modelo argentino tienen como eje común: la posibilidad de que un vínculo manifiestamente ilícito puedan ser eliminados de la Web sin ulterior gestión judicial. Se trata de un mecanismo en el que se atiende a la necesidad de remover el material evidentemente ilícito, pero cuando haya duda es la autoridad competente, es decir el juez, quien debe decidir sobre la remoción o no de la información (Mecinas, 2017).

La postura de la Corte Argentina se puede resumir en dos aspectos:

a) Niega a un actor privado, como *Google*, la posibilidad de decidir sobre la licitud o ilicitud de la información. Asume que los motores de búsqueda son la llave de entrada a la información de la WWW (Mecinas, 2017).

b) Reconoce el derecho al olvido, y le otorga un cierto nivel de responsabilidad a los buscadores en su actividad de intermediación por la publicación de la información, pero sin imputarle la responsabilidad por el daño causado (Silberlieb, 2016).

1.3.4. Perú

La autoridad peruana en materia de protección de datos personales se pronunció por primera vez en torno al derecho al olvido al declarar fundada una reclamación de fecha 24 de agosto de 2015, realizada por un profesor de universidad, quien solicitó a *Google Inc.* la cancelación de sus datos personales, en específico su nombre y apellidos, de toda información vinculada que apareciera en los resultados del motor de búsqueda (Resolución Directoral N° 045-2015-JUS/DGPDP, 2015, p. 2).

El profesor había sido procesado por la presunta comisión de un delito; sin embargo, el juez que conoció la causa declaró el sobreseimiento y ordenó la anulación de los antecedentes penales y judiciales. No obstante, en internet se podía encontrar a través del buscador de Google información relativa a dicho proceso a pesar de contar con un pronunciamiento firme (Franco y Quintanilla, 2020).

Ante la negativa de Google, el afectado presentó el recurso de reclamación ante la Dirección de Protección de Datos Personales (DPDP), autoridad que consideró que la actividad del motor de búsqueda Google constituía un tratamiento de datos personales, por lo cual se sancionó a Google y le ordenó bloquear el nombre y apellidos del reclamante de toda noticia vinculada al proceso penal a la cual se pudiera acceder mediante dicho motor de búsqueda (Resolución Directoral N° 045-2015-JUS/DGPDP, 2015, p. 24).

En suma, la autoridad consideró que un motor de búsqueda es un sistema informático que busca e indexa información almacenada en servidores de páginas web mediante robots llamados “arañas”⁸, los cuales están programados para recopilar información contenida en páginas web. Adicionalmente, a criterio de la autoridad, los motores de búsqueda, al catalogar la información de acuerdo a cierto orden de preferencia con el objeto de facilitarla a los usuarios de internet, están decidiendo sobre la finalidad y los medios de dicha actividad; por lo tanto, están realizando tratamiento de datos personales (Franco y Quintanilla, 2020).

Lo anterior quedo plenamente establecido en la Resolución Directoral N° 045-2015-JUS/DGPDP (2015) al indicar que:

el motor de búsqueda Google Search rastrea servidores de páginas web ubicados en todo el mundo, es decir con independencia de la ubicación territorial del soporte de la información y ciertamente con independencia de la ubicación territorial de su sede principal, de modo que, evidentemente, incluye información con soporte en territorio peruano e información de peruanos residentes en el Perú, para extraer información que dará respuesta a las búsquedas de usuarios también peruanos, lo cual sustenta la venta de publicidad dirigida al público peruano (p. 12).

La autoridad peruana considera que el tratamiento de datos personales se configura a través de la utilización de una operación técnica automatizada para la recopilación, almacenamiento y difusión de información en servidores, y para facilitar búsquedas a través de internet. Esta operación técnica consiste, en primer lugar, en explorar y rastrear información para luego recopilarla y extraerla. Posteriormente, esta información es registrada y organizada para, finalmente, ser indexada y conservada. Este servicio de búsqueda que genera Google puede ser utilizado a través de

⁸ Son llamados también robots de indexación que funcionan como programas informáticos utilizados para rastrear y realizar un barrido del contenido de páginas web de manera metódica y automatizada. Google almacena temporalmente en los servidores cuyo estado de ubicación se desconoce, ya que este dato es secreto por razones competitivas. Véase: (Espinoza, 2017).

criterios de búsqueda como, por ejemplo, la utilización de palabras clave (Franco y Quintanilla, 2020).

Con todo lo anterior, se concluye que en Perú se considera que Google realiza tratamiento de datos personales al brindar servicios de búsquedas en internet por medio del uso de criterios de búsqueda como el nombre y apellidos de una persona, lo que estaría generando una injerencia en la vida privada de las personas. Por tanto, indexar contenido es en sí mismo un tratamiento de datos personales.

1.3.5. Colombia

En Colombia no existe una norma propiamente que establezca y garantice el derecho al olvido. El marco legal de protección a la información pública y privada está establecido en primer término por el artículo 15 de la Constitución Política el cual establece el derecho a la intimidad personal y familiar y al buen nombre, así como a conocer, actualizar y rectificar toda la información que se hayan recogido sobre las personas en bases de datos y archivos públicos y privados.

Este artículo es el fundamento de la ley 1581 de 2012 sobre protección de datos personales o ley de *habeas data*. La Constitución protege el buen nombre, que es lo referido a la consideración que hay de una persona en la esfera pública, mientras que la honra se relaciona con el ámbito privado, estos constituyen el límite del ejercicio del derecho a la información y la libertad de expresión (Forero, 2018).

Es de destacarse, que en la ley de *habeas data*, el artículo segundo, párrafo d, excluye a las bases de datos y archivos de información periodística de las obligaciones esgrimidas por esa ley, es decir, que el derecho de la protección de datos personales encuentra un límite en las bases de datos periodísticas, pese a que en varias ocasiones se ha buscado eliminar este tipo de información como si fuera objeto del *habeas data* (Forero, 2018, p. 18).

Aunque la legislación colombiana no cuenta con una ley de derecho al olvido, sí cuenta con una norma que establece el derecho de supresión de datos que tienen los titulares de los datos personales, consagrada en el artículo octavo del decreto 1377 de 2013 que reglamenta la ley 1581 de 2012 o ley de *habeas data*. Dicho artículo delega en la Superintendencia de Industria y Comercio la determinación de culpabilidad de la violación a esta Ley y la constitución por parte del responsable y el encargado del tratamiento de los datos, con lo cual, limita el desarrollo del derecho de supresión a las organizaciones comerciales que son las que, por ley, solo puede vigilar la Superintendencia. Es decir, se refiere a los datos producidos y registrados en torno a actividades comerciales y financieras, pero sin intervenir en actividades de otro tipo, como civiles, judiciales o de otro rango diferente (Burgos, 2019).

El principal problema que enfrenta la aplicación del derecho al olvido en Colombia, es el conflicto que se gesta entre el derecho a la información y a la libertad de expresión consignados en el artículo 20 de la Constitución, que dice:

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.

Así, se consagra que los medios son libres y tienen responsabilidad social, es decir, que los medios de comunicación tienen responsabilidades cuando informan, y que su primera limitante es el respeto por la honra y el buen nombre de los ciudadanos. De ahí que los ciudadanos tengan como modo de protección frente al accionar de los medios cuando los puedan perjudicar, el derecho a la rectificación para los casos de información y réplica, cuando se trata de la difusión de las opiniones (Suárez-Castillo, 2009).

La sentencia que abrió la puerta al derecho al olvido en la jurisprudencia colombiana fue la T-277/15. Los hechos se basaron en la acción de tutela promovida por la señora Gloria contra la Casa Editorial “El Tiempo” por considerar violados sus derechos fundamentales al buen nombre, la intimidad, el debido proceso, de petición y al trabajo, pues la noticia no informaba que no fue vencida en juicio debido a la prescripción de la acción, así como por la posterior indexación de dicho contenido por el motor de búsqueda Google (Corte Constitucional de la Republica de Colombia, 2015).

El antecedente se remonta a más de quince años, cuando Gloria trabajaba como vendedora en una agencia de viajes, en donde vendió boletos aéreos a un comprador, quien resultó estar relacionado con una red de trata de personas. Debido a esas transacciones, la Fiscalía vinculó a Gloria en un proceso penal, del cual resultó exonerada debido a la prescripción de la acción penal. La existencia de esta red y la captura de Gloria fueron publicadas por el periódico *El Tiempo*. Sin embargo, la noticia no hacía alusión a la exoneración de Gloria, quien argumenta que dicha información le “somete a tener un registro negativo ante la sociedad, lo que a su vez le genera traumatismos a ella y su familia para desarrollar actividades en su vida diaria, como la realización de trámites ante entidades financieras o la búsqueda de empleo” (Espinoza, 2017).

Gloria solicitó la eliminación de esa noticia, pero *El Tiempo* señaló que la eliminación no tenía lugar toda vez que la noticia era veraz e imparcial. La actora entonces solicitó al Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cali, que se ordene a *El Tiempo* bajar y borrar de todos los buscadores cualquier información negativa relacionada con la supuesta comisión del delito de trata de personas (Corte Constitucional de la Republica de Colombia, 2015). El caso llegó al conocimiento de la Corte Constitucional a fin de resolver varios aspectos como: quién es el responsable de la información personal; si la publicación e indexación de Google vulnera los derechos fundamentales de la actora; y, de ser el caso, cuál sería la solución.

La Corte Constitucional se pronunció primero acerca de si los motores de búsqueda pueden ser responsables del tratamiento de datos personales. Así, contestó negativamente, al interpretar un informe de la Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que consideraba a los motores de búsqueda como *meros transmisores* que ofrecen acceso y búsqueda de información, sin ser responsables de los contenidos generados por terceros. Con esto, el análisis se centró en la responsabilidad de *El Tiempo* y el alcance del derecho al *habeas data* (Espinoza, 2017).

El razonamiento de la Corte giró en torno a la veracidad, precisión o falsedad de la información a fin de permitir su eliminación o su rectificación. Estimó que en el caso, hay una coalición de derechos fundamentales: por un lado los derechos a la libertad de expresión de *El Tiempo* y a la información de toda la sociedad, y, por el otro, los derechos a la honra y al buen nombre de la actora. La Corte Constitucional finalmente señaló que la noticia era incompleta, y que la falta de actualización, más el tiempo por el cual la información ha estado disponible, generó que el hecho público no estuviera protegido por el derecho a la información, consecuentemente vulneraba los derechos a la honra y al buen nombre de Gloria (Espinoza, 2017).

La Corte Constitucional estableció que, si bien la rectificación de la información sería el remedio correspondiente, no es suficiente pues el largo tiempo por el cual la información estuvo disponible sometió a Gloria a un duro señalamiento público que pudo haber vulnerado otras garantías, como el derecho al trabajo. La solución entonces radicó en ordenar al medio de comunicación –y no a los motores de búsqueda– hacer uso de las herramientas técnicas, como “robots.txt”, para evitar que los buscadores accedan a la noticia que narra la captura y el procesamiento de la accionante (Espinoza, 2017).

Finalmente, para la Corte colombiana la posibilidad de controlar los datos personales solo existe en el caso de que la información sea inexacta, incompleta o falsa. Lo que quiere decir que, si la información es verdadera, el individuo no tendría

el derecho a la eliminación de sus datos. Con ello se afirma que el Tribunal se avoca en defender el derecho a la información pública, porque no solicita al medio de comunicación borrar la información, sino rectificarla primero, y luego actualizarla. Con el mismo espíritu, no vinculan al buscador, porque de solicitarle la supresión de dicha información, estaría motivando a Google a violar el derecho a la información y la libertad de expresión, cuestión que en definitiva resulta anticonstitucional.

1.3.6. México

En México existen varios casos relacionados con el derecho al olvido, todos encaminados a la desindexación de la información en los motores de búsqueda, sin implique un reconocimiento de dicho derecho o bien una distinción con acciones como la cancelación tal y como se verá más adelante.

En julio de 2014, el señor Carlos Sánchez de la Peña pidió a Google México, S. de R.L. de C.V. la cancelación, bloqueo y supresión de sus datos y de tres vínculos electrónicos que conducían a su nombre: una investigación periodística que lo relacionaba a él y a su familia con un fraude vinculado a la Fundación Vamos México de la entonces primera dama, Martha Sahagún; un Foro de Yahoo Respuestas que lo mencionaba como beneficiario del desaparecido Fondo Bancario de Protección al Ahorro (FOBRAPROA), y un foro en el que los internautas lanzaban fuertes críticas en relación con la muerte de su padre, Salvador Sánchez Alcántara (Maqueo, 2016).

Al ejercer sus derechos de oposición y cancelación ante Google México no obtuvo respuesta, por lo que decidió presentar un recurso de protección de derechos ante el IFAI (Instituto Federal de Acceso a la Información), actualmente INAI (Instituto Nacional de Acceso a la Información) (Guerrero, 2018). El argumento base es que Google México trata indebidamente datos personales sensibles sin el consentimiento de su titular, además de que dicha información no cumple con los requisitos de la ley ni con los principios que rigen el derecho a la protección de datos personales. Asimismo, los vínculos con su nombre, el de su padre fallecido, y de

sus hermanos contienen información descontextualizada sobre sus actividades como empresario y comerciante lo que no sólo afecta su esfera más íntima (honor y vida privada), sino también sus relaciones comerciales y financieras actuales (Maqueo, 2016).

En el proceso de conciliación Google México argumentó que no era la empresa que presta el servicio de motor de búsqueda, sino Google Inc., con domicilio en los Estados Unidos y por esta razón no era competente para atender la solicitud de ejercicio de derechos del particular. El IFAI, en enero de 2016, resolvió a favor del titular de los datos personales e inició un procedimiento de sanciones por infracciones a la Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (Guerrero, 2018). Los aspectos relevantes de la resolución del IFAI son: a) **El carácter de responsable de Google México.**⁹ El IFAI, después del análisis procedente al acta constitutiva de Google, observa que su objeto social no sólo comprende los servicios de comercialización y venta de publicidad (que coinciden con la filial en España), sino también la prestación de servicios de motor de búsqueda. De tal forma que el IFAI desestima el argumento esgrimido por Google México, consistente en señalar que el motor de búsqueda es gestionado exclusivamente por Google Inc. En este sentido, y una vez corroborado la localización de información del actor a partir de la búsqueda por su nombre en las páginas de Internet relacionadas con el caso; el IFAI concluye que Google México, sí presta el servicio de motor de búsqueda, mediante el cual lleva a cabo el tratamiento de datos personales. Lo anterior, en atención a la definición del artículo tercero, fracción XVIII, de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (LFPDPPP), que establece en términos muy amplios que el tratamiento comprende la simple obtención, uso, divulgación o almacenamiento de datos personales, por cualquier medio; además que el uso comprende, a su vez, cualquier acción de acceso, manejo, aprovechamiento, transferencia o disposición de datos personales (Maqueo, 2016).

⁹ Negritas propias

b) La responsabilidad de Google México en la atención del ejercicio de los derechos ARCO (Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición).¹⁰ Al respecto el IFAI determinó que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 32 de la LFPDPPP, que establece un plazo de 20 días para dar respuesta a una solicitud de cancelación y oposición de datos personales del titular, existió incumplimiento por parte de la empresa, pues no dio ningún tipo de respuesta a la solicitud inicial del titular. La respuesta de Google México en el sentido de que no podía atender la solicitud del titular dado que ello correspondía a Google Inc., sólo se produjo la instancias del IFAI en el procedimiento de protección de derechos (Maqueo, 2016).

En cuanto a las razones objetadas por Google México para no haber procedido a la cancelación y oposición de los datos personales —consistente precisamente en su incapacidad para atender un asunto propio de Google Inc.—, el IFAI reitera que, dado su objeto social, esta empresa sí presta el servicio de motor de búsqueda, y también trata los datos personales. En consecuencia, el IFAI considera que la negativa para atender la solicitud de cancelación y oposición por parte del responsable no puede tenerse como válida. Ahora bien, una consideración más por parte del IFAI para determinar el incumplimiento de la empresa a lo dispuesto por la LFPDPPP y su Reglamento, fue que Google México “no argumentó ninguno de los supuestos de excepción para proceder a la cancelación y otorgar la oposición al tratamiento de los datos personales”. Sobre el particular, cabe decir que los artículos 26 y 34 de la LFPDPPP establecen los supuestos de excepción para negar la cancelación u la oposición del tratamiento de datos personales (Maqueo, 2016).

En este punto, es menester señalar que el IFAI no se pronunció sobre si se afectaba de alguna forma el “interés público”, o bien podría existir lesión a derechos de terceros que impidieran la cancelación u oposición del tratamiento de los datos. Por lo que se afirma que, el IFAI elude centrarse en la ponderación del derecho a la protección de datos personales frente a los derechos de libertad de expresión y de información que configurarían los posibles derechos de terceros en pugna.

¹⁰ Negritas propias

c) **El alcance y la procedencia de los derechos de cancelación y oposición.**¹¹

Es precisamente en este aspecto, relativo al alcance y la procedencia de los derechos de cancelación y oposición, en el que el IFAI hace referencia de manera expresa a la resolución del TJUE. A este respecto, el IFAI concluye lo siguiente:

...el prestador de un servicio de un motor de búsqueda en Internet es responsable del tratamiento que aplique a los datos de carácter personal que aparecen en las páginas web publicadas por terceros, por lo que bajo determinadas condiciones, cuando, a raíz de una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona, la lista de resultados ofrezca enlaces a páginas web que contienen información sobre esa persona, ésta puede dirigirse directamente al gestor del motor de búsqueda para que se eliminen esos enlaces de la lista de resultados (Citado en Maqueo, 2016).

Por otro lado, en febrero de 2015, la revista electrónica Fortuna — representada jurídicamente por la organización Red en Defensa de los Derechos Digitales (R3D)— que realizó la investigación periodística y publicó la nota del empresario, presentó una demanda de amparo por violación a sus derechos a la libertad de expresión y de audiencia. En tanto que Google México, por su parte, promovió un juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, impugnando la resolución del IFAI (Guerrero, 2018).

Un año después, en febrero de 2016, el Juzgado Decimoquinto de Distrito en Materia Administrativa de la Ciudad de México negó el amparo, por lo que la revista Fortuna, a través de la organización R3D, interpuso el recurso de revisión en marzo de 2016 (Guerrero, 2018). El caso se turnó al Séptimo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Primera Región, que el 24 de agosto de 2016, concedió el amparo a Fortuna por faltas al debido proceso, específicamente por violación a su derecho de audiencia. La resolución que el INAI había tomado por unanimidad quedó sin efecto; en consecuencia, se obligó a sobreseer el juicio de

¹¹ Negritas propias

Google México contra el INAI y realizar un nuevo procedimiento en que el INAI tome en consideración la libertad de expresión y el derecho de las audiencias a efecto de determinar la existencia del derecho al olvido, así como determinar si Google México debe retirar de su resultado de búsqueda los vínculos que Sánchez de la Peña pretende desindexar (Mecinas, 2017). Finalmente, el titular de los datos personales que presentó la solicitud de protección de derechos se desistió, con lo que concluyó el procedimiento.

En relación con la decisión del Séptimo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Primera Región es de resaltar que no se pronunció sobre el contenido de la resolución, sino sobre la violación al derecho de audiencia y al de libertad de expresión, al considerar que la orden de remoción de enlaces de un motor de búsqueda constituía una medida de censura previa prohibida, en tanto que excluía enlaces del conocimiento público, lo que, estimó, un menoscabo al derecho a difundir información.

En el transcurso del proceso judicial, entre 2014 y 2016, Google México S. de R.L. realizó cambios en su acta constitutiva, al modificar el objeto social de la empresa. Actualmente, de acuerdo con su escritura pública, sus funciones son principalmente administrativas y no tiene relación alguna con la prestación del servicio de motor de búsqueda en México. A raíz de este cambio de objeto social, se modificó el sentido de las resoluciones emitidas en los recursos presentados ante el INAI, pues a partir de entonces, no fue posible acreditar que Google México fuera la persona moral que lleva el tratamiento de los datos personales a través del motor de búsqueda Google (Guerrero, 2018).

Otro caso relevante en la materia, pero en el que se demanda el daño moral a Google, se suscitó también en 2014 cuando un ciudadano mexicano solicitó a Google que se retiraran los enlaces a un blog que utilizaba su nombre, y en su opinión, se dañaba su honor. Ante la negativa de Google, recurrió a la vía civil para reclamar daño moral. Según consta en la versión pública del juicio de amparo

422/2016, Google Inc. interpuso la excepción de incompetencia, debido a que la empresa tiene sus oficinas en otro país; sin embargo, la excepción fue negada (Guerrero, 2018).

En 2016, Google Inc. presentó una demanda de amparo indirecto, que también fue negada, pues se consideró que, en virtud del principio *pro persona*, un juez mexicano es competente para conocer del caso. La empresa de servicios de búsqueda inconforme con la determinación interpuso un recurso de revisión (Guerrero, 2018).

En abril de 2017 la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ejerció su facultad de atracción para conocer del asunto. El pronunciamiento de la SCJN debía determinar si los tribunales mexicanos tienen competencia para conocer de una demanda de daño moral en contra de una empresa multinacional con sede en otro país. No obstante, Google Inc. se desistió del recurso de revisión, por lo que no fue factible que se emitiera un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, lo que evitó crear un precedente sobre este tópico (Guerrero, 2018).

Finalmente, un caso más reciente ocurrió en junio de 2016, cuando el abogado Ulrich Richter solicitó a Google Inc., que diera de baja el blog “<http://ulrichrichtermoraless.blogspot.mx/>”, de su plataforma de blog spot, argumentando que, además de ser difamatorio suplantaba su identidad y compartía información falsa. Ante la negativa de Google, Richter demandó a la empresa estadounidense por daño moral ante el Juzgado Octavo de lo Civil de la Ciudad de México (Grupo Parlamentario MORENA, 2019).

El argumento principal de Google Inc. era que el caso no podía ser tratado en México porque la autoridad no tenía competencia dado que no contaba con oficinas domiciliadas en el país, por lo que el caso tendría que llevarse en EEUU. Una vez que se comprobó, la dirección de la empresa en México el caso se llevó a los tribunales y se decidió otorgar el amparo. Ante ello, Google Inc. decidió llevar el

caso ante la SCJN, y en octubre de 2017, la Primera Sala confirmó la sentencia en contra de Google en México, la cual además reconoce la competencia de los jueces mexicanos para juzgar a cualquier empresa con domicilio fuera del país y cuyos actos produzcan efectos en México (Grupo Parlamentario MORENA, 2019).

La decisión de la Primera Sala robusteció el criterio jurídico respecto a la competencia de los jueces mexicanos para juzgar a empresas con sede fuera del país y cuyos actos tengan repercusiones en los derechos fundamentales de los ciudadanos, de acuerdo con el principio *pro persona*. Así, se abre la posibilidad de fijar límites a las acciones de las grandes empresas tecnológicas respecto del uso de los datos personales en aras de ampliar la protección de este derecho para todas y todos los mexicanos. Aunque, ello no significa un claro reconocimiento del derecho al olvido *per se*, si es un gran paso en la protección de los derechos humanos.

Capítulo Segundo

El derecho al olvido como un Derecho Humano

Capítulo Segundo

El derecho al olvido como un Derecho Humano

Yo no hablo de venganzas ni perdones,
el olvido es la única venganza y el único perdón
Jorge Luis Borges

2.1. Generalidades de los Derechos Humanos

El presente apartado tiene dos propósitos fundamentales por un lado construir las bases que permitan centrar el derecho al olvido como un derecho humano a partir de las nociones básicas; para en un posterior ejercicio, delinear el concepto de derecho al olvido identificar su naturaleza, alcance, límites, y relación con otros derechos con los que resulta coincidente y complementario, o bien opuesto y colisionante, para finalmente dar paso a la edificación del último capítulo en el cual será analizada la normativa mexicana.

2.1.1. Definición de Derechos Humanos

Entorno a la definición de derechos humanos, diversos tratadistas se han dado a la tarea de construir su propia definición a partir de diferentes enfoques. Es el caso de Peces-Barba (1979) que, desde una perspectiva dualista, indica que los derechos humanos son:

Facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política y social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres... y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción... (p. 21).

Desde una categoría histórica, Pérez Luño (2010) dice que: “Los Derechos Humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas,

las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional." (p. 34). Con una visión totalmente iusnaturalista, Manuel Peris (1976) dice que:

El concepto y formulación de los Derechos Humanos se han ido decantando a través de la historia, a partir del núcleo teórico más amplio de humanidad, entendida ésta no en su apoyo sentimental, sino como un proceso de autoconciencia, mediante el cual se ha objetivado la esencia del hombre como un concepto unitario y abstracto.

Es decir, que no se fundan en la naturaleza humana sino en las necesidades humanas y en la posibilidad real de satisfacerlas dentro de una sociedad, por lo que la temática de los Derechos Humanos estará en función de los valores constituidos en una sociedad histórica concreta y de los fines que ella pretende realizar, siempre que se respete como principio básico la esencia de la dignidad humana como el fin de sí misma (p. 5).

Contrario sensu, desde la base iuspositivista, Roccatti (2003) menciona que los derechos humanos son: "aquellas facultades y prerrogativas inherentes a la persona humana, que le corresponden por su propia naturaleza, indispensables para asegurar su pleno desarrollo dentro de una sociedad organizada, mismos que deben ser reconocidos y respetados por el poder público o autoridad, debiendo ser garantizados por el orden jurídico positivo" (p. 18).

El Diccionario Jurídico Mexicano (IIJ, 1991) define derechos humanos como el: "Conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente" (p. 1063).

Huelga decir que, son muchas las definiciones y desde diferentes los enfoques que pueden citarse. No obstante, y en razón a que no es un propósito del presente trabajo elaborar una definición de derechos humanos, se tomará como referente la

proporcionada por Valencia (2003), quien indica que los derechos humanos son: “Libertades y garantías fundamentales de la persona humana, que derivan de su dignidad eminente, que obligan a todos los Estados miembros de la comunidad internacional, y que señalan la frontera entre la barbarie y la civilización” (p. 137).

De todo lo anterior, se rescatan algunos elementos que servirán de base para la definición del derecho al olvido, los cuales son:

1. El origen de los derechos humanos yace en la propia naturaleza del ser humano.
2. La “dignidad” es la base de los derechos humanos
3. Deben ser reconocidos por la autoridad o poder público lo que es indispensable para su materialización
4. Los derechos humanos deben tener garantías para su realización

El último punto, permite precisar la distinción teórica entre derechos humanos, derechos fundamentales, y garantías individuales, los cuales no son equivalentes, ni se pueden ser utilizados indistintamente. En cuanto a los derechos fundamentales se puede afirmar que son aquellos que están previstos en el texto constitucional y en los tratados internacionales. El término fundamental, aparece en Francia a finales del siglo XVIII, dentro del movimiento que culmina con la expedición de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Para Ferrajoli (2002) los derechos fundamentales son:

 Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “*status*” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas (p. 7).

Los derechos humanos son una categoría más amplia, que en la práctica, se suele utilizar con menos rigor jurídico que la de derechos fundamentales. Muchas veces se hace referencia a los derechos humanos como expectativas que no están previstas en forma clara en alguna norma jurídica, con el objeto de reclamar lo que a algunas personas les puede parecer una actuación indebida o excesiva de las autoridades. No obstante, a pesar de la distinción, no se debe afirmar que son dos categorías separadas, por el contrario, los derechos fundamentales son los derechos humanos constitucionalizados.

Garantía en palabras de Ferrajoli (2002) es: “Una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo” (p. 29). Como se puede observar, el autor refiere que garantía es el mecanismo de protección de un derecho. En consecuencia, la garantía es el medio para garantizar algo, hacerlo eficaz o devolverlo a su estado original en caso de que haya sido violado.

Ferrajoli (2002) se avoca a enfatizar la importancia de la relación entre los derechos y sus garantías, al indicar que:

Es claro que si confundimos derechos y garantías resultarían descalificadas en el plano jurídico las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, reducidas una y otra, en defecto de las adecuadas garantías, a simples declamaciones retóricas o, a lo sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes. Bastaría esto para desaconsejar la identificación y justificar la distinción entre derechos y garantías en el plano teórico (p. 59).

Cabe aclarar que a pesar de la distinción, la Constitución mexicana de 1917, y hasta junio de 2011, en su capítulo primero utilizó el término “Garantías Individuales”, para referirse en realidad a los derechos en ella consagrados (libertad, igualdad,

propiedad, y seguridad jurídica). Esto tiene una explicación histórica, ya que el pueblo después de vivir subordinado a diversas formas de dominación, logra plasmar los ideales de una vida justa y digna en un texto constitucional, lo que solucionaría los problemas de abuso de poder. Así, la propia Constitución y los derechos plasmados en esta se constituyeron en verdaderas garantías. De ahí su nombre garantías. Se agregó el término individual debido a que las primeras exigencias a quienes ostentaban el poder, eran derechos de carácter individual como: la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad personal, el patrimonio, entre otros. Empero, un derecho, por el solo hecho de estar plasmado en la Constitución, no implica *de facto* su materialización. Se requiere de mecanismos que auxilien a las personas en caso de que esos derechos, que debieran ser respetados de manera natural, fueran violentados a fin de exigir su cumplimiento, o en su caso su restitución o reparación (Bernal, 2013, p. 4).

Para concluir, se infiere que los derechos humanos son facultades reconocidas a la persona, individual y colectivamente, en tanto que los derechos fundamentales son los derechos humanos plasmados en las normativas internas e internacionales; y finalmente las garantías individuales serán los medios, mecanismos o instrumentos que protegen los derechos subjetivos.

2.1.2. Principios de los Derechos Humanos

En junio de 2011 con la reforma constitucional en materia de derechos humanos, se gesta lo que algunos teóricos llamaron “cambio paradigma”, porque modificó el modelo imperante que hasta ese momento existía en México respecto de los derechos humanos. Ello trajo como consecuencia el reconocimiento de principios fundamentales que anteriormente no se encontraban reconocidos formalmente, al dotarlos de una vigencia expresa, conforme al artículo primero, párrafo tercero que dice:

...Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad,

interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley...

De esta manera, los principios reconocidos formalmente fueron: universalidad, inalienabilidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad, los cuales serán analizados a continuación.

2.1.2.1. Universalidad

La constitución mexicana en su artículo primero, párrafo primero menciona 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...” con este enunciado se reconoce los derechos humanos a todas las personas por igual, sin discriminación alguna, como es más adelante ratificado en el propio artículo primero, párrafo quinto: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”. De aquí se desprende el principio de universalidad que implica que cualquier persona, por el simple hecho de serlo, tiene la posibilidad real y efectiva de que le reconozcan sus derechos humanos sin posibilidad de distinción alguna. Por esto, el principio de universalidad está estrechamente ligado a los derechos de igualdad y no discriminación. A decir de Ferrajoli (2010) el: “Universalismo de los derechos fundamentales e igualdad jurídica son exactamente la misma cosa” (p. 13).

En este punto, es necesario recordar que, después de la segunda guerra mundial con la expedición de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Estados comienzan a generar una conciencia colectiva internacional de respeto a los derechos humanos. Anteriormente, el modelo decimonónico imperante se

caracterizaba por la potestad de otorgar derechos y garantías a las personas, lo cual no obligaba a un reconocimiento universal, ello produjo el sometimiento de algunos individuos a decisiones arbitrarias de los Estados que sobrepasaron los límites del respeto a la dignidad humana, como ocurrió durante la segunda guerra mundial. Al ubicar a los derechos humanos en un plano supraestatal y sustraerlos de la esfera de competencia de los gobiernos se inició una nueva etapa en el respeto integral las personas.

La conformación de esta nueva conciencia colectiva internacional permitió comprender el carácter universal de los derechos humanos, cuya esencia, como ya se dejó asentado, se sustenta en el hecho mismo de ser un ser humano, y por tanto reconocerle la titularidad de aquellos, con independencia de sexo, preferencia ideológica, condición física, racial, étnica, social y económica. En palabras de Vázquez y Serrano (s.a.): “hablar de universalidad de los derechos humanos implica hacer referencia, en principio, a la titularidad de esos derechos... Este nivel de abstracción inicial tiene una consecuencia aparejada...” (p. 140) el que sean exigibles por todas las personas en cualquier contexto.

La universalidad de los derechos humanos está directamente relacionada con el concepto de persona, entendiéndola como fin y causa última de cualquier quehacer estatal; es la condición necesaria para la existencia de todos los demás derechos. El respeto a la dignidad de las personas conlleva la materialización de sus libertades, tanto en su dimensión individual, como colectiva. Por ende, el principio de universalidad no puede estar sujeto a ningún tipo de restricción, al provocar una afectación directa a la igualdad y a la no discriminación, que deben imperar a favor de toda persona.

“Los derechos humanos son inherentes a la persona, y su vigencia no está condicionada por el reconocimiento o concesiones que haga el Estado, o por otros factores culturales, jurídicos o políticos” (Nikken, 1996, p. 16). Esta condición accesoria de los derechos permite que cualquier persona conserve su integridad en

todo momento, y en caso de verse vulnerada, los Estados estarán obligados a restituir y reparar la afectación causada. La obligación de preservar los derechos humanos dimana de su carácter supraestatal, por lo que toda autoridad está supeditada a hacer cumplir su vigencia y eficacia; de ahí que no exista justificación para crear medidas que restrinjan el goce, disfrute y titularidad de tales derechos a los individuos y las colectividades (Rodríguez, s.a.).

Sin embargo, el principio de universalidad no implica una práctica totalizadora que neutralice las diferencias y excluya las distintas ideas sobre la vida digna. Al contrario, el principio de universalidad conlleva un proceso de contaminación, nutrición y renovación de los derechos humanos producto de su propia expansión en las diferentes culturas, ideas y manifestaciones. El uso no diferenciado de los derechos humanos invisibiliza las diferencias de las personas y sus contextos, lo que resulta en una práctica excluyente contraria a la propia idea de universalidad. Por ello, el principio de universalidad debe ser comprendido y usado desde la experiencia concreta de las personas, de conformidad con un tiempo y espacio determinados, de tal forma que se promueva la inclusión desde la propia realidad y no sirva como mecanismo de imposición ideológica Vázquez y Serrano (s.a.)

2.1.2.2. Inalienabilidad

El principio de inalienabilidad implica que los derechos humanos no son irrenunciables, esto es, que las personas titulares no pueden ser desposeídas de los mismos; porque, como se indicó, el reconocimiento de su existencia no está condicionado a la voluntad o consentimiento de la persona o a la decisión del Estado, sino a la propia naturaleza humana.

La inalienabilidad de los derechos humanos conlleva que, al momento de su reconocimiento y tutela, no pueda existir justificación válida que pueda afectar su vigencia e integridad. Empero, no se debe confundir los alcances de este principio, pues el hecho de que los derechos humanos sean inalienables no implica la imposibilidad de que existan límites en su ejercicio, o de llevar a cabo una

ponderación o preferencia entre un derecho u otro en caso de colisión. La inalienabilidad se sustenta en el aspecto esencial de todo derecho: la persona humana. En este sentido, la persona no puede renunciar a este atributo porque no posee libertad para decir si es titular o no de sus derechos, a diferencia de la libertad que tiene para decidir si ejerce o no un derecho humano determinado (Rodríguez, s.a.).

2.1.2.3. Indivisibilidad

La indivisibilidad de los derechos humanos se refiere a que estos no pueden separarse o fragmentarse unos de otros. Todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales deben comprenderse como un conjunto. Esto, también implica que el goce y el ejercicio de un derecho están vinculados a que se garantice el resto de derechos; así como, la violación de un derecho pone en riesgo los demás derechos.

El principio de indivisibilidad hace referencia a la unidad de los derechos humanos y, en consecuencia, la imposibilidad de que sean susceptibles de división en su contenido y vigencia. Los derechos humanos son intrínsecos a la condición humana y el reconocimiento de su dimensión se hace de forma integral, pues de lo contrario, sería imposible detentar la titularidad y llevar a cabo su ejercicio. No es posible llevar a cabo ejercicios o reconocimientos parciales de los derechos humanos. Los derechos humanos deben considerarse de forma absoluta, esto es, que para su adecuado conocimiento y protección se deben estimar en su totalidad (Rodríguez, s.a.).

La indivisibilidad coloca en un plano de jerarquía superior a los derechos, sustrayéndolos de cualquier pretensión de reducción, de esa forma se garantiza su vigencia como factores de primacía en todo orden jurídico. Por otro lado, la Declaración Universal de los Derechos Humanos refleja con su contenido, de forma tácita, la indivisibilidad imperante al incluir en su *corpus* los derechos civiles,

políticos, económicos, sociales y culturales, en el entendido que la realización de uno garantiza el goce de los demás sin reconocer jerarquías ni diferencias.

Al respecto, Jack Donnelly sostiene que el modelo de la Declaración Universal considera de forma holística a los derechos humanos reconocidos internacionalmente, como una estructura indivisible, en la cual el valor de cada derecho se ve incrementado por la presencia de los otros (Citado en Vázquez y Serrano, s.a.).

Si bien, posterior a la Declaración Universal surgieron los dos Pactos de derechos cada uno consagrando derechos civiles y políticos, y económicos, sociales y culturales, ello no significó que la idea de indivisibilidad hubiera perdido fuerza. La construcción de los dos instrumentos coercitivos obedeció a causas de carácter político generadas por las diferencias entre los Estados a raíz de la guerra fría. No obstante, los preámbulos de ambos Pactos hacen mención a la unidad de derechos. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su tercer párrafo dice: “Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales...”. En tanto que el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también en el tercer párrafo de su preámbulo menciona que: “Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos...”.

La Proclamación de Teherán de 1968, adoptada al cierre de la primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos, es el primer documento que de forma expresa utiliza el término indivisible en su numeral 13, al indicar que:

Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible...

Ya en 1977, la Asamblea General de las Naciones Unidas institucionalizó el uso de los principios de interdependencia e indivisibilidad en las tareas de la Organización, lo que quedó plasmado en la Resolución 32/130, al señalar que el enfoque de la actividad futura del sistema de las Naciones Unidas respecto de las cuestiones de derechos humanos debería tomar en cuenta los conceptos siguientes:

a) Todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; deberá prestarse la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y la protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales

b) “La plena realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible, la consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social” como se reconoce en la Proclamación de Teherán de 1968...

Con la resolución las Naciones Unidas no solo se reconocen dos principios — indivisibilidad e interdependencia— como eje para la actuación de sus órganos respecto a los derechos humanos, sino también una forma de concebir el funcionamiento de los derechos y de ambos pactos.

Finalmente, para Vázquez y Serrano (s.a.) la Declaración y Programa de Acción de Viena constituye el último eslabón en la evolución de los conceptos de interdependencia e indivisibilidad, ya en su numeral quinto menciona que:

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional

debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso...

Así, la Organización de Naciones Unidas reconoce la relación entre los derechos, al tiempo de defender su unidad bajo la lógica de eliminar cualquier tipo de jerarquización y con la idea que las obligaciones de los Estados son universales más allá de sus diferencias o particularidades.

Se colige con todo lo anterior que, el principio de indivisibilidad implica una visión holística de los derechos humanos, en la que todos los derechos se encuentran unidos, no por razones de dependencia, sino porque forman un conjunto. Por tanto, si se realiza o se viola un derecho, se impacta en los otros derechos, más allá de si existe o no una relación de dependencia entre ellos. La idea central es que la concreción de los derechos sólo puede alcanzarse mediante la realización conjunta de todos ellos (Vázquez y Serrano, s.a.)

2.1.2.4. Interdependencia

La interdependencia, de acuerdo con la RAE (2001), es “dependencia recíproca” (p. 1290), es decir, una relación que se establece entre dos o más cosas; lo que transportado a los derechos humanos significa la relación recíproca de derechos.

El principio de interdependencia engloba la garantía del ejercicio óptimo de un derecho, lo que trae aparejado que los demás derechos también sean garantizados o tutelados; en la misma lógica cuando un derecho es violentado, por esa relación de interdependencia, se afectan los demás derechos como efecto domino. Esta es la razón de que las acciones gubernamentales sean generales y no se enfoquen en el desarrollo o protección de una clase de derechos, porque traería como consecuencia una disminución en su alcance; todos los derechos tienen la misma necesidad de ser atendidos y protegidos.

Para Vázquez y Serrano (s.a.) la interdependencia comprende al menos un par de relaciones:

- Un derecho depende de otro(s) derecho(s) para existir.
- Dos derechos (o grupo de derechos) son mutuamente dependientes para su realización.

Por tal motivo, cuando un derecho humano es vulnerado, en razón de su condición de interdependencia, provoca un detrimento en la vigencia de los otros. Dicha afectación no es uniforme, sino que varía dependiendo de cuáles derechos se ven involucrados, así como el contexto en el que se dieron los hechos que produjeron dicha vulneración (Rodríguez, s.a.).

Dentro de los derechos humanos existen algunos que por sus condiciones y características requieren de un mayor grado de protección, pues de su intangibilidad y eficacia depende directamente la integridad y viabilidad de los otros. Un sector de la doctrina ha denominado a estos derechos humanos como derechos *prima facie*. Bajo esta posición existen derechos que, por su naturaleza, su reconocimiento y tutela se vuelven indispensables para la subsistencia y desarrollo de la persona (Rodríguez, s.a.).

Para ejemplificar el principio de interdependencia está el caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico nacieron en territorio dominicano, pero al ser hijas de padres haitianos con residencia ilegal, el Estado Dominicano les negó el registro, y, por ende, la nacionalidad. La negación parte del Estado Dominicano no se sustentó en ninguna disposición razonable y objetiva, situación que generó la violación de otros derechos humanos de las menores, entre ellos, el interés superior del niño, el derecho al nombre, a la personalidad jurídica, el derecho de acceso a la educación y a la salud, así como la seguridad social, y a un proyecto de vida entre otros. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) reconoció que el derecho a la nacionalidad era la vía para el ejercicio del resto de los derechos y negar a los

niños/as el certificado de nacimiento significaba negarle su membresía a una comunidad política (CoIDH, 2005).

El caso cobra relevancia al marcar un precedente importante en materia de derechos sociales, pero sobre todo al reconocer la interdependencia de los derechos humanos con el valor fundamental del derecho a la nacionalidad como instrumento para el reconocimiento de otros derechos. En consecuencia, resulta de suma importancia que el Estado advierta la interdependencia existente entre los derechos humanos y como esa relación puede verse quebrantada si no se conoce y dimensiona correctamente, de ahí que esté obligado en todo momento a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos en su conjunto, y no de forma separada o individualizada.

Con el principio de interdependencia queda prohibido mirar a los derechos aislados o desvinculados. En materia de justiciabilidad, al analizar un caso, el juzgador debe tener en consideración los derechos que se alegan violados, pero también aquellos de los que depende su realización, de tal forma que pueda verificar el impacto que aquéllos tuvieron en el derecho inmediatamente violado y/o las consecuencias de la violación en aquéllos (Vázquez y Serrano, s.a.).

Hasta aquí conviene hacer la distinción entre interdependencia e invisibilidad. Los derechos humanos son interdependientes en tanto establecen relaciones recíprocas entre ellos, e indivisibles en la medida en que no se consideran como elementos aislados o separados, sino como un conjunto. La interdependencia señala la medida en que el disfrute de un derecho o de un grupo de derechos depende para su existencia de la realización de otro derecho o de un grupo de derechos. Por su parte, la indivisibilidad niega cualquier separación, categoría o jerarquía entre los derechos humanos (Vázquez y Serrano, s.a.). Finalmente, la lógica subyacente a la interdependencia de los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales es que todos comparten una misma naturaleza, y sus obligaciones son igualmente exigibles.

2.1.2.5. Progresividad

La progresividad de los derechos humanos implica su gradual progreso para lograr su pleno cumplimiento. La gradualidad se refiere a que la efectividad de los derechos no va a lograrse en un solo momento; se trata de un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazo. La progresividad requiere del diseño de planes gubernamentales a corto, mediano y largo plazo para avanzar hacia el mejoramiento de las condiciones de los derechos mediante el cumplimiento de dichos planes (Vázquez y Serrano, s.a.).

El principio de progresividad se ha relacionado con los derechos económicos, sociales y culturales, lo que no quiere decir que no aplique para los civiles y políticos, al procurar su plena satisfacción.

El principio de progresividad dispone que los derechos humanos se encuentran en una evolución constante, positiva y expansiva a favor de la persona. El Estado una vez que reconoce la vigencia de un derecho y establece los alcances y los límites de su ejercicio, no puede posteriormente reducirlos o anularlos. Por ello, el principio de progresividad se relaciona de forma estrecha con la prohibición de retrocesos a los niveles de cumplimiento alcanzados (Rodríguez, s.a.).

En relación con la progresividad, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 29, incisos a y b, dispone que:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados...

La existencia de los derechos humanos no depende del reconocimiento del Estado, sino de su naturaleza al ser inherentes a la persona; pero, sí requieren de la actuación prestacional del gobierno para garantizar su ejercicio y tutela efectiva. Es por ello que el Estado está obligado a buscar permanente la ampliación del ejercicio de los derechos humanos, al tiempo de atender los límites previstos por la Constitución y los instrumentos internacionales. Cuando el Estado, ya sea a través de una disposición normativa o mediante una resolución jurisdiccional o administrativa, reconoce el contenido y alcance de un derecho humano, asume la obligación de ir incrementando su eficacia tomando en consideración las circunstancias y el contexto jurídico, cultural, social y político imperante en el sistema jurídico (Rodríguez, s.a.).

Hay ciertos derechos humanos que, por sus condiciones, una vez que han sido reconocidos, requieren de una progresividad paulatina en lo que hace a su ejecución y desarrollo; si no se atiende a sus características, lejos de garantizar su eficacia, puede generarse una afectación a su fuerza y vigencia. Sin embargo, esto no significa que la progresividad aplique solo para un tipo de derechos, como pueden ser los sociales, porque entonces se hablaría de una categorización válida en la medida que sirve para comprender el contexto histórico de su surgimiento — derechos de primera, segunda y tercera generación—; pero, totalmente inoperante e ineficaz pues apuesta por una división en su composición y naturaleza anulando la existencia y la justificación de los demás principios. Los principios fundamentales rigen para todo derecho humano, por ende, la progresividad es aplicable para todos los derechos.

Como consecuencia de la progresividad, los derechos humanos no pueden volver al estado que guardaban antes de su maximización. El Estado no puede de forma inmediata garantizar a plenitud su tutela y cumplimiento, pero sí puede progresivamente implementar acciones necesarias para tender a ello. Todo derecho humano es sujeto a ser optimizado, aun cuando su eficacia sea inmediata, puesto

que el perfeccionamiento en su concreción es permanente, siempre en aras de preservar y favorecer la esfera jurídica de las personas (Rodríguez, s.a.).

En consecuencia, el principio de progresividad cumple la promesa de la constante creación de los derechos humanos, pues aún después de alcanzados los mínimos y los estándares exigibles siempre permanece como una promesa a futuro. En este sentido, los derechos humanos siempre serán los derechos por venir (Vázquez y Serrano, s.a.).

2.1.3. Generaciones de los Derechos Humanos

Los derechos humanos han sido clasificados en atención a diversos criterios como el sujeto titular de los derechos, el contenido u objeto del derecho, y su surgimiento. En esta última categoría, Bidart Campos (1989) propone una división en razón al momento del surgimiento de los derechos humanos al identificar en un inicio tres etapas que se conocen como: primera, segunda y tercera generación. Sin embargo, con los avances de la sociedad, derivados de su característica dinámica, han surgido nuevos derechos, como el derecho al olvido, lo que ha obligado a acrecentar las generaciones, en principio propuestas. De tal manera, que para ubicar el derecho que ocupa la presente tesis se desarrollara en los siguientes apartados, el contenido las generaciones hasta hoy conocidas, para en un ejercicio posterior, ubicar el momento histórico del surgimiento del derecho al olvido.

2.1.3.1. Primera Generación

Los derechos humanos de primera generación están constituidos por las llamadas libertades clásicas, son derechos civiles y políticos; cuya pretensión era reconocerlos a favor del individuo por su sola existencia al ser necesarios para su subsistencia. Son los más antiguos del desarrollo normativo y corresponden a la persona frente al Estado o cualquier autoridad.

Surgen con la revolución francesa como rebelión contra el absolutismo del monarca al quedar plasmados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del

Ciudadano. La lucha del hombre por el reconocimiento de su dignidad personal, escenificada principalmente en las revoluciones Norteamérica y francesa obligo al Estado a incorporar al texto constitucional los derechos civiles y políticos. Esta etapa fue llamada Constitucionalismo Clásico, y en ella el Estado asume la obligación de limitar su esfera de acción en beneficio del respeto de los derechos fundamentales del gobernado (Conteras, 2000).

De acuerdo con Aguilar (s.a.), algunas de las características de estos derechos de primera generación son:

- El imponer al Estado el deber de respetarlos. Solo pueden ser limitados en los casos y bajo las condiciones previstas en la Constitución
- El titular de los derechos civiles es toda persona en general; en tanto que en los derechos políticos es todo ciudadano
- El reclamo corresponde al propio ciudadano

Dentro de los derechos de primera generación están: la vida; la libertad; la seguridad jurídica; no ser sujeto a esclavitud, trata o servidumbre; no ser sometido a tortura, tratos crueles, humillantes o degradantes; tener una nacionalidad; la libertad de opinión y expresión de ideas; entre otros.

2.1.3.2. Segunda Generación

Con el desmembramiento del imperio austro-húngaro se forma el Estado alemán, cuyo primer Reich estuvo a cargo de Bismark, quien reserva para el Estado el monopolio de la producción de ciertos bienes y servicios con el propósito de aligerar las desigualdades sociales provocadas por el exacerbado liberalismo económico. En esta época se dictan las primeras previsiones sobre seguridad social, entre otras medidas tomadas para la tutela de los grupos sociales económicamente débiles. La segunda generación de derechos humanos comienza a esbozarse con las decisiones de Bismark, los movimientos sociales de protesta y la Primera Guerra Mundial (Hernández, 2015).

En esta clase de derechos se transita de su aceptación en lo individual al reconocimiento en lo social. Se caracterizan por ser demandas o exigencias que encauzan la actividad gubernamental. Son derechos que responden a los valores de igualdad y solidaridad. Su objetivo es reducir las desigualdades entre los sectores sociales producto del liberalismo económico (Contreras, 2000).

A principios del siglo XX, como consecuencia de los avances científicos y tecnológicos, se gestan mayores necesidades y se aspira a mejores planos de existencia que vayan de la mano de las expectativas creadas por los citados adelantos. De esta forma, se origina en el conglomerado social la pretensión de alcanzar mayores niveles de vida. Los grupos sociales económicamente marginados toman conciencia de clase y son los principales motores de los movimientos colectivos encaminados hacia el reconocimiento y protección jurídica de los derechos de carácter social y económico (Contreras, 2000).

En el plano de los textos constitucionales, aparecen la Constitución Mexicana de 1917, la Constitución Soviética de 1918, y la de Weimar de 1919, que son las primeras en consignar derechos sociales en normas jurídicas. Asimismo, surgen tres organismos internacionales: la Liga de las Naciones, el Tratado de Versalles y la Oficina Internacional del Trabajo, que incorporan el interés por los derechos sociales en sus actividades (Hernández, 2015).

Mientras que la existencia de derechos individuales implica una obligación de no hacer para el Estado, que consiste en el respeto de las libertades del ser humano y que al integrarse a las normas jurídicas se vuelven derechos subjetivos públicos; los derechos sociales o de “segunda generación” implican una obligación activa por parte del órgano estatal, que consiste en determinar y establecer políticas, bases y lineamientos para hacer efectivo el disfrute de una mejor calidad de vida para diversos grupos o sectores de la población (Hernández, 2015).

El principal problema de los derechos económicos, sociales y culturales radica en hacerlos efectivos a través de la implementación de medidas necesarias para su plena vigencia, ahí está el reto para el Estado, al momento de establecer políticas tendientes a procurar el goce efectivo de esos derechos, sobre todo en el caso de los Estados subdesarrollados. La dificultad inmediata de los derechos de segunda generación, estriba en que se traducen en objetivos o metas por alcanzar (Contreras, 2000).

En palabras de Celso Lafer se da una complementariedad, entre los derechos de primera y segunda generación toda vez que los últimos pretenden garantizar las condiciones que den vigencia a los de primera generación, actuando contra los impedimentos del potencial humano (Citado en: Contreras, 2000).

Los derechos de segunda generación son básicamente tres: sociales, económicos, y culturales; y sus características son:

- La esfera de responsabilidades del Estado se amplía al imponerle un deber —satisfacción de necesidades— y un hacer —prestación de servicios— positivo
- El titular es el individuo en comunidad, quien se asocia para su defensa
- Su reclamo es mediato e indirecto condicionado a las posibilidades económicas del país
- Son legítimas aspiraciones de la sociedad (Aguilar, s.a.).

Algunos de los derechos que consagra esta generación son: el trabajo (salario justo, capacitación laboral, seguridad social, derecho a formar sindicatos, etc.); la educación, la cultura y el arte, la salud, la alimentación, la vivienda, el deporte, y el desarrollo, entre otros.

2.1.3.3. Tercera Generación

A partir de los años setenta del siglo pasado se comienza a hablar de la aparición de una nueva categoría de derechos humanos, a los que denominaron derechos

humanos de tercera generación o de solidaridad internacional. Su surgimiento es atribuido a las nuevas necesidades que se le presentan al hombre y a la colectividad humana en el actual grado de desarrollo y evolución. La existencia de una serie de preocupaciones a escala planetaria, que han adquirido carácter de urgencia en la actualidad —el grave deterioro del medio ambiente, la constante amenaza del cataclismo, el nivel de desarrollo de los Estados, entre otros—, plantea la necesidad de ampliar el catálogo de derechos humanos en una tercera generación (Hernández, 2015).

Hablar de derechos de tercera generación obliga a mencionar que con ellos nace un nuevo tipo de exigencia en cuanto a su protección, respeto o cumplimiento. Se habla de los intereses difusos, colectivos, transpersonales o supraindividuales. Esta terminología es la utilizada para identificar a los sujetos a los que los derechos de tercera generación están destinados a proteger; que no atañe a una determinada clase social, sino de un grupo humano. Así, por ejemplo, cuando se habla de “derecho a un medio ambiente sano” este protege al grupo humano que por recibir contaminación (cualquiera que sea el origen) corre el peligro de contraer enfermedades o padecer un periodo de vida más corto (Flores, 2014).

Los primeros instrumentos internacionales que incorporan los derechos de tercera generación son: la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1963; la Declaración sobre el Fomento entre la Juventud de los Ideales de Paz, Respeto Mutuo y Comprensión entre los Pueblos de 1965; los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 1967, y la Declaración sobre el Progreso y Desarrollo en lo Social de 1969. En 1984, Karel Vasak propuso la elaboración de un tercer Pacto Internacional sobre derechos de solidaridad, que incluiría formulaciones acerca de los derechos a la paz, al desarrollo, a un medio ambiente sano y al respeto del patrimonio común de la humanidad (Citado en: Contreras, 2000).

Karl-Peter Sommermann destaca la problemática que implica la incorporación de los derechos de tercera generación al sistema de protección jurídico-internacional de los derechos humanos indicando que:

Este sistema se caracteriza por la identificabilidad de los titulares de los derechos y de los correlativos deberes, lo cual permite el desarrollo de mecanismos de aplicación efectivos. En los derechos de tercera generación, esto solo sería posible con muchas matizaciones. Según su contenido, se trata más bien de directrices ético-políticas. Podrían, sin embargo, transformarse gradualmente en principios jurídicos (al menos algunos de sus aspectos) en una transición parecida a la que convierte a los principios programáticos en compromisos estatales consagrados en la Constitución (Citado en Contreras, 2000, pp. 37-38).

En otro orden de ideas, para Aguilar (s.a.), las características de estos derechos son:

- Pertenecen a grupos imprecisos de personas que tienen un interés colectivo común
- Requieren para su cumplimiento prestaciones positivas —hacer y dar— y negativas —no hacer—
- Su titular es el Estado pero también pueden ser reclamados ante un Estado (en el caso de grupos pertenecientes al mismo), o ante otro Estado (en el caso de la comunidad internacional)

Algunos derechos de esta generación son: la autodeterminación, la paz, la solidaridad, la independencia económica y política, la coexistencia pacífica, la cooperación nacional, el uso de los avances de la ciencia y tecnología y, el derecho al medio ambiente, el desarrollo, la identidad nacional y cultura, entre otros.

2.1.3.4. Cuarta Generación

Los derechos humanos de las tres primeras generaciones son resultado de la cultura humana que exige tiempo y esfuerzo para dar vigencia sociológica a esos derechos y llevar a su realización valores positivos. Ahora bien, a partir de las últimas décadas han surgido nuevas demandas entre los sociales sectores de los países, propugnando por el derecho al desarrollo, al progreso, la autodeterminación, a la paz, a un ambiente sano, a la libertad informática, a la identidad, entre otros. Esta generación de derechos emergentes viene a responder a nuevas necesidades de la sociedad que no habían aparecido antes, en el contexto de la contaminación de libertades ante los usos de algunas nuevas tecnologías y avances de las ciencias biomédicas (Flores, 2014).

Los derechos de cuarta generación son el resultado de nuevas reivindicaciones de los ciudadanos, por una parte, y por otra de las transformaciones tecnológicas derivadas de los nuevos conocimientos científicos y de su aplicación a nuevos campos de la vida del hombre. En esta nueva generación, el peso de la tecnología y la globalización son lo más importante. No se trata de derechos nuevos como sucede en otras generaciones, sino de derechos ya enunciados y regulados solo que redefinidos por las nuevas condiciones de la sociedad, la tecnología y la globalización (Flores, 2014).

Una clasificación más acabada de esta generación de derechos, los divide en tres subgrupos:

- a) Los derechos del hombre relativos a la protección de los ecosistemas, para garantizar la supervivencia futura de la vida humana en el planeta y al patrimonio de la humanidad. Dentro de estos destacan los derechos culturales y de autonomía de los pueblos indígenas. Se trata de derechos encaminados a las generaciones futuras. Sin embargo, se incluyen algunos derechos ya definidos en la anterior generación como el derecho al medio ambiente.
- b) Los derechos relativos a un nuevo estatuto jurídico para la vida humana, a consecuencia de las nuevas condiciones de la tecnología biomédica. Dentro de

estos podemos incluir el derecho a la vida, pero al igual que en el caso anterior, se trata de un derecho que por los avances recientes de la ciencia es necesario redefinir.

c) Los derechos derivados de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información (Flores, 2014).

En la última categoría se encuentra el derecho al olvido, producto de la revolución tecnológica y la comunicación (TIC). Las relaciones que se gestan a raíz de estas tecnologías trascienden de manera ágil y rápida las fronteras, al grado de alcanzar un nivel global. Sin embargo, las obligaciones positivas y negativas respecto al acceso y uso de las TIC corresponden a los Estados en tanto que se circunscriben al ámbito territorial de cada país, y en buena medida protegidas por los estándares rectores del derecho internacional de los derechos humanos.

La revolución tecnológica de finales del siglo XX y principios del siglo XXI y la consecuente aparición de lo que se denomina Sociedad del Conocimiento, ha resultado necesaria la creación de una nueva generación de derechos humanos relacionados directamente a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TICs) y su incidencia en la vida de las personas. En esta nueva etapa de la humanidad, las libertades y derechos se han introducido en el espacio digital lo que ha provocado que su reconocimiento y protección por parte de los Estados constituya un verdadero reto por parte de los sistemas jurídicos (Graciano, 2021).

Para Graciano (2021), dentro de la gama de derechos de cuarta generación se pueden enunciar los siguientes:

- Derecho de acceso a la informática
- Derecho a acceder al espacio que supone la nueva sociedad de la información en condiciones de igualdad y de no discriminación
- Derecho al uso del espectro radioeléctrico y de la infraestructura para los servicios en línea sean satelitales o por vía de cable
- Derecho a formarse en las nuevas tecnologías

- Derecho a la autodeterminación informativa
- Derecho al Habeas Data y a la seguridad digital

Conjuntamente con los nuevos avances tecnológicos se han introducido en el mundo de los derechos humanos diversas formas de vulnerarlos que obligan a una amplia protección. Los derechos de cuarta generación están basados en la necesidad de asegurar a todos los individuos el acceso a las tecnologías de la información y la comunicación. La tecnología surge por una necesidad y su fin no es otro que hacer más eficiente los recursos y más fácil y práctica nuestra vida cotidiana (Graciano, 2021).

En esencia, los mecanismos de dominación y de limitación de los derechos humanos en esta cuarta generación en lo que se refiere al espacio de la información o ciberespacio tiene más que ver con la limitación del acceso a las condiciones necesarias (ya sean técnicas, económicas o culturales) que permitirían el desarrollo de formas más avanzadas de participación pública y de intercambio y libre expresión de ideas y creencias. Las fronteras dejan de ser barreras impermeables cuando los llamados flujos transfronterizos de información (TDF - transborder data flow) las atraviesan por medio de cables y satélites de la misma forma que los fantasmas atraviesan los muros de los castillos ingleses. En este entorno técnico y político, se está librando probablemente una de las batallas fundamentales por la libertad de expresión. Por ello es relevante hablar de la condición de los derechos contenidos en Declaración Universal de Derechos Humanos en el nuevo entorno del ciberespacio, y de los ataques que pueden sufrir a través de las tecnologías de la comunicación y la información (Guerrero, 2020).

Si el derecho al olvido surge como una consecuencia ante la imposibilidad de olvidar hechos pasados producto de la facilidad de recordarlos por medio de las herramientas proporcionadas por el internet; entonces, el derecho al olvido se ubica como un derecho de cuarta generación, en el entendido que el contenido de esta etapa evolutiva de los derechos humanos implica entre otras cosas la demanda y

protección de los derechos ya regulados, pero en el contexto del uso de las tecnologías y medios de comunicación.

No obstante, existen posturas que consideran que un derecho para adquirir la categoría de derecho humano debe poseer el carácter de imprescindible para el ser humano. Este es el caso de Graciano (2021) quien apunta:

Muchos son los que piensan que los derechos de cuarta generación contribuyen con una vida digna porque les permite a las personas el acceso a la información de forma rápida, directa y segura, pero esta es una interpretación errónea del concepto de vida digna. Para que un derecho sea considerado como derecho humano debe tener una connotación tal en la vida de las personas que sin este la vida misma, el respeto a la dignidad y el desarrollo de la personalidad se vean obstaculizados.

El acceso al mundo digital solo busca mejorar las condiciones de vida, pero ello no implica que se trate de un elemento esencial para la misma. Son muchos los beneficios que obtenemos de la tecnología y es lógico que se le desee proteger, pero tenemos que ser conscientes que la tecnología en sí misma no soluciona todos nuestros problemas y así como soluciona algunos genera otros muchos más graves que los existentes.

Se coincide con la postura del autor en cuanto a que los derechos humanos son mínimos vitales basados en la dignidad del hombre y reconocidos por su propia naturaleza, como ya se indicó en rubros anteriores; empero, también es cierto que la dinámica y evolución de la sociedad han permitido, en sintonía con las tecnologías, la construcción de nuevos espacios de convivencia, es el caso del ciberespacio, en donde de igual forma que en la vida real se ejercen derechos, que si bien ya estaban reconocidos adquieren nuevos tintes. Por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión, de la identidad, a la información, entre otros, lo que otorga un giro significativo al obligar a los Estados a reconocer lo que, para efectos de este trabajo, se llama “derechos emergentes”, entre los cuales se encuentra el derecho al olvido. Se colige entonces que el derecho al olvido es un derecho que por el

contexto en el cual emerge bien puede ubicarse dentro de la clasificación que atiende al momento histórico, esto es, dentro de la cuarta generación de derechos humanos.

2.2. Del Derecho al Olvido

El propósito de este apartado es establecer los elementos esenciales que permitan dotar de contenido al derecho al olvido como un derecho humano, mismo que debe ser protegido a partir de lo desarrollado en el rubro anterior. En este sentido, se parte de la construcción de una definición que permita comprender su significado y alcance, para posteriormente abordar su naturaleza, alcance jurídico, límites respecto de su ejercicio y su relación con otros derechos.

2.2.1. Concepto de Derecho al Olvido

Hasta antes de la aparición del internet, la memoria tradicional imperaba sobre la memoria digital; con el paso del tiempo el olvido convertía en irrelevante ciertos datos, cierta información. Frases como la de Blasco Ibañez: “Tenemos dos fuerzas que nos ayudan a vivir: el olvido y la esperanza” pierden sentido en el mundo virtual en donde el olvido se desvanece, en donde los hechos pasados están siempre presentes gracias a los buscadores. De este fenómeno tecnológico nace el derecho emergente llamado derecho al olvido.

El derecho al olvido también ha sido llamado “derecho de supresión”, “derecho al olvido digital”, “derecho al olvido en Internet”, “derecho al olvido en la red”, “derecho a la desindexación”, “derecho a la oscuridad digital”, “right to be forgotten”, “right to delete”, “right to erasure”, “right to be delisted”, “right to oblivion”, “*droit à l’oubli*” y “*diritto all’oblio*”, son sólo algunos de los términos utilizados para referirse a la idea del olvido en la red.

Aun cuando el concepto del derecho al olvido no es nuevo, ya que se tiene antecedentes de figuras similares en diversas materias del derecho como el penal con la cancelación de antecedentes, la prescripción del delito y el indulto, o el fiscal

con la cancelación de obligaciones; lo que si resulta novedoso es el contexto en el que se produce el olvido, esto es, la virtualidad.

Si bien, el derecho al olvido es un derecho nuevo por la fuerza que adquiere con la sentencia europea de 2014 que permeo otras legislaciones; algunos teóricos se han dado a la tarea de construir sus propias definiciones con el fin de identificar elementos que permitan diferenciarlo de otros derechos. Es el caso de Guerrero (2018) para quien el derecho al olvido digital implica la posibilidad de retirar información personal publicada en Internet, cuando el titular de esos datos personales lo estime pertinente. Sin embargo, el propio Guerrero reconoce que no solo hay diferentes términos vinculados al derecho al olvido digital sino también diversas interpretaciones, como:

- a) Una forma de manifestación del derecho de autodeterminación informativa (Murillo, 1993)
- b) Un interés jurídicamente protegido (Álvarez, 2015)
- c) Una forma de caducidad del dato negativo (Puccinelli, 2012)
- d) La aplicación de derechos ya existentes en relación a la protección de datos (Castellano, 2015 y Dulong y Guadamuz, 2016).
- e) La posibilidad de borrar información personal de Internet (Bennet 2012 y Valderrama, 2016).
- f) La facultad de solicitar la supresión de datos personales en Internet (Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016).
- g) La facultad de solicitar la supresión de los enlaces a páginas de Internet que contengan datos personales (Pazos, 2015).
- h) La posibilidad de que no aparezcan las páginas con información personal en los resultados de las búsquedas de información en Internet (Consejo Asesor de Google, 2015).

De lo anterior se puede comentar lo siguiente: primero, el derecho al olvido si está ligado al derecho a la autodeterminación informativa; y por lo tanto subyace un interés jurídicamente protegido. Segundo, el contenido de este derecho está

relacionado con la acción de solicitar que se suprima, borra, cancele, o desaparezca del internet datos y/o información personal o relacionada con un sujeto determinado; entonces, la acción como tal se convierte en el primer elemento para la construcción del concepto.

Para, el español Simón Pere (2015) el derecho al olvido es una: “forma poética de referirse principalmente al derecho de cancelación, y eventualmente también al de oposición, en el marco del derecho fundamental de la protección de datos” (pp. 97-102). De esta manera el autor equipara el derecho al olvido con los llamados derechos ARCO y la protección de datos personales, como se conoce en México. Y es que el internet y las redes sociales han transformado la información en algo público, en algunos casos en hechos noticiosos. De ahí que el “derecho al olvido” busque amparar la posibilidad de que “los datos de las personas dejen de estar accesibles en la web, por petición de las mismas y cuando estas lo decidan: el derecho a retirarse del sistema y eliminar la información personal que la red contiene” (Pere, 2012, pp. 25-32).

Vaninetti considera que el derecho al olvido es: “la facultad que tiene un individuo o su familia de que no se traigan al presente hechos verídicos realizados en el pasado, deshonorosos o no, y que por el transcurso del paso del tiempo no son conocidos socialmente, pero que al ser divulgados ocasione un descrédito público” (Citado en Silberlieb, 2016) De esta definición resulta importante el término “hechos pasados”, es decir, que la información pertenezca al pasado de un individuo y que el traerla al presente puede ocasionarle algún tipo de daño, por lo que tiene el derecho a que sean olvidados.

El hecho de que la información desaparezca, se borre porque el tiempo ha hecho que no sea trascendental, es un elemento que se encuentra en muchas definiciones del derecho al olvido; como la de Paul Bernal: “el derecho a silenciar eventos pasados de la vida que ya no están sucediendo” (Citado en García, 2015). O también la de Cecile de Terwangne quien indica que es: “el derecho de las personas

físicas a hacer que se borre información sobre ellas después de un período de tiempo determinado” (Citado en Silberlieb, 2016).

Mayer-Schönberger sostiene, sobre la necesidad de olvidar, que es importante destacar el hecho de que: “el derecho al olvido (o a ser olvidado) es el derecho a cambiar, evolucionar y contradecirse, es decir, la información personal no puede ser conservada en los ficheros digitales por tiempo indefinido, sino únicamente por el tiempo necesario y hasta que se cumpla con el propósito por el cual fue recogida y almacenada” (Citado en García, 2015). Con ello García (2015) menciona que el derecho al olvido es “el derecho que tiene el titular de un dato personal a borrar, bloquear o suprimir información personal que se considera obsoleta por el transcurso del tiempo” (p, 125). Continúa diciendo que: “el derecho al olvido en Internet nada tiene que ver con el fin de la memoria, con prescindir del pasado, con el falseamiento de la historia... Toda vez que ni la memoria individual ni la historia colectiva están... en juego porque Internet depure informaciones personales específicas relativas a individuos que ni tienen ni pretenden gozar de interés público alguno” (García, 2015, p. 126).

Es cierto que el derecho al olvido está relacionado con olvidar hechos personales pasados traídos al presente que pueden causar un daño; su objetivo entonces no es alterar información o en su defecto la realidad histórica de un país, sino proteger la privacidad de un sujeto que gravita en una esfera privada y no pública. En otras palabras, el propósito no es ocultar información privada que por pulular en la red se ha vuelto del conocimiento público, sino eliminar información pública, a fin de evitar una divulgación más amplia, para garantizar la privacidad y la dignidad de las personas.

Pero, ¿Qué es el olvido? De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española es: “1. m. Cesación de la memoria que se tenía” (RAE, 2001, p. 1620); es decir, no recordar algo que paso. En la actual sociedad, las relaciones interpersonales han sufrido una serie de transformaciones a partir de la aparición del internet, al grado

de moldear el concepto de privacidad con una nueva impronta que elimina fronteras físicas, acota distancias y reduce brechas temporales, configurando una comunidad global informativa a través de la cual es accesible todo tipo de información de manera rápida, sencilla, y desde cualquier sitio del planeta del que se quiera acceder. Sin embargo, un ordenador puede y debe olvidar, así lo afirma Martín Pallín: “Un ordenador también debe olvidar; debe tener por lo menos esa faceta humana y pasar por alto algunas cosas una vez que ha pasado cierto tiempo, una vez que ya no son necesarios esos datos para el cumplimiento de los fines para los que se ha creado el archivo” (Citado en Silberlieb, 2016).

Luego, si se considera que olvidar es una facultad del hombre a fin de dejar atrás hechos que no tienen relevancia en la actualidad y sobre todo que pueden causar un daño, entonces cobra interés la afirmación de Ambrose respecto a que el derecho a olvidar implica: “el derecho a ser olvidado como la obligación de olvidar”.

Con todo lo anterior , se está en posibilidad de proponer una definición para entender el derecho al olvido, el cual considera elementos que han sido resaltados, y mismo que reza de la siguiente forma: **“El derecho al olvido es la facultad que tiene una persona física para solicitar la desindexación de datos o información personal que estén siendo tratados por el responsable siempre y cuando ya no sean necesarios para los fines para los que fueron tratados, no sean de interés público, sean imprecisos, tratados ilícitamente, o bien cuando los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal”**.

2.2.2. Sujetos del Derecho al Olvido

El surgimiento del internet ha supuesto una verdadera revolución para el desarrollo de imprescindibles derechos fundamentales como la libertad de expresión y la libertad de información, también ha supuesto nuevos riesgos para otros derechos, como el de la intimidad, el honor y la protección de datos. En este contexto surge el derecho al olvido cuyo fundamento tiene que ver con los riesgos originados por la

red, los cuales pueden afectar la reputación, la privacidad, la libertad y la dignidad humana. Máxime por la creciente acumulación y flujo masivo de la información personal en este nuevo entorno digital, aun cuando la misma haya perdido su interés.

Ahora bien, la problemática en torno al derecho al olvido emerge en relación al contenido publicado en Internet por un editor que, al ser indexado por un buscador, alcanza una máxima difusión, y afecta de forma negativa a una o varias personas. Ante esto, surge la pregunta ¿quiénes son los sujetos involucrados en el ejercicio del derecho al olvido? Las personas identificadas son las siguientes:

1. **El solicitante o afectado.** Es la persona que tiene derecho de solicitar que sus datos personales dejen de ser tratados, si ya no son necesarios para los fines para los que fueron recogidos, no son de interés público, son imprecisos, tratados ilícitamente, o bien cuando los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal. Es el afectado directo en sus derechos quien pretende la remoción del contenido o del enlace (Martínez, 2017).

2. **El internauta.** Es la persona que navega por Internet y accede a la información publicada por el editor o responsable de hacer públicos los datos, bien directamente, bien a través de la lista de resultados ofrecida por el buscador (Martínez, 2017).

3. **El editor o responsable de hacer públicos los datos.** Es quien ha publicado en internet la información que se considera intempestiva y perjudicial por el afectado y quien está obligado a indicar a los responsables del tratamiento de esos datos personales que supriman todo enlace a ellos, o copias o réplicas de tales datos. Además, debe tomar medidas razonables, teniendo en cuenta la tecnología y los medios a su disposición, para informar de la solicitud del interesado a los responsables que estén tratando los datos personales (Martínez, 2017).

4. **El responsable del tratamiento de datos.** Es quien debe suprimir sin dilación los datos personales. Los métodos para limitar el tratamiento de datos personales

podrían consistir en trasladar temporalmente los datos seleccionados a otro sistema de tratamiento, en impedir el acceso de usuarios a los datos personales seleccionados o en retirar temporalmente los datos publicados de un sitio internet. En los ficheros automatizados la limitación del tratamiento debe realizarse, en principio, por medios técnicos, de forma que los datos personales no sean objeto de operaciones de tratamiento ulterior ni puedan modificarse (Merino, 2018).

5. Intermediarios o motores de búsqueda¹². Es la persona jurídica cuya actividad empresarial consiste en clasificar y mostrar ordenado el contenido de Internet a sus usuarios. Normalmente lo hace mediante la presentación del contenido en una lista de resultados adaptada a las búsquedas de los usuarios. El buscador de mayor impacto en nuestro país es sin lugar a dudas Google. Sin embargo, existen otros motores de búsqueda con amplia aceptación, como Bing o Yahoo.

El debate gestado entorno a los motores de búsqueda en el marco del derecho al olvido es si son o no responsable en el tratamiento de los datos. Sobre esto los órganos jurisdiccionales se han decantado en dos caminos: aquellos que consideran que si los son, y los que argumentan que no tienen responsabilidad por ser meramente transmisores de información.

En Europa el Tribunal Europeo ha determinado que los motores de búsqueda son responsables del tratamiento de la información. Para este órgano jurisdiccional en el marco del caso Costeja, igual responsabilidad tienen, en el tratamiento de datos, Google Spain y Google Inc. Así, la sentencia del 13 de mayo, referida al caso C-131/12, debe interpretarse que:

¹² También llamado buscador de internet, motor de búsqueda, o search engine, es un programa que se utiliza para realizar búsquedas de información en Internet, a través de bases de datos que contienen índices de información, la búsqueda se realiza utilizando palabras clave y los resultados se muestran como enlaces al sitio que almacena la información. Ejemplos de motores de búsqueda son Google, Yahoo y Bing (Guerrero, 2018, p. 57). Técnicamente, los motores de búsqueda pueden ser examinados como un “proveedor de contenidos”, que consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado” (Platero, 2016).

la actividad de un motor de búsqueda, que consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado, debe calificarse de «tratamiento de datos personales» (Silberlieb, 2016, p. 131).

De igual forma el Tribunal enuncia que para respetar y proteger los derechos de las personas físicas en cuanto a la difusión de sus datos en Internet:

el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar, de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona, los vínculos a las páginas web publicadas por terceros y que contienen información relativa a dicha persona, también en el supuesto de que su nombre o información no se borren previa o simultáneamente de estas páginas web, y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita (Silberlieb, 2016, p. 131).

Estas consideraciones difieren cuando se trata de países como EEUU cuyos órganos jurisdiccionales han determinado que los motores de búsqueda no ostentan ningún tipo de responsabilidad sobre la información que aparece en sus resultados de búsqueda como se ha dejado claro en el capítulo primero de esta tesis (Moreno, 2019). En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Colombiana para quien “...las actividades de difusión y transmisión colocan a Google como mero transmisor de datos” (Espinoza, 2017, p. 148); este órgano jurisdiccional considera que los buscadores, como intermediarios de la información, no producen datos, sino que su actividad se ciñe a localizar información publicada por terceros en internet, indexarla automáticamente, almacenarla temporalmente y difundirla o ponerla a disposición de los usuarios según un orden de preferencia determinado. Por tanto, es responsable del tratamiento de datos únicamente quien tiene entre sus actividades la generación de contenido de información y no su localización y difusión.

En el caso de Argentina, la postura también es similar, aun cuando sí reconocen cierto grado de responsabilidad de los motores de búsqueda, sin que ello conlleve la imputación de una indemnización, al interpretar que:

los motores de búsqueda no tienen responsabilidad objetiva, ni tampoco el deber de indemnizar por la actividad que realizan, ya que estos no crean la información disponible en la Web sino que solo la recorren y prestan un servicio de indexación de contenidos sin modificarla... otorgándole un cierto nivel de responsabilidad a los buscadores en su actividad de intermediación por la publicación de la información, pero sin poderle imputar la responsabilidad por el daño causado (Silberlieb, 2016, p. 132).

Contrario sensu, en Perú, la autoridad jurisdiccional ha considerado que la actividad que desarrollan los motores de búsqueda si debe ser considerada un tratamiento de datos, lo que conlleva una responsabilidad directa en el tratamiento de la información. En este sentido, la resolución Directoral número 045-2015-JUS/DGPDP, indicaba que:

... un motor de búsqueda es un sistema informático que busca e indexa información almacenada en servidores de páginas web mediante robots llamados «arañas», los cuales están programados para recopilar información contenida en páginas web.

Adicionalmente... los motores de búsqueda, al catalogar la información de acuerdo a cierto orden de preferencia con el objeto de facilitarla a los usuarios de internet, están decidiendo sobre la finalidad y los medios de dicha actividad; por lo tanto, están realizando tratamiento de datos personales (Franco y Quintanilla, 2020, p. 286).

Finalmente, el Tribunal peruano concluye que: “para ofrecer sus servicios, el motor de búsqueda rastrea servidores de páginas web sin importar su ubicación geográfica, de modo que registra e indexa la información y, con ello, realiza el tratamiento de datos personales” (Franco y Quintanilla, 2020, p. 287).

En el caso de Chile si bien ha tenido asuntos que involucran el derecho al olvido, su máximo órgano jurisdiccional no se ha manifestado abiertamente sobre la responsabilidad de los motores de búsqueda en el tratamiento de la información por lo que no existe una postura clara al respecto. Finalmente, en cuanto a México es menester recordar que al día no existe una resolución que ponga fin a un conflicto relacionado con el derecho al olvido. Si bien, fue clara la postura del entonces organismo de transparencia IFAI (hoy INAI) en su resolución respecto a responsabilizar a Google ya que: “sí presta el servicio de motor de búsqueda, y también trata los datos personales”, en el posterior seguimiento del proceso la autoridad declaró sobreesido el juicio de Google México contra el INAI y ordenó la reposición del procedimiento.

Como el Séptimo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Primera Región no se pronunció sobre el contenido de la resolución, sino sobre la violación al derecho de audiencia y de la libertad de expresión, al considerar que la orden de remoción de enlaces de un motor de búsqueda constituía una medida de censura previa prohibida, en tanto que excluía enlaces del conocimiento público, lo que menoscaba el derecho a difundir información, se perdió la oportunidad de fijar una postura contundente respecto a la responsabilidad que puede corresponder a este tipo de empresas y sus intermediarios.

Ahora bien, una vez identificado el rol de cada sujeto implicado en el marco del derecho al olvido, es momento de mencionar los derechos que les corresponden y las situaciones con las cuales se pueden ver afectados.

1. El titular tiene el derecho ya reconocido del derecho al olvido, es decir, de solicitar la desindexación de la información al verse vulnerados varios de sus derechos constitucionales: la protección de datos personales, el honor, la intimidad y la propia imagen, la integridad física o psíquica, y el libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

2. El internauta, es el sujeto pasivo quien busca y accede a un contenido con lo cual ejercer su derecho a la información.

3. El editor o responsable de publicar los datos, es el sujeto que dependiendo de la naturaleza del mensaje –objetiva o subjetiva-, estará ejerciendo el derecho a la información o la libertad de expresión.

4. El responsable del tratamiento y el intermediario, ambos ejercen el derecho a la libertad de comunicación en su dimensión activa o pasiva con la efectiva difusión y acceso a un determinado mensaje.

De tal manera, que el principal conflicto trabado entre los sujetos, radica en los derechos del editor, el buscador y el internauta, respecto de los derechos del afectado quien esgrime su derecho a la protección de datos, normalmente en relación con su derecho a la intimidad y la vida privada. El derecho a la protección de datos reconoce a su titular la llamada autonomía o autodeterminación informativa, consistente en la capacidad de decidir en cada momento qué información personal será revelada, a quién y con qué objetivo.

2.2.3. Naturaleza del Derecho al Olvido

La pregunta de la cual se debe partir es si, ¿el derecho al olvido es un derecho humano, es un principio o es una pretensión?, para dar respuesta a ello se debe comprender que es un derecho, un principio y una pretensión. Sin embargo, en el mundo de la academia existen opiniones diversas sobre el alcance y significado de los conceptos aludidos, por ello solo se hará mención de los más relevantes a juicio personal que permitan contextualizar el derecho que se estudia.

El concepto de principio es el que más ha sido debatido por teóricos como Alexy, Dworkin, y Atienza. El primero por ejemplo considera que los principios son mandatos de optimización caracterizados por el hecho de ser cumplidos en diferente grado y en la medida de que su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales, sino también jurídicas (Alexis, 1997). Para Dworkin (2002) los principios tienen que ver con una serie de estándares, que no son normas ni reglas, que apuntan siempre a decisiones exigidas por la moralidad o impelentes de objetivos que han de ser alcanzados. En tanto que Atienza (2008) dice que son: normas de

carácter muy general que señalan la deseabilidad de alcanzar ciertos objetivos o fines de carácter económico, social, político, etc. o bien exigencias de tipo moral.

Por lo anterior, es claro que el derecho al olvido no puede ser un principio porque en términos de Alexis, un principio es un mandato en diferente grado, lo que implica una orden, algo imperativo que debe cumplirse y que desecha la voluntad del sujeto en automático. Si se trata de ubicar el derecho al olvido en la idea de Dworkin como principio, tampoco se podría lograr ya que no implica decisiones exigidas por la moral u objetivos que han de ser alcanzados si establece consecuencias jurídicas al cumplir con ciertas condiciones. Finalmente, según Atienza hay dos tipos de principios, las directrices que son de carácter muy general que señalan la deseabilidad de alcanzar ciertos objetivos o fines de carácter económico, social, político, entre otros, y los principios en sentido estricto que son exigencias de tipo moral. Entonces, el derecho al olvido podría parecer principio solo en cuanto a las directrices; pero, no en su *stricto sensu*, ya que las primeras se encaminan a una deseabilidad de alcanzar un fin justo o un bien común. La finalidad del derecho al olvido es garantizar que se respete el derecho a la intimidad, imagen y honor, por lo que sí podría cumplir con este criterio.

Por otro lado, la pretensión “como la mayoría de los tecnicismos jurídicos de los países de derecho romano-canónico, procede del latín. En esa lengua corresponde a postulare, postulatio-onis, que significa petición, solicitud, reclamación y también acusación o demanda” (IIJ, 1997, p. 2526). Es un término relacionado a la demanda que dirige el actor al tribunal en solicitud del ejercicio de la jurisdicción en el caso que se somete; pero, esta equivalencia puede llevar al error de confundir el continente o el contenido. La demanda es el acto jurídico en virtud del cual se provoca la actividad jurisdiccional para la composición de un litigio, en la cual se expresa la pretensión del actor (IIJ, 1997).

Echandía dice que la pretensión es: “una declaración de la voluntad”, en tanto que para Carnelutti es: “la exigencia de que un interés ajeno se subordine al propio, es

decir, al que ejercita la pretensión”. Rosemberg sostiene que la pretensión es: “la petición dirigida a obtener una declaración de la autoridad susceptible de ser cosa juzgada que se caracteriza por la solicitud presentada y, en cuanto sea necesaria, por las consecuencias de hecho y propuestas para fundamentar” (Citados en Quisbert, 2010).

Luego entonces, el derecho al olvido no puede ser considerado una pretensión porque la pretensión es la exteriorización de un interés de hacer exigible un derecho con independencia de que se detente o no. En definitiva, no es el caso del derecho al olvido, porque un derecho como tal se posee por el hecho de estar ligado, siguiendo el principio de interdependencia, a la privacidad, la intimidad, y por supuesto la dignidad humana, entonces la autoridad no puede decir en el marco de la pretensión si este le asiste o no al sujeto.

Ahora bien, por lo que respecta a si el derecho al olvido es un derecho, como se dejó asentado en rubros anteriores, no ha lugar a duda que el derecho al olvido es un derecho humano que debe ser considerado como derecho fundamental en palabras de Ferrajoli, al quedar materializado en un texto coercitivo interno. Se sostiene que es un derecho humano porque aplicando la postura de Serrano y Vázquez (2017) sobre la interconexión entre los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia, los derechos se ponen en acción. De esta manera el derecho al olvido es universal, interdependiente e indivisible del derecho a la intimidad, pero ampliado al ámbito tecnológico de la información. Por lo tanto, el derecho al olvido será un derecho humano, autónomo en su reconocimiento constitucional que limita el poder del Estado; pero, al mismo tiempo impone obligaciones positivas, cuya base es la dignidad humana.

2.2.4. Alcance del Derecho al Olvido

Desde la aparición del internet, el tratamiento de los datos adquirió gran importancia derivado de los medios de comunicación informáticos y las redes sociales, pues las fronteras tiempo y espacio, que protegían anteriormente la intimidad del individuo,

se difuminaron haciendo que la información personal sea tratada, comunicada, conservada, y manipulada, de muy diferentes maneras.

La idea que se tenía del derecho a la intimidad como estática y cerrada colapsa ante el mundo de información publicada en la red, tornándola abierta y dinámica, lo que implica el reconocimiento no sólo de un derecho sino, sobre todo, de la necesidad de nuevos mecanismos de protección (Fernández, 2013). En palabras de Garriga:

[...] el actual desarrollo de las tecnologías de la información, hace posible recoger y almacenar, sin límite de espacio, infinidad de datos sobre un mismo individuo, realizar un auténtico catálogo de informaciones personales sobre él y además interrelacionar todos los datos existentes sobre una misma persona, con independencia de que se encuentren en archivos distintos, relativos a diferentes etapas de sus vidas, o que estos hayan sido recogidos incluso en lugares lejanos. Se puede acumular, sin límite, la información y recabarla en cuestión de segundos con independencia de la distancia a la que se encuentre (Citado en Platero, 2016, p. 245).

En el mismo sentido, Simón Pere (2015) menciona: “Una de las principales características del ciberespacio es la preservación del pasado y la perennidad de la información, que se produce por defecto por la propia naturaleza y arquitectura red. Todo aquello que los usuarios comparten en Internet queda grabado o registrado por defecto, lo que puede conllevar efectos perversos si tenemos en cuenta que la red registra grandes cantidades de información de las personas” (p. 61).

Si una noticia es publicada en un medio tradicional como: la prensa, la radio, o la televisión, con el paso del tiempo desaparece del recuerdo de las personas, gracias a ese elemento denominado tiempo. Empero, cuando una noticia es publicada o bien datos son compartidos en Internet, el olvido se desdibuja puesto que esa información permanecerá eternamente en la red al ser una de sus características. Los datos se convierten en públicos porque cuando se difundieron eran de interés

público y tenían carácter noticiable; sin embargo, con el paso del tiempo se tornan irrelevantes, y al mismo tiempo se vuelven un recordatorio constante de hechos que pueden suponer una vulneración a otros derechos como la protección de datos personales o la intimidad de su titular (Moreno, 2019).

El hecho de etiquetar una foto o divulgar una información que pertenece a la intimidad del individuo se convierte en un peligro potencial de naturaleza familiar o profesional, afectando no solo a la reputación *online* de dicho usuario. El derecho al olvido en este escenario se constituye en una protección para la persona que así lo solicita, a fin de ya no estar presente en el internet a través de los datos que se refieren a ella. Ante esto, el principal desafío es revertir el proceso de publicación de la información, lo cual resulta complejo porque los hechos conocidos, solo el olvido los puede borrar y cuando la información es perene como en el caso del internet, solo resulta factible con la voluntad del individuo titular de los datos materializada en una solicitud de eliminación de los datos en los medios por los que han sido incorporados a la red.

En este punto, cabe distinguir dos supuestos:

1. La información que se pretende olvidar es publicada por el titular de los datos quien tiene pleno dominio de la misma y la facultad para borrarla, como sucede en la actualidad con las herramientas propias que otorgan las páginas. En este caso no es necesario invocar el derecho al olvido.

2. La información es publicada por un tercero en donde el titular no tiene la facultad para borrar los datos. En este punto el derecho a la información y el derecho a la expresión se confrontan con el derecho a la protección de datos por un lado y por otro con el derecho a la intimidad en donde el derecho al olvido se convierte en el derecho que posibilitará la realización y protección de aquellos.

Si nos enfocamos en este último supuesto, en concreto cuando la información constituye una noticia de interés público en el cual se puede confrontar el derecho

al olvido con el derecho a la información; pero, también con el derecho a la expresión. En otras palabras, el proteger los derechos de la persona en cuanto a la información personal que se ve afectada, y cuidar al mismo tiempo el acceso a la información en el internet y el ejercicio de expresión de ideas. Ante este dilema la piedra de toque para determinar cuál derecho debe ser preferido sobre el otro es: la veracidad de las afirmaciones, y el interés público.

En efecto, para estar constitucionalmente protegido, cualquier información deberá ser veraz, lo que significa que deberá ser mínimamente contrastada, ello en el marco de los principios de licitud, consentimiento, información, calidad, finalidad, lealtad, proporcionalidad y responsabilidad, previstos en la Ley de Protección de Datos mexicana. En consecuencia, los datos no contrastados, emitidos sin el mínimo de diligencia exigible, no gozarán de protección constitucional. El derecho al olvido debe tener el alcance suficiente para proteger a la persona en cuanto a sus datos; si solo si dicha información cumple con los principios marcados por la ley para que el tratamiento de la información pueda estar apegado a lo que mandata la norma. De esta forma se garantiza el derecho a la información y el derecho de expresión, al tiempo de proteger al sujeto al tener la posibilidad de olvidar sucesos de su pasado que no tienen relevancia, en el marco del derecho de protección de datos personales.

En cuanto a la confrontación que se produce entre los derechos derivados del ámbito personal como la intimidad, la conformación de la personalidad, entre otros, en el marco del derecho al olvido frente al derecho a la expresión y el derecho a la información. El conflicto se gesta cuando un tercero publica información que en principio pertenecía al ámbito privado de un sujeto, pero que el titular sube al internet, y por dicho acto es ahora publica, con la característica que el titular de los datos no es una figura pública.

En este caso, el derecho que debe ser garantizado es el derecho a la intimidad a fin de asegurar el goce de los demás derechos ya que la información si bien es publica

no tiene un impacto en el interés público, es decir, en nada beneficia o perjudica que dichos datos vuelvan a la esfera privada de un sujeto, al contrario, el que permanezcan pululando en el universo digital produce un daño considerable en la vida personal, familiar y social de una persona.

Parafraseando a Leturia (2016) se puede afirmar que el alcance del derecho al olvido estribaría en ser una fórmula clara y didáctica para legitimar restricciones a la libertad de expresión e información en beneficio de otros derechos —como la honra, la intimidad, la privacidad, la protección de la autonomía personal, entre otras— que surge como respuesta natural a una situación de conflicto entre dos pretensiones incompatibles. Para el autor, el elemento “temporal” es central, distinguiéndolo de otros ejercicios de ponderación que también imponen límites a la libertad de expresión. Siguiendo el pensamiento de Leturia (2016) el recuerdo de hechos pasados tiene cierta capacidad restrictiva, estigmatizante o limitadora para el desarrollo humano, por lo que la adopción de medidas que minimicen dichas consecuencias sería razonable, sin pretender afectar ni las comunicaciones estrictamente privadas ni el fuero interno.

Silberlieb (2016) sostiene que el surgimiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y, más aun, la aparición de Internet, han planteado la necesidad de establecer un marco legal que permita alcanzar un equilibrio entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad, ya que la facilidad en su acceso marca un salto cualitativo importantísimo. Si bien tanto el derecho a la protección de datos, como el derecho a la intimidad y libre desarrollo de la personalidad encuentran sustento en la dignidad humana, no hay que olvidar que como derechos humanos son interdependientes e indivisibles. De tal forma que al afectar uno se afectan los otros, si el derecho a la intimidad se vulnera, entonces también se afecta de manera indirecta el derecho al libre desarrollo de la personalidad. El derecho al olvido en este contexto se convierte en el derecho que hace posible la protección de los derechos enunciados, al garantizar que el olvido

sea el mecanismo para mantener en el pasado hechos que afectan el presente y seguramente el futuro de un individuo.

Para Simón Pere (2015): “El derecho al olvido digital, como manifestación de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, puede ser interpretado en el sentido de tutelar a los ciudadanos frente a la difusión de todas las informaciones pasadas que les puedan afectar en el futuro, con indiferencia de si afectan o no a los derechos de la vida privada, siempre que las informaciones no estén amparadas en el marco de las libertades informativas” (p. 183). Entonces, regresando a lo señalado con anterioridad el alcance del derecho al olvido estriba en la realidad de olvidar hechos que, en el presente o en un futuro próximo, causan un daño real a una persona determinada; así, el derecho al olvido se constituye en un derecho limitante para otros derechos.

Tanto Fernández (2013) como Palos-Sánchez y Robina (2018) afirman que el derecho al olvido tiene una dualidad, como “derecho a olvidar” y, como “derecho a ser olvidado”. El primero alude a un acontecimiento histórico no revitalizado debido al tiempo transcurrido hasta la fecha actual; en tanto que el “derecho a ser olvidado” invoca el derecho de un individuo a remover datos de la red por diversas causas. Ambos están interrelacionados a modo de un círculo, que puede ser virtuoso, si solo si, el olvido implique la posibilidad fáctica de no recordar hechos vergonzosos o negativos para el presente o futuro de un sujeto a fin de comenzar de nuevo sin estar atado al pasado. En tanto, el derecho a ser olvidado se expresa en un derecho de caducidad de la información personal por el simple transcurso del tiempo, o bien porque la finalidad ha perdido su razón de existir.

En palabras más sencillas, se reitera que el alcance del derecho al olvido radica en el olvido de hechos negativos que causan un daño presente o futuro al ámbito personal o familiar de una persona, y donde el factor temporal juega un papel trascendental cuando se trata de la caducidad de dicha información.

Autores, como Moreno (2019 y 2020), afirman que el derecho al olvido es un derecho poliédrico ya que no se limita a ser simplemente un derecho de supresión que se destine a proteger información que contenga datos personales o datos íntimos. Con lo que se coincide plenamente porque además es un derecho mucho más complejo al garantiza otros derechos como la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros, y poner límites a derechos como el acceso a la información y la libertad de expresión.

Sin embargo, se debe ser cauteloso en no confundir los alcances del derecho al olvido. Actualmente existe un debate entre el *the right to be forgotten* y el *droit à l'oubli*. El *the right to be forgotten* (derecho a ser olvidado) se considera un aspecto de la protección de datos personales; se refiere fundamentalmente a la creación y mantenimiento de un nivel razonable de privacidad de la información a través de mecanismos de control de los datos personales correspondientes. El *droit à l'oubli* es una parte de la vida privada del sujeto, en tanto derecho fundamental. Esta distinción también se refleja en un enfoque diferente: mientras que el *droit à l'oubli* ha tendido a ser invocado como un escudo contra la intrusión desproporcionada por los medios tradicionales (periódicos, noticieros, etc.) en la vida privada de las personas que han entrado en la esfera pública; el derecho a ser olvidado no tiene esa tradición o connotación (Ayala, 2016).

Lo anterior lleva a concluir que el alcance del derecho al olvido debe determinarse en función de cada caso presentado; debe ser analizado en su individualidad al tener en cuenta que su objetivo es hacer frente a los riesgos ocasionados por el uso del internet, con la intención de mantener a salvo la reputación, la intimidad, la libertad y la dignidad de cada persona. Para ello debe tenerse en cuenta tres factores que Ayala (2016) señala y con los que se coinciden al jugar un rol importante en la concurrencia del derecho al olvido con respecto a la información personal: el paso del tiempo, esto es, que la información deje de tener un interés o bien haya caducado; el significado de la información, es decir, que aquella no se refiera a datos que invadan la esfera personal del titular, y la regularidad con la cual

la información es usada, para determinar el daño presente o futuro que pueda generar en el titular.

2.2.5. Limite al Derecho al Olvido

El derecho al olvido como cualquier otro derecho encuentra límites en su ejercicio, porque un derecho no puede ser absoluto en su ejercicio, a fin de lograr una convivencia armoniosa. Las restricciones para la materialización del derecho al olvido se basan fundamentalmente en las que encuentra el derecho a la libertad de expresión, acceso a la información, intimidad, y protección de datos, los cuales toman como eje cardinal el interés público.

El establecer límites al derecho al olvido permite la materialización del derecho de terceros, como el del editor, el internauta, o bien los motores de búsqueda, por ejemplo; empero, al mismo tiempo, siguiendo el principio de interdependencia, garantiza el efectivo ejercicio de la autodeterminación informativa que implica la libertad de un individuo para decidir sobre qué actividades emprender y cuáles omitir.

Los límites que debe tener el derecho al olvido, siguiendo a Palos-Sánchez y Robina (2018) son:

- a) El interés público
- b) El propósito, es decir, si tiene fines de investigación científica, histórica, estadística, en la medida en que el ejercicio del derecho de supresión pudiera hacer imposible u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de dicho tratamiento.
- c) La formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

Se coincide completamente con la postura del autor citado. Sobre el interés público es imperante que este derecho como todos los demás lo atiendan. Pero ¿qué es el interés público? El término “interés” implica la valoración que tiene una cosa, y simultáneamente su provecho o utilidad; en tanto que el vocablo “público” refiere a aquello que es o pertenece al pueblo, la comunidad, y que no es de titularidad

individual. Por tanto, el interés público va a privar sobre cualquier interés particular, en caso de que sean confrontados. Desde la perspectiva mexicana, y considerando que el derecho al olvido, a pesar de no encontrarse reconocido expresamente en el texto constitucional y tener como base jurídica la dignidad humana, la libertad de actuar y el libre desarrollo de la personalidad, es decir, se configura como un derecho subjetivo de titularidad individual, debe atender el interés público.

Por otro lado, la SCJN ha considerado como de “interés público” cierto tipo de información procedente de personas concretas investidas de funciones públicas o relacionadas con ellas, al mencionar que:

... expresiones e informaciones atinentes a los funcionarios públicos, a particulares involucrados voluntariamente en asuntos públicos, y a candidatos a ocupar cargos públicos... están sujetas a un tipo diferente de protección de su reputación o de su honra, frente a las demás personas, y correlativamente, deben tener un umbral mayor de tolerancia ante la crítica (Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 2014, p. 806).

En este mismo sentido, el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos (OEA) en su informe del año 2008, también ha señalado que:

Por ello, en el contexto democrático, las expresiones sobre funcionarios públicos o personas que ejercen funciones públicas, así como sobre los candidatos a ejercer cargos públicos, deben gozar de un margen de apertura particularmente reforzado... los funcionarios públicos y quienes aspiran a serlo, en una sociedad democrática, tienen un umbral distinto de protección, que les expone en mayor grado al escrutinio y la crítica del público, lo cual se justifica por el carácter de interés público de las actividades que realizan, porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente, y porque tienen una enorme capacidad de controvertir la información a través de su poder de convocatoria pública (Capítulo III, párr. 39).

Hasta aquí la pregunta sería ¿qué sucede cuando ese interés público ha dejado de ser relevante? El derecho a ser olvidado no tiene relación con el fin de la memoria o con el falseamiento de la historia, sino con el Internet, visto como un medio contemporáneo del que se sirve la sociedad para engrandecer sus capacidades informativas, más no como espacio de opresión para las personas que les impida expresarse sus ideas, pensamientos y acciones. Cuando la información deja de tener un interés público y ya no tiene relevancia; pero, puede afectar o generar un daño a la persona, entonces es el momento de olvidar.

En este punto a nivel europeo se ha generado un debate interesante entre dos posturas que son identificadas como “preservacionistas” y “suprimistas”. Los primeros sostienen que el internet se convirtió en la puerta que permite el recorrido al pasado histórico de la humanidad; es el anaquel más amplio para que las futuras generaciones conozcan a través del legado digital sus orígenes. Por ello, consideran que borrar información de internet es la mayor amenaza a la libertad de expresión cuando la información ha sido recogida de manera legal y cuando es verdadera, aunque resulte perjudicial para algunos (Espinoza, 2017).

Por otro lado, los “suprimistas” coinciden en que el internet es el repositorio más gran de información; pero, argumentan que internet debe aprender a olvidar para preservar valores sociales que son vitales; además, señalan que la cultura humana no puede manejar una memoria absoluta sin amenazar la dignidad y la privacidad de las personas y sin crear una sociedad abierta, al tiempo de opresiva en el espacio cibernético (Espinoza, 2017).

La posibilidad de que la información permanezca perene en la red, sin que las personas tengan la mínima posibilidad de escaparse de su pasado, ocasiona, en palabras de Espinoza (2017), dos efectos importantes:

1. La afectación a la autonomía y a la libertad personal, reflejada por la poca o nula regulación de la internet enfocada en la eliminación, en los motores de búsqueda,

de datos personales que carecen de valor para el interés público, lo que puede provocar que las personas tengan miedo a expresarse libremente porque su información y sus acciones estarían a disposición de todos de manera perpetua. “En efecto, la posibilidad de ser condenados por los errores del pasado puede traer consecuencias dañinas para el proyecto de vida de un individuo” (Espinoza, 2017, p. 152).

2. La pérdida de control que los individuos puedan tener sobre sus datos personales, ante la memoria perene del internet; con lo cual también se socava la posibilidad de tomar decisiones autónomamente respecto de cuestiones vitales.

En otro orden de ideas, en relación con la segunda limitante relativa al propósito, esta está relacionada con las razones por las cuales la información no puede ser eliminada, como el hecho de que tenga como fin una investigación científica, histórica, estadística, entre otros. En palabras sencillas, el derecho al olvido no puede ser ejercicio cuando la información adquiere relevancia para fines científicos, históricos o estadísticos, en tanto si podrá ser eliminada cuando carezca de importancia o de interés público, sea ilícita, o falsa; pero, además se debe demostrar que no hay una razón legítima que justifique su tratamiento.

De acuerdo con Peter Fleischer existen tres escenarios de eliminación de los datos personales que varían según la intensidad de la libertad de expresión. El primero, cuando el dueño de la información sube sus propios datos como fotos, mensajes, pensamientos, ideas a páginas como Facebook, y luego puede eliminarlos en el momento que lo decida. El segundo escenario, se produce cuando una persona sube información personal, pero luego es compartida por un tercero en otro sitio; aquí el problema yace en determinar quién es el dueño de la información y el hecho de que la eliminación dependería de la voluntad de un tercero. Finalmente, el escenario más polémico, en donde otros publican información personal de un individuo y este solicita a los intermediarios de internet que eliminen dicha información (Citado en Espinoza, 2017).

El primer escenario planteado abre paso al olvido, con la llave puesta por las plataformas al posibilitar la eliminación de los datos que suben y que los usuarios quieren que no sean recordados. El segundo supuesto puede implicar un tratamiento indebido de la información por parte de un tercero cuando no tenga el consentimiento del titular de los datos, al acreditar una sanción; en este punto el derecho al olvido debe operar a fin de eliminar esa información que incluye los enlaces respectivos. Finalmente, en el último caso, en donde una persona publica información personal de un tercero sin su consentimiento que puede generar algún tipo de daño; hay que distinguir en razón de la información y su relevancia, no en función del sujeto; es decir, si la información pública constituye un hecho noticioso de interés público, como una noticia informativa publicada por un diario digital, entonces sin duda el derecho al olvido no puede ser procedente. En cambio, cuando la publicación de la información constituye un acto irresponsable, mecanismo de venganza o revanchismo evidente, que genera un daño a la persona, con independencia de la sanción que conforme a la ley pueda aplicarse, el derecho al olvido debe ser ejercido.

Por último, la tercera limitante del derecho al olvido respecto de la formulación de la reclamación está relacionada con el desarrollo tecnológico y las comunicaciones que han puesto en entredicho la privacidad de las personas, es decir, han ocasionado la invasión del recinto sagrado y doméstico. Luego entonces, el derecho al olvido al no ser un derecho absoluto, lleva a que la solicitud de reclamación o petición de eliminación tenga un fundamento sólido, no puede pedirse la desaparición de datos en abstracto, sino que debe analizarse la información del caso concreto y entonces decidir si es procedente eliminarla. El *quid* es determinar si la información es relevante o de interés público para que sea procedente la solicitud.

2.2.6. Derechos Humanos Relacionados con el Derecho al Olvido

El ejercicio del derecho al olvido conlleva la relación con otros derechos con los que coincide ya sea para abonar a la garantía de su ejercicio o bien para convertirse en una limitante. De tal forma, el internet debe encontrar en los derechos humanos un dique. La *web* es, en ese sentido, un sustento para algunos derechos (el derecho a la información y la libertad de expresión), pero también un riesgo para la garantía de otros derechos (la dignidad, la protección de datos, autodeterminación de la información) lo cual debe ser considerado para regularla de forma adecuada en ambos sentidos. Luego entonces, este apartado tiene como objetivo analizar los derechos humanos para los que el derecho al olvido es una garantía y aquellos para los que significa una limitación, a fin de determinar el punto de conexión que facilita su dualidad.

2.2.6.1. Dignidad Humana

¿Qué es la dignidad humana y como debe considerarse en el marco de los derechos humanos? La respuesta permitirá establecer la relación entre este elemento y el derecho al olvido. Dignidad deriva del latín *dignitas*, que significa: “Cualidad de digno” (RAE, 2001, p. 823) que a su vez viene del latín *dignus*, que significa “merecedor de algo” (RAE, 2001, p. 823). De acuerdo con el Diccionario Jurídico Mexicano (IIJ, 1991) “Al hablarse de dignidad de la persona humana se quiere significar la excelencia que esta posee en razón de su propia naturaleza” (p. 286). Con lo que se infiere que la dignidad es algo que la persona posee por el simple hecho de pertenecer a la raza humana. La idea de dignidad se remonta a la época antigua, mucho antes de la era de Cristo, y fue evolucionando hasta nuestros días. El complemento humano es el vocablo que restringe el valor aplicable a esa especie.

Las personas son valiosas en sí mismas y sin condicionamientos con motivo de su sola existencia, dada su naturaleza intrínseca como seres racionales, por la que son sensibles a las ofensas, discriminaciones, distingos injustificados, desprecios, o humillaciones a su condición de ser humano. El respeto de esa cualidad natural que amerita reconocimiento y resguardo, empieza en la persona misma y se proyecta

como escudo protector a los demás de manera mutua y concomitante, así como a los demás entes públicos (Arellano, 2017, p. 54)

Para Arellano (2017) la dignidad humana es un valor universal que le confiere a los seres humanos una valía suprema en la naturaleza, al tiempo de establecerse como un límite de actuación para las demás personas o autoridades. Con esto se afirma que la dignidad tiene una cualidad dual, como valor universal intrínseco a la naturaleza de la persona, y como límite de actuación.

El actual paradigma contemporáneo de dignidad humana se fundamenta tanto en su conexión con los derechos humanos, como, según Habermas, en una nueva carga moral política y progresivamente adquirida en reacción a los crímenes y atrocidades de la segunda guerra mundial (Pele, 2015, p.7), que toma como base ese valor universal intrínseco a la persona. Pele (2015) afirma que la idea de dignidad humana tiene dos formas complementarias: como valor de todos los seres humanos, y como fundamento de los derechos fundamentales. En relación con el primer aspecto, la dignidad humana sería un valor inherente y absoluto al ser humano; en el segundo aspecto, los derechos humanos tendrían su razón de ser y justificación en la protección y el desarrollo de la dignidad humana. Estas dos dimensiones permiten entender el modelo contemporáneo de dignidad: un valor intrínseco al ser humano, que no depende de algo para ser adquirido, y justificando la consolidación y el desarrollo de los derechos fundamentales.

Como se mencionó líneas arriba los crímenes ocurridos durante la segunda guerra mundial en donde perdieron la vida millones de judíos, se convirtió en el momento ideal para cuestionar la tradicional formal del derecho y pasar a su necesaria validez ética, con lo que se construye un nuevo concepto de dignidad humana, que a partir de entonces postulan los instrumentos internacionales protectores de derechos humanos. La Declaración Universal de Derechos Humanos en la parte de su preámbulo inicia con la frase: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los

derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...”; adicionalmente su primer artículo menciona: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

De igual forma, su artículo 22 se refiere a la dignidad en el contexto de los derechos económicos, sociales y culturales al indicar que: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”. Finalmente, de manera específica el artículo 23 tercer párrafo se refiere al derecho al trabajo y su remuneración que asegure “una existencia conforme a la dignidad humana”.

A nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos también contiene referencias a la dignidad. En específico, el artículo quinto, numeral segundo, establece que: “... Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. El artículo sexto, también numeral segundo, deja claro que: “... El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso”. Por último, el artículo 11 sobre la protección de la integridad personal en su primer numeral dice que: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

La tendencia internacional se reflejó también en las Constituciones de los diferentes Estados. Es el caso de la Constitución alemana de la posguerra que incorpora el concepto de dignidad de la siguiente forma: “... La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección...”.

En México la inclusión del vocablo dignidad es relativamente reciente. Se produce con la reforma constitucional de carácter económico al artículo 25, en el sentido de

la obligación del Estado a tomar en cuenta en la rectoría del desarrollo nacional la dignidad como un valor, pues la necesidad de una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permiten el pleno ejercicio de la libertad y dignidad de los individuos, grupos y clases sociales cuya seguridad protege la Constitución. Posteriormente, no es sino hasta junio de 2011 con el llamado cambio de paradigma constitucional que el artículo primero sufre una modificación importante para incluir de manera expresa el término dignidad en su párrafo quinto:

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

En relación con lo anterior, cabe aclarar que el término “dignidad humana” ya existía en dicho artículo en virtud de una reforma constitucional correspondiente a los primeros años del presente siglo; pero, no es sino hasta el año 2011, con la contundente reforma integral en materia de derechos humanos que alcanzó un significado de mayor envergadura.

Por otra parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en relación a que la dignidad humana es considerada una condición y base de los derechos fundamentales, como se desprende de la Tesis PLXV/2009, que dice:

El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana y que, junto con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México, reconocen el valor superior de la dignidad humana, es decir, que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base

y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal. Además, aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian expresamente en la Constitución General de la República, están implícitos en los tratados internacionales suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos derivados del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, pues sólo a través de su pleno respeto podrá hablarse de un ser humano en toda su dignidad (Semana Judicial de la Federación y su Gaceta, 2009, p. 8).

Con esta resolución se reconoce “el valor superior de la dignidad humana” e indicar que es base para los demás derechos. Esto es trascendente para el presente estudio, ya que este elemento será el marcador para establecer el momento en que un derecho humano está siendo trasgredido. Es menester señalar que la resolución que se comenta ha tenido críticas enfocadas en la equiparación de la dignidad humana como un derecho fundamental; al respecto se puede mencionar la postura de Arellano (2017) quien considera que: “la dignidad humana no es ni debe considerarse como un derecho fundamental, sino que, en todo caso, es el objeto superior de protección de todos los derechos fundamentales. Por esas mismas razones, tampoco convenimos con la consideración de que se trata de un derecho fundamental base de todos los demás derechos...” (p. 56). Se concuerda con el autor en que la dignidad humana no es un derecho fundamental, porque como ya se dijo, en realidad es una cualidad que se posee por el simple hecho de ser persona, y por lo tanto, es la base de los demás derechos humanos; empero no por ser un derecho humano sino por el valor universal que otorga la naturaleza misma del ser.

A la postre, la SCJN emitió otro criterio, que actualmente conforma jurisprudencia, con la tesis 1a./J. 37/2016, en el cual la dignidad humana es considerada como una norma jurídica:

La dignidad humana no se identifica ni se confunde con un precepto meramente moral, sino que se proyecta en nuestro ordenamiento como un bien jurídico circunstancial al ser humano, merecedor de la más amplia protección jurídica, reconocido actualmente en los artículos 1o., último párrafo; 2o., apartado A, fracción II; 3o., fracción II, inciso c); y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, el Pleno de esta Suprema Corte ha sostenido que la dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad. Así las cosas, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta -en su núcleo más esencial- como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada (Semana Judicial de la Federación y su Gaceta, 2016, p. 1).

Arellano (2017) no comparte este criterio porque en todo caso considera que: “la dignidad humana es el objeto de protección de la norma jurídica, el valor o el fin que resguarda, pero no es en sí una norma jurídica, como sí lo es v.gr. el número 1º de la Constitución, en cuyo contenido se regula la dignidad humana” (p. 57). No se considera acertado el asignar a la dignidad humana la categoría de norma jurídica porque si la dignidad humana es la base de los demás derechos humanos, y es reconocida por su naturaleza como un valor intrínseco universal; entonces sería

erróneo pensarla como una norma jurídica cuya característica es la regulación, esto despojaría a aquella de su esencia, es decir, del hecho de ser connatural al ser humano. Ello ha quedado asentado en la tesis Tesis: VI.3o.A. J/4 que reconoce la dignidad humana propia de las personas física y no de las personas morales:

Del proceso legislativo que culminó con la reforma al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, se advierte que la intención del Constituyente Permanente de sustituir en su primer párrafo la voz "individuo" por "personas", es la de utilizar una expresión que no se refiera a un género en particular y abarcar "a todo ser humano titular de iguales derechos y deberes emanados de su común dignidad y en los casos en que ello sea aplicable debe ampliarse a las personas jurídicas.". Ello evidencia que, por regla general, las personas morales -previstas en el artículo 25 del Código Civil Federal- son titulares de los derechos humanos reconocidos en la propia Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, sin embargo, por su condición de entes abstractos y ficción jurídica, no pueden gozar de ciertos derechos privativos del ser humano, como ocurre con la dignidad humana, que es connatural a toda persona física. Esto, ya que dicho concepto tutela el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros, los relativos a: la vida, la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal (Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 2013, p. 1408).

Se reitera que la dignidad humana es connatural a toda persona física y de la cual se desprenden los demás derechos necesarios para que los individuos puedan desarrollarse integralmente. Asimismo, el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil

del Primer Circuito reconoce la dignidad humana como un valor supremo exclusivo del ser humano propio de su naturaleza, al indiciar en la tesis I.5o.C. J/31 que:

La dignidad humana es un valor supremo establecido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud del cual se reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna. (Semana Judicial de la Federación y su Gaceta, 2011, p. 1529)

Con todo lo anterior, es posible concluir que el órgano jurisdiccional en México considera la dignidad humana como un valor superior que debe ser respetado por todos los demás —personas y autoridades—, lo que permite que en un asunto sometido ante la autoridad jurisdiccional se preserve esa calidad única y excepcional del hombre por su naturaleza intrínseca, siendo esa la función desempeñada por la dignidad clave de un derecho humanista.

Ahora bien, el reconocimiento de la dignidad humana como valor supremo ha hecho posible a su vez el reconocimiento de otros derechos no escritos, ello con la intención de dar respuestas a los nuevos retos derivados de los cambios y transformaciones sociales, como el creciente uso del internet, el tratamiento de datos personales, y la difusión de la información. Se habla de derechos que emergen de estos contextos, como el derecho al olvido, ante la posibilidad de mantener una memoria perene de sucesos que en la actualidad o en el futuro próximo producen afectaciones a una persona determinada.

Cuando se presenta un asunto derivado del uso del internet en el cual se vea afectada una persona por información o datos que navegan en el ciberespacio la pregunta que debería formularse es ¿Cómo la dignidad humana del individuo se ve afectada si los datos se conservan en la red? A partir de la respuesta a esta interrogante se podría obtener una solución que observe la protección de derechos humanos, al ser la dignidad humana la base de aquellos. Así, la dignidad humana y

el derecho al olvido encuentran una estrecha relación al ser la primera el sostén del segundo.

2.2.6.2. Intimidad

El derecho a la intimidad se inserta dentro de la primera generación de derechos humanos. Su tradición es ya centenaria en EEUU desde el trabajo pionero de Warren y Brandeis. En la actualidad el derecho a la protección de la intimidad cobra relevancia inusitada en virtud de los avances tecnológicos que hacen más vulnerables a los individuos frente a las intromisiones en su vida privada. La importancia del derecho a la intimidad radica en el reconocimiento de que no es suficiente proteger derechos tradicionales como el derecho a la vida, sino también es necesario remover obstáculos para disfrutar de una vida plena, sin intromisiones (Celis, 2006, p. 73)

En México el derecho a la intimidad no se encuentra reconocido en la Constitución de 1917, aun cuando si está parcialmente protegido porque existe un reconocimiento en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos de los que México forma parte, y mismos que están integrados a la legislación interna. El derecho a la intimidad se asocia con la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás. En sus inicios el derecho a la intimidad es un derecho a la soledad, a ser dejado en paz, sin ser molestado por los demás (Carbonell, 2014, p. 455).

Las personas, en sus distintos ámbitos de relación, pueden establecer áreas de separación u ocultamiento frente a los demás con el fin de comportarse de una manera más relajada sin estar sujetos a la observación ajena o la justificación de su conducta ante terceros. Esta voluntad de reserva puede expresarse a través del uso de barreras físicas —un lugar apartado—, barreras conductuales —un comportamiento que supone el rechazo de una intromisión como callarse cuando un tercero irrumpe en una conversación privada—, o barreras sociales —asumir que, de acuerdo con las normas que definen las relaciones de amistad, cierta

información o imágenes compartidas entre amigos no van a trascender de ese círculo— (Hughes, 2012, pp. 807).

En cualquier caso, cada barrera es un supuesto que permite garantizar una esfera de libre desenvolvimiento del individuo más allá de los espacios en que puede gozar de intimidad, como el domicilio. El empleo de este tipo de barreras genera una expectativa razonable de privacidad que conlleva la pretensión de que será respetada por los terceros (García, 2015, p. 127).

Antes de seguir es conveniente establecer la relación entre intimidad y privacidad. La primera implica: “2. Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia” (RAE, 2001, p. 1295). Es relativo a aquello que está en el interior de la persona.

En una primera época, el derecho a la intimidad o privacidad no se admitía con carácter autónomo. Tal derecho se fundamentaba en el derecho de propiedad. No se reconocía un derecho a la intimidad independiente del derecho a la propiedad. Pero eso no significaba que tal derecho no existiera. Pues la intimidad tiene su fundamento en la inviolabilidad de la persona humana: sólo el individuo tiene el derecho de hacer públicas cuestiones relativas a su intimidad (Pfeffer, 2000, p. 465).

En la legislación estadounidense el derecho a la intimidad encuentra correspondencia con el *right of privacy*. Esta institución del *Common Law* aparece hacia finales del siglo XIX cuando Warren y Brandeis publican su obra *The right of privacy*, que tuvo un gran desarrollo doctrinal (Celis, 2006, p. 73). En ella planteaban su preocupación por las excesivas incursiones de la prensa en actividades privadas de las personas y la confusión que según ellos existía entre noticias de interés general y el mero chismorreo, que no solamente no estaría protegido sino que en caso de que afectara a la intimidad, honra o el buen nombre de una persona, podía incluso generar un derecho a ser indemnizado por parte de la persona que lo sufre (Carbonell, 2014, p. 456).

Algunos autores proponen distinguir entre la intimidad, la privacidad y la publicidad; otros opinan que no se debe confundir la intimidad con el *right of privacy* de los estadounidenses, que conforme a su idiosincrasia consideran la privacidad como el derecho a estar aislado y no ser arrastrado por la publicidad; además que para ellos esta materia es más bien elevada por los tribunales que por la doctrina y la ley (Celis, 2006, p. 73). Al respecto, el Comisionado Guzmán manifestó que el concepto de vida privada comprende la intimidad o privacidad, porque ésta envuelve el ámbito de una zona de la vida de la persona que debe quedar precisamente excluida de la noticia o de la invasión externa (Pfeffer, 2000, p. 466).

Por lo anterior, se hará uso indistinto del vocablo intimidad y privacidad para efectos de este trabajo, ya que lo importante es el contenido del derecho que se aborda, más que la forma en que se le denomina. Aunque si bien, García (2015) sostiene que la intimidad tiene dos dimensiones una cerrada y estática y otra abierta y dinámica. Esta última es producto de la realidad originada por el desarrollo tecnológico y la creciente recogida de información personal —datos personales— por parte de autoridades públicas y personas privadas. La intimidad en su carácter abierto y dinámico implica la retirada voluntaria y temporal de una persona de la sociedad en general por medios físicos o psicológicos, tanto en un estado de soledad o intimidad en un pequeño grupo, como en el anonimato o la reserva en caso de encontrarse dentro de un grupo numeroso. Así, le otorga a la intimidad la característica de adaptativa y un nuevo papel más amplio en función de los avances tecnológicos, a lo que llama privacidad:

De ahí que la intimidad ha pasado a formar parte de un ámbito más amplio, esto es, el de la privacidad, como consecuencia de la revolución tecnológica, así como por el incremento de la capacidad de los gobiernos, las empresas y las personas de llevar a cabo actividades de vigilancia. Lo cual hace necesaria la ampliación de su ámbito de protección, así como el establecimiento de nuevos instrumentos de tutela jurídica (García, 2015, p. 116).

La intimidad es la propia privacidad, porque ambas pertenecen al ámbito personal de decisión del sujeto sobre que comunicar, cuando, como, y a quien hacerlo; *de facto* privacidad se describe como: “Ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión”. Ambos pertenecen a la vida privada, ambos deben ser protegidos de cualquier intromisión, y en ambos el sujeto titular es quien decide el momento que la comunicación pasa a ser pública. En términos de Alan Westin (1970) es: “La facultad de los individuos, grupos o instituciones para determinar por sí mismos cuándo, cómo y hasta dónde puede comunicarse a otras determinadas informaciones sobre ellos” (p. 120). Entonces, se ratifica que los términos aludidos serán manejados de forma indistinta.

Carbonell (2014) identifica dos tipos de amenazas contra la intimidad: la acción o intromisión en un espacio o zona propia, y el conocimiento o intromisión informativa sobre hechos, datos o aspectos relativos a la vida privada de una persona. Puede hablarse entonces de una intimidad “territorial” y una intimidad “informativa” o confidencial. En forma más desglosada Pfeffer (2000) estima como atentados a la intimidad o privacidad los siguientes:

- a) La intromisión en la soledad física que la persona se reserva en el hogar o respecto de sus bienes, por ejemplo, a través de micrófonos o cámaras que se instalan para grabar conversaciones privadas, filmar en su círculo íntimo;
- b) El divulgar públicamente hechos privados, aun cuando aquellos no atenten contra el honor o no sean lesivos para la persona;
- c) La divulgación de hechos deformados o falsos relativos a una persona, por ejemplo, cuando se distorsiona la imagen, nombre, voz del individuo con fines comerciales, y
- d) El apropiarse indebidamente en provecho propio del nombre o imagen ajenos (p. 467)

Conforme al derecho estadounidense, puede hablarse de violaciones a la intimidad en los siguientes casos:

1. Cuando se genere una intrusión en la esfera o en los asuntos privados ajenos;
2. Cuando se divulguen hechos embarazosos de carácter privado;
3. Cuando se divulguen hechos que suscitan una falsa imagen para el interesado a los ojos de la opinión pública;
4. Cuando se genere una apropiación indebida para provecho propio del nombre o de la imagen ajenos;
5. Cuando se eleven comunicaciones confidenciales, como las que se pueden llevar a cabo entre esposos, entre un defendido y su abogado, entre un médico y su paciente o entre un creyente y un sacerdote (Citado en: Carbonell, 2014, p. 460)

Sin duda en el ámbito de la intimidad no cabe injerencia por parte de terceros, en tanto no se trate de información que impacte en la sociedad ni en los derechos de los demás, y por tanto el mantenerla en el ámbito reservado de la intimidad no conlleva un origen o acción discriminatoria frente a la cual el individuo quedaría en un estado de indefensión. Para Celis (2006) el derecho a la intimidad es una:

facultad subjetiva reconocida a favor de la persona física, de no permitir la intromisión de extraños, en lo que respecta al ámbito de su reserva individual, sin perjuicio de las limitaciones normativas que de manera expresa se establezcan o de costumbres y usos sociales prevalecientes en una época y lugar determinados (p. 74).

El derecho a la intimidad o vida privada es el ámbito de libertad necesario para el desarrollo de la personalidad, sin posibilidad de intromisiones ilegales, que constituye el presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos. Los aspectos que comprende el derecho a la privacidad, de acuerdo con Celis (2006) son:

- Derecho de reserva o confidencialidad, que tiene como finalidad la protección de la difusión y relevancia de los aspectos pertenecientes a la vida privada
- El respeto a la vida privada, que tiene por objeto la protección contra intromisiones ilegítimas en ese espacio (p. 75)

De esta manera el derecho a la intimidad atribuye a su titular la posibilidad de excluir la intromisión de terceros en aquello que constituye una zona núcleo de la personalidad, que comprende lo privado, lo reservado y lo íntimo (Celis, 2006).

Gutiérrez Boada (2001), siguiendo a Pérez Luño, sostiene que en nuestra época resulta difícil concebir la intimidad como un derecho de defensa frente a cualquier intromisión en la vida privada, sin contemplarla, al mismo tiempo como un derecho activo de control sobre el flujo de informaciones que conciernen a cada sujeto. Es precisamente la característica de control o defensa que se puede afirmar que el derecho a la intimidad es un derecho fundamental, porque para Celis (2006) implica: “una defensa frente a la intromisión por parte del Estado o de la comunidad, sino también porque su plena vigencia posibilita el desarrollo íntegro de la personalidad del individuo” (p. 79).

Sin lugar a dudas el derecho a la intimidad es un derecho humano que ha sido recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, específicamente en su artículo 12 al indicar que: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. Empero, también al ser parte de la primera generación de derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 17 que dice:

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

El citado artículo 17, fue interpretado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su Observación General número 16 (1988), en los siguientes términos:

10. La recopilación y el registro de información personal en computadoras, bancos de datos y otros dispositivos, tanto por las autoridades públicas como por las particulares o entidades privadas, deben estar reglamentados por la ley. Los Estados deben adoptar medidas eficaces para velar por que la información relativa a la vida privada de una persona no caiga en manos de personas no autorizadas por ley para recibirla, elaborarla y emplearla y porque nunca se la utilice para fines incompatibles con el Pacto. Para que la protección de la vida privada sea lo más eficaz posible, toda persona debe tener el derecho de verificar si hay datos personales suyos almacenados en archivos automáticos de datos y, en caso afirmativo, de obtener información inteligible sobre cuáles son esos datos y con qué fin se han almacenado. Asimismo, toda persona debe poder verificar qué autoridades públicas o qué particulares u organismos privados controlan o pueden controlar esos archivos. Si esos archivos contienen datos personales incorrectos o se han compilado o elaborado en contravención de las disposiciones legales, toda persona debe tener derecho a pedir su rectificación o eliminación.

Asimismo, por los cambios vertiginosos producidos en la era de las tecnologías que han puesto en riesgo la intimidad y cambiado su alcance, la tendencia invasiva de los medios de comunicación y las posibilidades que ha abierto la informática hacen necesario proteger ese ámbito privado del individuo. Por lo que Asamblea General de las Naciones Unidas emitió la resolución 68/167 sobre el Derecho a la Privacidad en la Era Digital, aprobada el 18 de diciembre de 2013, en la que se refleja claramente la preocupación por posibles violaciones a la privacidad efecto del uso de nuevas tecnologías:

Observando que el rápido ritmo del desarrollo tecnológico permite a las personas de todo el mundo utilizar las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones y, al mismo tiempo, incrementa la capacidad de los gobiernos, las empresas y las personas de llevar a cabo actividades de vigilancia, interceptación y recopilación de datos, lo que podría constituir una violación o una transgresión de los derechos humanos, en particular del derecho a la privacidad... (Preámbulo, párrafo cuarto)

La propia Asamblea en el numeral 4, inciso a, exhorta a los Estados a que: “Respeten y protejan el derecho a la privacidad, incluso en el contexto de las comunicaciones digitales...”.

Ya en el ámbito regional, la Convención Americana de Derechos Humanos también reconocía como su homóloga el derecho a la privacidad en el artículo 11, numeral segundo, que dice: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”. Esto ha permitido que la CoIDH haya desarrollado una vasta jurisprudencia, como se observa en algunos casos controvertidos. Ejemplo de ello es la resolución *Atala Ríffo y niñas vs Chile*, del 24 de febrero de 2012, en el que la CoIDH considero que: “... el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública...”. (CoIDH, 2012b, Numeral 161), y reafirma que:

... La vida privada es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Es decir, la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás... (CoIDH, 2012b)

Otro caso, en el cual la CoIDH igual se pronuncia respecto a la vida privada es el de Artavia Murillo vs. Costa Rica, del 28 de noviembre de 2012, en el que se confirma los elementos que engloba aquella:

... La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad (CoIDH, 2012a, párrf 143).

Por otro lado, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, en su Informe Anual de 2013, reconoció que:

... la defensa de la privacidad de las personas debe hacerse atendiendo a criterios razonables y proporcionados que no terminen restringiendo de manera arbitraria el derecho a la libertad de expresión. En este sentido, es importante recordar que, como lo indica el principio 10 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, “[l]as leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público” ... (Párrf 24).

En suma, cuando se habla de intimidad en la era digital, esta no puede ser entendida ya como algo íntimo o secreto con un carácter cerrado y estático; sino abierta y dinámica, ello no quiere que se limite o pierda el control sobre la información. Es decir, la relación entre el derecho a la intimidad y el uso de las tecnologías debe

plantearse en un entendimiento armonioso y positivo, en donde no se reduce la privacidad a la exclusión de la información relativa a la persona y su familia, por el contrario, el equilibrio se alcanza con la posibilidad de que la persona controle la información que se refiere a ella. En este momento es cuando entra en juego el derecho al olvido, como ese derecho que permite desdibujar del presente hechos que tiene relación con al ámbito privado de la persona y que quiere que sean olvidados o mantenidos en el pasado; porque eso también es control de la información.

No se debe perder de vista que el derecho a la intimidad tiene como objetivo proteger la vida personal y familiar frente a cualquier tipo de invasión por parte de terceros, ya sea conocimiento o bien intromisión en contra de su voluntad, por ello se impone al Estado la obligación de adoptar medidas necesarias para hacer efectivo ese poder de disposición, al preservar de potenciales amenazas ese ámbito privado de la vida personal y familiar, no accesible para los demás, en especial cuando la protección de otros derecho fundamentales puede justificar que cierta información sea registrada por el poder público.

Un elemento central en el ejercicio del derecho al olvido es el tiempo que puede generar una expectativa razonable de privacidad. El tiempo se conforma entonces en una barrera de reserva que permitirá al individuo confiar en que la información personal, una vez pública o conocida, pero que ha dejado de ser actual y no es objeto de atención pública, pueda regresar a la categoría de reservada y no como una *res nullius* publicable por cualquiera en cualquier momento, salvo que concurra un interés público. Así, el tiempo se torna en un factor importante para el ejercicio del derecho al olvido, porque resultaría totalmente desproporcionado someter a las personas a la divulgación permanente de datos o informaciones personales publicadas en el pasado.

La intimidad y el derecho al olvido se vuelven una dupla cuasi-perfecta de protección de la esfera más íntima del individuo, ya que a esos dos elementos deben sumarse

otros, la dignidad entendida como un valor supremo universal e intrínseco y el derecho a la protección de datos.

2.2.6.3. Protección de Datos Personales

Un dato personal es: “Cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable” (Artículo tres, fracción V de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares). Se entiende por persona identificada o identificable aquella: “cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación, o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social” (Artículo segundo, inciso a, de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo).

Ahora bien, es necesario distinguir otro tipo de datos que si bien son personales requieren una protección más amplia; se habla de los datos personales sensibles que son definidos como: “Aquellos datos personales que afecten a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste. En particular, se consideran sensibles aquellos que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, estado de salud presente y futuro, información genética, creencias religiosas, filosóficas y morales, afiliación sindical, opiniones políticas, preferencia sexual” (Artículo tres, fracción VI de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares)

La distinción entre ambos datos es lo que da origen a lo que en la doctrina se llama derecho a la protección de datos. La finalidad de este derecho es atribuir y garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino con el propósito de impedir un tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y el derecho del afectado (Celis, 2006, p. 80)

El derecho a la protección de datos surge por el aumento desmedido de información facilitado por el internet, lo que lleva a una exposición que resulta difícil de controlar

para las personas y que termina produciendo efectos negativos que incluso los titulares de la información no pueden prever al momento de subir sus datos a la red. Este fenómeno, acarrea una trasgresión a derechos fundamentales protegidos — derecho a la intimidad o vida privada—, al tiempo de producir una reacción en cadena con consecuencias para otros derechos gracias al principio de interdependencia e invisibilidad.

A partir de la era tecnológica, a cada individuo le corresponde conocer cuál será el uso de sus datos personales inscritos en ficheros físicos o virtuales, mismos que conforman las llamadas bases de datos, y que pueden ser objeto de un tratamiento automatizado. La persona titular de dichos datos podrá exigir que su almacenamiento y control sea el adecuado para que no se vea vulnerado en su libertad y su dignidad. Así, en una primera aproximación, cabe señalar que los datos de toda persona deben ser objeto de protección para que éstos puedan ser tratados, convertidos en información, y en consecuencia, utilizados para los fines y por las personas autorizadas (García, 2007).

El derecho a la protección de datos personales tiene por objeto garantizar al individuo el derecho a organizar y determinar por sí mismo aspectos esenciales de su vida, como a quién y en qué momento quiere comunicar cuestiones personales, pensamientos, sentimientos o emociones, o incluso su identidad. Su fundamento se encuentra en la dignidad de la persona, y en el derecho a la intimidad, sin los que se priva a la persona del disfrute de los demás derechos fundamentales. El derecho a la protección de datos es definido por Hondius como: “aquella parte de la legislación que protege el derecho fundamental de la libertad, en particular el derecho individual a la intimidad, respecto del procesamiento manual o automático de datos” (Citado en Pérez; 1994, p. 105)

En suma, se puede decir que antes de ser reconocido el derecho a la protección de los datos personales, como un derecho autónomo e independiente, solo se reconocían y protegían en los instrumentos internacionales manifestaciones

concretas de la intimidad —inviolabilidad de domicilio, de las comunicaciones, así como el secreto a la correspondencia— que no guardaban relación con los datos de las personas, menos aún, con lo que hasta hace poco se ha denominado como derecho al olvido (García, 2015).

El derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos no son derechos contrapuestos, son derechos que se complementan. La protección de la intimidad frente a la informática no significa impedir el proceso electrónico de informaciones, necesarias en el funcionamiento de cualquier Estado moderno, sino el aseguramiento de la esfera privada del sujeto que se complementa con la protección de sus datos como información, que hoy día es un objeto de comercio.

Para García (2007) se debe notar que el interés de proteger la veracidad de los datos y el uso que de ellos se hace, quizás no está relacionado necesaria ni directamente con la protección a la intimidad; el derecho a la protección de datos refleja más que una idea individualista de protección a la intimidad, quizás un pensamiento que engloba los intereses de grupo contra el procesamiento, almacenamiento y recolección de información. Definitivamente, esta idea no se comparte del todo puesto que como ya se ha dejado asentado la protección de datos está ligada directamente con un interés personal de mantener en la esfera íntima ciertos datos a fin de evitar cualquier tratamiento indebido de los mismos; aunque bien se puede hablar de un interés colectivo, de la comunidad o sociedad, por evitar el procesamiento, almacenamiento o recolección de datos, como se mencionó en el apartado de los antecedentes con el caso alemán, en donde la acción del gobierno de llevar acabo un censo de sus ciudadanos posibilito la excitación del órgano jurisdiccional por parte de dos abogadas que de manera individual se opusieron a ello.

Lo que se reafirma, es que el concepto de la intimidad, en el contexto de la sociedad tecnológica, concede derechos a los individuos respecto de sus datos personales que son objeto de tratamiento automatizado, e impone obligaciones y deberes de

aquellos que controlan y tienen acceso a los ficheros. Pero no solamente las obligaciones son para los que controlan y acceden a los ficheros. En México el Estado es al que corresponde conceder el derecho para procesar datos personales, en tanto que a las personas sólo les corresponde el derecho para decidir qué, cómo, cuándo y en colaboración y/o comunicación con quién consienten que sus datos sean usados y/o procesados, ya que no tienen facultad alguna para ceder el irrenunciable derecho a proteger sus datos personales constitucionalmente otorgados como una garantía individual.

En otras palabras, el individuo, como titular de los datos, se le tutela, pero no tiene más potestad que la otorgada por la Constitución, la que se traduce en el uso de los datos referidos a su persona y el consentimiento de que se conozcan, se conserven, se procesen y/o se transmitan en los términos de legalidad que el Estado determine. Esto, queda plasmado en el artículo sexto constitucional siguientes fracciones:

- 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.
- III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos.
- IV. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos que se sustanciarán ante los organismos autónomos especializados e imparciales que establece esta Constitución.

Y es que efectivamente, de forma expresa el artículo sexto constitucional, inciso a, fracción segunda, protege la información que se refiere a la vida privada y datos personales en los términos y con las excepciones que fijen las leyes. Esto tuvo su origen con la reforma al artículo 73 constitucional, fracción XXIX-O con la que se otorgaba facultad al Congreso de la Unión para legislar en materia de protección de datos personales en posesión de particulares. En consecuencia, el 5 de julio de 2010, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley Federal de Protección

de Datos Personales en Posesión de los Particulares (LFPDPPP); la cual entró en vigor al día siguiente de su publicación, sin tener a la fecha modificación alguna.

Hoy día, se reconocen diversos derechos relacionados con la protección de datos, entre ellos están los denominados derechos ARCO, que implican:

- 1) Derecho de acceso, significa que la toda persona tiene derecho a acceder a la información sobre su persona.
- 2) Derecho de rectificación, toda persona tiene derecho a solicitar se modifique o corrija algún dato relativo a su persona.
- 3) Cancelación, prerrogativa que tiene toda persona de solicitar se suprima de una base de datos su información personal.
- 4) Oposición, derecho que tiene toda persona para solicitar que se lleve a cabo determinado tratamiento respecto de sus datos personales (Acuña, s.a., p. 15).

A pesar de que en México sólo se reconocen los derechos “ARCO”, de acuerdo con Riande (2013) existen otros, tales como:

- a. El derecho a ser informado sobre el procesamiento;
- b. Los derechos de rectificación, bloqueo, borrado y/o despersonalización;
- c. El derecho de comprobación de la fidelidad de la información transmitida y/o recibida;
- d. El derecho de impugnación ante los órganos privados y/o ante el órgano oficial de control;
- e. El derecho de impugnación de valoraciones fundadas sólo en datos automatizados; y
- f. El derecho de indemnización como materialización de Tutela (p. 13).

A decir del autor, con el conjunto de derechos complementarios al derecho de protección de datos personales, es como realmente se constituye una tutela de un nuevo derecho personal que se le opone tanto a particulares como a los mismos órganos de la administración pública y del Estado en general (Riande, 2013).

Algo es importante ante la vorágine imparable que produce el internet, una firme cultura en materia de protección de datos personales, la cual a decir de Moreno (2020) requiere de una doble perspectiva: jurídica y social. En relación con el enfoque jurídico, se trata de conocer el contenido de la protección de datos, su prerrogativa fundamental, la titularidad de los mismos, el responsable de su tratamiento y la tutela que ofrecen las autoridades en la materia, además de su relación con los principios y valores recogidos en los textos constitucionales; así como, su relación con otros derechos. Por otro lado, en relación al enfoque social, éste debe permitir conocer una nueva etapa de la humanidad, es decir, la nueva vida social influenciada por el creciente uso y desarrollo de la tecnología.

Para concluir, el derecho al olvido y el derecho a la protección de datos, junto con los demás derechos reconocidos, lejos de ser contrarios, se complementan, porque ambos tienen un fin común, amén de ser ambos derechos humanos. Se habla en esencia de la protección a la intimidad a la cual están encaminados los primeros, lo que se alcanza con la garantía de que nadie puede irrumpir en la esfera personal del individuo, esto se materializa al blindar aquellos datos sensibles que permiten identificar a la persona, de tal forma que cualquier tratamiento de la información sin el consentimiento del sujeto lo faculta a ejercer en el marco del derecho a la protección de datos, los llamados derechos ARCO, en los que se desdobra aquel. Sin embargo, los derechos de los que se habla no estarían completos si no existe la posibilidad del olvido, es decir, la ausencia de memoria respecto de ciertos acontecimientos que el sujeto pretende se conserven en el pasado. Es en este enclave en donde el derecho al olvido coexiste y se complementa con el derecho a la protección de datos y los demás derechos.

2.2.6.4. Acceso a la información

El derecho a la información o acceso a la información puede ser entendido, de acuerdo con López Ayllón (2000), como aquel que:

... consiste en que cualquier individuo puede, en relación con el Estado, buscar, recibir o difundir —o no buscar, no recibir, ni difundir— informaciones, opiniones e ideas por cualquier medio, y que tal individuo tiene frente al Estado un derecho a que éste no le impida buscar, recibir o difundir —o no lo obligue a buscar, recibir o difundir— informaciones, opiniones e ideas por cualquier medio (p. 165).

Por lo tanto, toda información generada, obtenida, adquirida, transformada o en posesión de cualquier autoridad es pública y accesible a cualquier persona en los términos y con las limitaciones establecidas en la ley. Es de remarcar la característica de la información, es decir, pública, de tal manera que cuando aquella cumpla con ese carácter entonces el derecho de acceso a la información puede ser ejercicio.

Hasta aquí el conflicto es de *ius nome*, en cuanto a la denominación de esta facultad, ¿Qué es lo correcto, derecho de la información, derecho a la información, o derecho de acceso a la información? La respuesta será más fácil de comprender con la explicación que Robles Hernández (2004) otorga, misma que puede ser resumida de la siguiente forma: “cuando hablamos del Derecho de la educación, nos estamos refiriendo al marco jurídico que regula la actividad educativa. Cuando hacemos referencia al Derecho a la educación, estamos hablando de la facultad de ejercicio de dicho derecho, esto es el derecho a recibir educación. El Derecho de la educación es el medio y el Derecho a la educación es el fin” (p. 61).

La distinción que hace Robles, es aplicable a la materia que se estudia, así el derecho de la información es el medio; el marco jurídico que regula el ejercicio de cada acción que conlleva el derecho a la información. En tanto que esta última, es el fin, la facultad de informar e informarse, entre otras cosas. Una vez dicho esto, la diferencia entre derecho a la información y derecho de acceso a la información estriba en el término “acceso”, que proviene del verbo acceder el latín *accedere*, que significa: “4. intr. Tener acceso a algo, especialmente a una situación, condición

o grado superiores, o llegar a alcanzarlos...” (RAE, 2001, p. 20), justo este último significado, es el que da contexto al derecho a la información, al precisarlo con el vocablo “acceso”; palabra que adquirió especial significado y se popularizó por el uso de los ordenadores y la red. De tal forma, ambos términos son usados como sinónimos en la doctrina para referirse a la facultad que contienen.

El derecho de acceso a la información comprende el libre acceso a información plural y oportuna, a solicitar, investigar, difundir, buscar y recibir cualquier información. Por lo que toda la información generada, obtenida, adquirida, transformada o en posesión de cualquier autoridad es pública y accesible a cualquier persona en los términos y con las limitaciones establecidas en la ley (Derecho Humano de Acceso a la Información, 2015).

Para López Ayllón (2000) el “derecho a la información” comprende tres facultades interrelacionadas: buscar, recibir, o difundir informaciones, opiniones o ideas, de manera oral o escrita, en forma impresa, artística o por cualquier otro procedimiento. Tal derecho incluye las libertades tradicionales de expresión e imprenta; pero, es más amplio debido a que extiende la protección no sólo a la “búsqueda” y “difusión”, sino también a la “recepción” de información, opiniones o ideas por cualquier medio. En consecuencia, el autor sostiene que en México existe un haz de tres libertades —buscar, recibir y difundir— relacionadas con la información y la opinión, que son las que, en conjunto, se denominan “derecho a la información”.

Las tres acciones de las que habla López Ayllón, están garantizadas para las personas en el artículo sexto de la Constitución, al imponer al Estado la obligación de:

- Tener acceso a la información en igualdad de condiciones y sin distinciones que afecten la dignidad
- Difundir información
- Tener protegido los datos personales
- Mejorar la organización, clasificación y manejo de la información.

Adicionalmente, López Ayllón (2000) sostiene que el derecho de información protege, además del derecho de las personas de informar y ser informado, un interés básico para una sociedad democrática: la formación y mantenimiento de una opinión libre, requisito esencial para el ejercicio de otros derechos que posibilitan el funcionamiento de una sociedad democrática, lo que requiere la existencia de una información amplia, así como la exposición de enfoques y posiciones que pueden ser contrarios, pero que aseguran una opinión pública libre.

En otro orden de ideas, bien se sabe que ningún derecho es absoluto, por lo que el derecho a la información también encuentra restricciones las cuales incluyen las siguientes cuestiones:

- 1) La moral pública, especialmente la protección de grupos vulnerables (niños y jóvenes);
- 2) La seguridad nacional;
- 3) La defensa del Estado democrático;
- 4) El orden y la seguridad públicas, y
- 5) La salud pública (López-Ayllón, 2000, p. 170)

A lo anterior, se debe agregar otra limitante también establecida en la ley, los datos personales. Por otro lado, la evolución del derecho a la información ha sido tanto histórica como jurídica desde sus orígenes hasta la actualidad. Nogueira Alcalá (2003) divide esta evolución en tres etapas: en la primera etapa, el derecho a la información nace como libertad para constituir las empresas de prensa; en la segunda etapa, el derecho a la información protegía a los periodistas que trabajaban en empresas informativas, al desarrollar su labor en la búsqueda y transmisión de información; y la tercera etapa que transcurre a mitad del siglo XX, con el surgimiento de instrumentos internacionales en los cuales se consagra el derecho a la información como tal.

El derecho a la información no está plasmado de forma literal en los tratados internacionales por el momento histórico en que fueron redactados; empero, está amparado por el derecho fundamental a la libertad de expresión, y en consecuencia, reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 19; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 19; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su numeral IV, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 13.

En México como ya se ha apuntado, es el artículo sexto de la Constitución en donde se consagra de forma expresa el derecho a la información, con la carga para el Estado de garantizar su ejercicio. De ese artículo deriva la norma que materializa su ejercicio y regulación, la denominada Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, publicada el cuatro de mayo de 2015, con una última reforma el 20 de mayo del 2021. No es la intención profundizar en esta norma; pero, si remarcar que el contenido de la disposición se refiere a aquella información de carácter público, puesto que el ejercicio del derecho a la información y las acciones que conlleva están restringidas a ese carácter.

Por otro lado, López-Ayllón (2000) indica que el derecho a la información puede entrar en colisión con los siguientes derechos:

- 1) El derecho a la intimidad o vida privada, y
- 2) El derecho al honor y la reputación.

En definitiva, se coincide con el autor. Todo lo señalado líneas arriba permite afirmar que el acceso a la información colisiona en algún punto con el derecho a la intimidad o vida privada y el honor y reputación, y por tanto con el derecho al olvido. En el momento en que la esfera privada de la persona, es decir, su ámbito más íntimo es invadido por terceros sin su consentimiento con acciones ilegales de tratamiento de sus datos, surge la trasgresión.

Si bien, el acceso a la información, en sus tres dimensiones, es un derecho limitado al carácter de la información, es decir, pública; y si por público se entiende: “1. tr. Hacer notorio o patente, por televisión, radio, periódicos o por otros medios, algo que se quiere hacer llegar a noticia de todos. 2. tr. Hacer patente y manifiesto al público algo. Publicar la sentencia. 3. tr. Revelar o decir lo que estaba secreto u oculto y se debía callar”; entonces, toda información de instituciones gubernamentales o de personas físicas o morales publicada, sale de la esfera privada —en el caso del gobierno deja de ser información confidencial—, y se torna pública, sin distinguir sujeto. Aquí es relevante notar que, a diferencia del gobierno derivado de su propia naturaleza e investidura, la persona física debe tener reconocido el derecho a olvidar; el no recordar sucesos que afectan su presente o futuro, actos que fueron públicos por determinadas circunstancias, ya sea voluntarias o no, y que han perdido el interés público, deberán mantenerse en el pasado, gracias a la materialización del derecho al olvido.

El derecho a la información y el derecho al olvido, son coincidentes al ser ambos derechos humanos; pero, pueden colisionar en función del derecho a la intimidad al cual está ligado el derecho al olvido, cuando se invade la esfera más íntima del hombre. En el momento en que la información difundida deja de tener un interés y la característica de pública; entonces es cuando se puede producir una confrontación entre ambos derechos. El derecho de acceso a la información debe ceder espacio al derecho al olvido con base en el factor tiempo, mismo que permite en ciertos casos que los datos sean olvidados. Se habla de ciertos datos en relación a las noticias de los diarios electrónicos, que como en el famoso caso español no pueden ser borrados, pero si desindexados, para que los motores de búsqueda no arrojen resultados por nombre del individuo.

En este punto entra en debate el tema de las hemerotecas digitales en el contexto del derecho al olvido y la desindexación de la información. La postura europea derivado de la decisión del Tribunal de Luxemburgo, del 13 de mayo de 2014, consideró a Google Spain, como filial de Google (motor de búsqueda), responsable

del tratamiento de datos personales, al tiempo de estar sujeto a la directiva europea por lo que debía atender la petición del usuario que pedía “desindexarlo” del resultado de la búsqueda, es decir, que su nombre no se vinculara a determinadas páginas de internet o documentos, en el entendido que la información contenida en esas páginas no era de interés público y no era relevante. Según el propio tribunal:

[E]l gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, también en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de estas páginas web, y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita (Citado en Mecinas, 2017, p. 82)

La postura esencial del TJUE no se encaminó a que la información desapareciera del internet; únicamente dificultó la búsqueda porque los datos se mantendrían en la página original; es decir, conserva el acceso a la información de la noticia en la hemeroteca en donde yace la información. Sin embargo, esta resolución posteriormente es refutada por el Tribunal Supremo Español en su sentencia de 14 de marzo de 2016, en la que sostuvo que Google Spain no podía ser considerada corresponsable del tratamiento de datos, y por lo tanto con la obligación de desindexar (Mecinas, 2017).

Lo cierto es que, la resolución del TJUE se vuelca en un referente importante con la consideración de que la obligación de desindexar no se limita a las noticias de periódicos; sino también a toda información, imágenes, documentos o videos que existen en la red y que pueden afectar a terceros, quienes lo que menos necesitan son juicios para que una imagen sea desindexada del resultado arrojado por un motor de búsqueda.

Cabe recordar que la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo en sus artículos 12¹³ y 14¹⁴ se refieren al tratamiento de datos lo que incluye la supresión, el bloqueo y la oposición de datos personales, y esta última a interpretación del TJUE, engloba el derecho del interesado a impedir que los buscadores indexen la información referida a su persona con el argumento de que no se desea que dicha información sea conocido por terceros sea porque se perjudicial o porque simplemente se desea olvidar, aun cuando se trate de información publicada lícitamente por terceros (Moreno, 2020)

Una hemeroteca de un diario perdería su razón de ser (Martínez, 2017) si no resguardara la información que produce, en el mismo sentido una hemeroteca digital perdería su objetivo si una autoridad jurisdiccional ordenara que borrarse noticias. En estos casos, el derecho de acceso a la información se deberá imponer frente al derecho al olvido, al atender siempre los principios de licitud, consentimiento, información, calidad, finalidad, lealtad, proporcionalidad y responsabilidad, para efectos entre otros de actualizar la información.

En conclusión, el derecho de acceso a la información y el derecho al olvido son derechos que fácilmente pueden colisionar, ante tal situación se tendrá que hacer un ejercicio de ponderación en el que se considere que el derecho al olvido está íntimamente ligado al derecho a la intimidad o vida privada, y por tanto debe considerar el derecho de mantener en el pasado aquellos datos, imágenes o ideas que se consideran afectan el presente y futuro del individuo, en tanto dichos datos se constriñan a la vida privada del sujeto y no revistan un interés público, en tal caso, el derecho de acceso a la información es el que imperará cuando se trate de

¹³ “Considerando que los principios de la protección deben aplicarse a todos los tratamientos de datos personales cuando las actividades del responsable del tratamiento entren en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario; que debe excluirse el tratamiento de datos efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas, como la correspondencia y la llevanza de un repertorio de direcciones...”

¹⁴ “Considerando que, habida cuenta de la importancia que, en el marco de la sociedad de la información, reviste el actual desarrollo de las técnicas para captar, transmitir, manejar, registrar, conservar o comunicar los datos relativos a las personas físicas constituidos por sonido e imagen, la presente Directiva habrá de aplicarse a los tratamientos que afectan a dichos datos...”

información de personas que tengan investidura pública, o bien en el caso de las hemerotecas que aun cuando la persona tenga un carácter privado, los datos no podrán ser eliminados, aun cuando si proceda la desindexación.

2.2.6.5. Autodeterminación Informativa

El derecho de autodeterminación informativa es de reciente creación, en el panorama normativo, y de construcción conceptual y jurídica. Éste ha encontrado en Alemania su origen o más bien su autonomía respecto a otro principio de origen angloamericano, el llamado derecho right to privacy (Adinolfi, 2007, p. 6).

Riande (2013) sostiene que el derecho a la autodeterminación informativa hace referencia a:

la prerrogativa que todo individuo tiene frente a cualquier ente público o privado, por la cual nadie debe introducirse, sin autorización expresa (de él mismo o por mandato de ley o judicial), en aquellos aspectos que no son públicos –sino de su vida personal, familiar, documentos, correspondencia y domicilio–, para conocerlos, conservarlos, procesarlos y/o transmitirlos, independientemente de que dicha acción le cause o no, algún daño o molestia.

Por ello, para Adinolfi (2007) la autodeterminación informativa es un derecho regulador de la tutela de los datos personales, la cual dada la importancia que tiene hoy en la sociedad de la información, está ampliando progresivamente su ámbito de aplicación y de referencia. Asimismo, este derecho está ligado con la libertad de disponer de sus posesiones y propiedades y/o de tutela de la personalidad o, en particular, según la jurisprudencia española, de la intimidad de la persona. La relación entre el derecho a la autodeterminación y la protección de datos es implícita porque se deduce de una o más disposiciones legislativas. Aun cuando la

construcción del principio¹⁵ a la autodeterminación deriva del principio a la tutela de la intimidad, siguiendo un análisis de derecho comparado entre Italia y España.

Si se aterriza el derecho a la autodeterminación informativa en el sistema mexicano, se puede inferir que como tal no está expresamente reconocido en la norma, pero la SCJN lo ha señalado en una tesis de 2008:

Los textos constitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos recogen el derecho a la intimidad como una manifestación concreta de la separación entre el ámbito privado y el público ... garantiza el derecho ... de disponer del control sobre la publicidad de la información tanto de la persona como de su familia; lo que se traduce en el derecho de la autodeterminación de la información que supone la posibilidad de elegir qué información de la esfera privada de la persona puede ser conocida o cuál debe permanecer en secreto, así como designar quién y bajo qué condiciones puede utilizar esa información (2008, p. 1253)

A partir de lo anterior, se puede mencionar algunas características del derecho a la autodeterminación informativa, entendido como como un derecho personal, mismas que serían las siguientes:

1. Es originario porque nace con el sujeto activo;
2. Es subjetivo privado, al garantizar el goce de las facultades del individuo;
3. Es absoluto, pues es posible oponerlo a las demás personas;
4. Es personalísimo, ya que sólo su titular puede ejercitarlo;
5. Es irrenunciable porque no puede desaparecer por la voluntad;
6. Es variable, dado que su contenido obedece a las circunstancias en las cuales se desarrolla;
7. Es imprescriptible, pues el transcurso del tiempo no lo altera; y
8. Es interno, por su consistencia particular y de conciencia (Rindae, 2013)

¹⁵ Para este autor, seguidor de Manuel Atieza, los principios son derechos y también los derechos son principios. Hablar de uno o de otro es hablar de las piezas de cada sistema jurídico.

En este sentido algunos autores distinguen principios en los cuales se sustenta el derecho a la autodeterminación informativa como:

- a) Licitud. Este principio obliga al responsable a que el tratamiento de los datos sea con apego a lo dispuesto por la legislación doméstica y el derecho internacional.
- b) Consentimiento. Implica que para cualquier tratamiento de datos, la regla general será que, el responsable obtenga el consentimiento del titular a menos que por mandato de ley no sea exigible con arreglo a lo previsto en el Artículo 10 de la Ley de protección de datos personales en posesión de particulares.
- c) Información. En atención a este, el responsable deberá dar a conocer al titular la información relativa a la existencia y características principales del tratamiento, que serán sometidos sus datos personales a través de un documento que se llama aviso de privacidad.
- d) Calidad. Este principio obliga a que los datos personales tratados sean exactos, completos, pertinentes, correctos y actualizados según se requiera para el cumplimiento de la finalidad para la cual son tratados.
- e) Finalidad. Supone que los datos personales solo podrán ser tratados para el cumplimiento de la finalidad o finalidades establecidas en los documentos llamados avisos de privacidad.
- f) Lealtad. Establece la obligación de tratar los datos personales privilegiando la protección de los intereses del titular y la expectativa razonable de privacidad. Este principio ordenará a que, no se podrán utilizar medios engañosos o fraudulentos para recabar y tratar datos personales.
- g) Proporcionalidad. Por este principio debemos entender que solo podrán ser objeto de tratamiento los datos personales que resulten necesarios, adecuados y relevantes en relación con las finalidades para las que se hayan obtenido.
- h) Responsabilidad. Presupone la obligación de velar y responder por el tratamiento de los datos personales que se encuentren bajo custodia o posesión de cualquier responsable de protección de datos, se encuentren

o no en el territorio de donde surja la restricción (Quiñonez y González, 2020, pp. 20 y 21).

Sin embargo, los principios que se pretenden adjudicar al derecho a la autodeterminación son en realidad principios, que en el orden jurídico mexicano, se atribuyen al derecho a la protección de datos. Específicamente, la Ley de protección de datos personales en posesión de particulares en su artículo sexto los enuncia al indicar que: “Los responsables en el tratamiento de datos personales, deberán observar los principios de licitud, consentimiento, información, calidad, finalidad, lealtad, proporcionalidad y responsabilidad, previstos en la Ley”. Esto evidencia una confusión doctrinal, negación del derecho de autodeterminación, o la postura de que el derecho de la autodeterminación de la información y la protección de datos son en realidad uno solo, en donde el primero se subyuga al segundo, o viceversa.

Aun cuando los principios puedan ser compartidos, sin duda cada derecho debe tener su particularidad, pero sobre todo es necesario distinguir el campo de acción de cada derecho. La postura que se comparte en realidad es la de entender, siguiendo la fórmula género-especie, que el derecho a la autodeterminación informativa es una especie, al igual que el derecho a la protección de datos, en tanto que el derecho a la intimidad o vida privada sería el género (Adinolfi, 2007); porque al final el derecho a la autodeterminación informativa y el derecho a la protección de datos representan formas de protección a la intimidad o vida privada del individuo. Con el procesamiento de los datos personales, el derecho a la intimidad adquiere perfiles nuevos y distintos, dado que la invasión de la vida privada de los ciudadanos por parte de otros agentes sociales, públicos o privados, y la colisión de este derecho con otro igualmente protegible (el derecho a la información) lo sitúa como derecho ejercitable activamente.

En este punto, el derecho a la autodeterminación, como derecho implícito en la protección de datos dentro del sistema jurídico mexicano, se articula con el derecho al olvido. Si se acepta que el derecho a la autodeterminación informativa comprende

el poder que posee el titular de los datos de decidir qué información de su esfera privada puede ser conocida, cuál debe permanecer en secreto, quien y como utilizar dicha información; entonces en esa facultad de decisión se enclava el derecho al olvido como la determinación de no recordar o no mantener público esos datos que en un momento consintió que lo fueran, protegiendo al mismo tiempo esa intimidad presente o futura de posibles intromisiones, que por el paso del tiempo han dejado de ser relevantes.

2.2.6.6. Libertad de Expresión

La libertad de expresión puede ser entendida en palabras sencillas como: “la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda naturaleza, sin consideración de fronteras, raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (Naciones Unidas, Derechos Humanos, Paraguay, s.a.). Esta idea encuentra cabida a nivel internacional en artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Asimismo, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagran en su *corpus* el derecho a la libertad de expresión. En México la Constitución en su multicitado artículo sexto hace lo propio al decir: “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...”.

La libertad de expresión como derecho implica una doble dimensión —individual y social— derivado de la interpretación que de la CoIDH hace del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La dimensión individual tiene como finalidad asegurar la utilización de cualquier medio para difundir el pensamiento propio y hacerlo del conocimiento de los demás. En tanto que la

dimensión social es el derecho de los receptores potenciales de recibir el mensaje (García y Gonza, 2007). En este entendido, ambas dimensiones se complementan por lo que deben ser protegidas de forma simultáneamente al formar una unidad.

La CoIDH ha considerado que la dimensión individual del derecho de libertad de expresión no se agota con el hecho de que el individuo exprese su propio pensamiento al hablar o escribir; ya que comprende, además el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir por cualquier medio apropiado informaciones e ideas de toda índole y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Por otro lado, la dimensión social de la libertad de expresión es el medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre las personas. Implica el derecho de todos a conocer opiniones y noticias (García y Gonza, 2007).

Justo la dimensión social de la libertad de expresión, que identifica la CoIDH, es la condición esencial para hablar de un régimen democrático en un Estado, porque permite la construcción de una opinión pública, la cual le otorga contenido al Estado. La existencia de una opinión pública libre y robusta también es una condición para el funcionamiento de la democracia representativa.

La posibilidad de que todas las personas participen en las discusiones públicas es uno de los bienes más preciados para una sociedad, y constituye el presupuesto necesario para la construcción de una “racionalidad discursiva” que permita la generación de consensos y la toma de decisiones entre los componentes de los diversos grupos sociales, pero que también constituya un cauce para la expresión de los disensos que en democracia son tan naturales como los acuerdos (Carbonell, 2014, p. 367). En otras palabras, la libertad de expresión es condición necesaria para que se pueda considerar que un determinado país es democrático.

Hablar del derecho a la libertad de expresión conlleva hablar de la censura como una forma de trasgresión. Para Carbonell (2014) la censura tiene un doble sentido: “a) no se puede censurar a los interlocutores en cuanto sujetos dotados de la

posibilidad de participar en los debates de *res publica*, y b) no se puede... censurar —al menos de forma previa— los contenidos... de la discusión: en principio, todos los temas son discutibles dentro de una democracia y por tanto sobre todos ellos se proyecta la libertad de expresión” (p. 378).

La censura *per se* es una forma de trasgresión del derecho a la libertad de expresión, claro dicha censura estará legitimada cuando entre en el campo de las limitaciones propias de aquel derecho, a excepción de que fuera previa entonces estará totalmente prohibida. Así, lo ha determinado la CoIDH derivado de la interpretación del artículo 13 de la Convención en relación a la prohibición determinante dirigida al Estado respecto de la figura la censura previa, que “constituye una forma de supresión radical de la posibilidad de expresar el pensamiento” (García y Gonza, 2007). La censura afecta no solo el derecho del titular, sino también, al tener una doble dimensión (individual y social), el derecho de terceros como receptores del mensaje, y en tal sentido, la trasgresión se extiende a otros derechos como puede ser el derecho de acceso a la información con el cual tiene un vínculo estrecho.

Derivado de la importancia del tema la Corte ha resuelto diversos casos, en que se han planteado hechos de censura previa en diversos medios de transmisión del pensamiento: libros, películas, y noticias. Quizás el caso emblemático es el del 5 de febrero de 2001, denominado “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, en el que la CoIDH considero, entre otras cosas, que el derecho a la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido (CoIDH, 2001). Ello en relación con el numeral segundo, del artículo 13 de la Convención Americana.

La no censurabilidad de los individuos tiene un carácter universal porque no se puede privar a nadie de la libertad de hablar y expresarse como mejor le parezca; la no censurabilidad de los contenidos, si bien no opera de forma previa, como ya se fundamentó, si encuentra limitantes como cualquier otro derecho que debe

ejercerse con responsabilidad. A decir de Carbonell (2014) “las limitaciones lo son no porque impidan ciertas expresiones, sino porque de ellas se puede desprender algún tipo de responsabilidad, es decir, toda persona puede emitir las expresiones que quiere, pero en algunos casos tendrá que enfrentar responsabilidades” (p. 378).

En el caso de la libertad de expresión, las limitaciones a su ejercicio están encaminadas a conseguir los siguientes fines:

- Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- Proteger la seguridad nacional;
- Proteger el orden público;
- Proteger la salud pública;
- Proteger la moral pública (Naciones Unidas, Derechos Humanos, Paraguay, s.a.).

En consecuencia, las limitaciones se enmarcan en dichos fines. El artículo sexto indica como limitaciones cuatro: el ataque a la moral, los atentados a la vida privada o los derechos de terceros, la provocación de algún delito, o la perturbación del orden público. Luego entonces, propagandas en favor de la guerra y la apología al odio racial están prohibidas.

Asimismo, carecen de protección constitucional los insultos o los juicios de valor formalmente injurioso e innecesarios para la expresión de una idea, pensamiento u opinión. Otro elemento no protegido es la información que tenga como característica la vulneración de otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos (por ejemplo, el honor o la intimidad). Finalmente, están las noticias falsas, es decir, los rumores o insidias que pretenden disfrazarse a través de una narración neutral de hechos y que en realidad carecen por completo de veracidad (Carbonell, 2014, p. 383).

Con lo anterior se puede afirmar que es lo que sí está protegido, como las opiniones o los juicios de valor personales que no sean formalmente injuriosos e innecesarios,

aunque contengan lo que se conoce como “opiniones inquietantes o hirientes”, aun cuando su contenido sea irónico, de sátira o burla. La noticia entendida como la narración veraz de hechos que tiene relevancia pública, ya sea por los hechos en sí mismo, o por las personas que intervienen en ellos también están protegidas constitucionalmente en la medida que contribuyen a la creación de la opinión pública libre. Finalmente, no puede decretarse restricción alguna a la libertad de expresión con el fin de menoscabar una opinión, juicio, idea o pensamiento. En términos generales la libertad de expresión puede ser ejercida en cualquier espacio público o abierto al público. Esto comprende tanto parques y calles como vías de acceso a un centro comercial, aunque las propias vías sean propiedad privada y siempre y cuando, no se impida el normal acceso al propio centro comercial (Carbonell, 2014, p. 384).

Finalmente, la relación entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al olvido es coincidente, en tanto ambos son derecho y están unidos por los principios de universalidad, interdependencia, e indivisibilidad. Sin embargo, la naturaleza de cada uno puede generar una colisión entre ambos, esto es, el derecho de una persona a expresar sus ideas, pensamientos o imágenes en cualquier foro y por cualquier medio a cualquier receptor puede producir afectaciones en derechos de terceros, en este momento es cuando entra en el escenario el derecho al olvido, para que esas ideas, pensamientos, imágenes que en un momento fueron expresadas en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión puedan pertenecer al pasado y no provocar un daño al sujeto en su presente o futuro. Evidentemente, en esta colisión de derecho hay que hacer un ejercicio de ponderación, en el que se consideren algunos elementos como las limitaciones a la libertad de expresión, el tiempo, el interés público, la calidad de la persona, es decir, si es funcionario público o no, entre otros.

Hay organizaciones de la sociedad civil como Artículo 19, que consideran que el derecho al olvido es totalmente incompatible con el derecho a la libertad de expresión, al grado de oponerse a su implementación por considerar a aquel como

una forma de restringir su derecho a expresarse (Artículo 19, 2020). No obstante, posturas como estas olvidan que la naturaleza del ciberespacio ha permitido el manejo de información sin una regulación adecuada; es más hoy día se requiere repensar las normativas con una visión global, no regional o local, que asegure a las personas que existirá un equilibrio entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al olvido.

De igual forma, existen teóricos como Laporta quienes adoptan una “posición preferente” del derecho a la información en materia de control de constitucionalidad como “aquella tendencia jurisprudencial que afirma que cuando el derecho a informar libremente entra en conflicto con otros derechos, aunque sean derechos fundamentales, tiende a superponerse a ellos. Esa posición es lo que explica que aspectos del derecho a la intimidad y al honor de las personas públicas deban ceder ante el interés de la información” (Citado en Carbonell, 2014, p. 388). Si bien, la postura de Laporta se encamina al derecho a la libertad de información, no hay que olvidar que este derecho está ligado a la libertad de expresión porque dentro de las dimensiones de este último está la social que implica la conformación de la opinión pública la cual requiere necesariamente de la información. Aun cuando no se comparte el término “posición preferente” que maneja Laporta, porque *per se* supone una jerarquía, que es incorrecta dentro de la teoría de derechos humanos, como ya se dijo; sin embargo, es cierto que puede apoyar a explicar porque ciertos datos de la esfera de intimidad de las personas públicas debe ceder al interés de la información.

Uno de los argumentos en contra del derecho al olvido, entendido como una forma de controlar la información que se expresa, es que “abre una posibilidad enormemente preocupante ya que ahora la libertad de expresión puede verse en riesgo cada vez que alguien argumente a su favor que se está vulnerando su esfera de derechos relacionados con la privacidad ya que podrá ejercer el *habeas data* poniendo en peligro que la sociedad pueda estar más informada” (Coronado, 2015, p. 336). Es cierto que se ha tratado de desvirtuar la naturaleza y fin del derecho al

olvido porque “Lamentablemente, algunos ciberciudadanos han pretendido... que se le interprete como un derecho a controlar, disponer y eliminar aquella información que no es de nuestro agrado o nos perjudica” (Coronado, 2015, p. 337).

El problema entonces reside en determinar el tipo de información que se solicita sea eliminada ya que con el argumento de proteger la privacidad se vulneran otros derechos como la libertad de expresión. Si bien es cierto se debe proteger la identidad e intimidad de todos los individuos en el ciberespacio, dichas “prerrogativas no deben utilizarse con una prelación sobre la libertad de expresión sino de una forma armónica para que ésta pueda efectivamente desarrollarse” (Coronado, 2015, p. 338). Luego entonces, la clave está en delinear los límites y elementos que marquen los ámbitos de ejercicio de uno y otro derecho a fin de no vulnerarlos, o bien expandir la trasgresión a otros derechos.

Si entendemos que el derecho al olvido es un mecanismo para que el pasado no se convierta en un presente continuo y un futuro afectado por acontecimientos anteriores porque no tienen continuidad y han perdido trascendencia para el presente, entonces es fundamental determinar claramente quienes, como y cuando pueden ejercer ese derecho al olvido sin vulnerar el derecho de terceros a la libertad de expresión y de información.

Ciertamente, es indispensable contar con una adecuada regulación del ciberespacio, ya que éste es en realidad un ágora en la que las personas deben participar con responsabilidad. De ahí que resulta trascendental no solo una sociedad informada que pueda expresarse libremente sin censura dentro de los límites marcados por la norma, sino también una sociedad consiente de los riesgos que implica un escenario tan amplio como lo es el ciberespacio.

2.2.7. La Mercantilización del Derecho al Olvido

Las políticas globalizadoras que empujan a los individuos a la adquisición de productos, y fomentar el consumo como mecanismo para sanar males posmodernos

no son privativas de la presencialidad; se han trasladado al mundo de la virtualidad estando más presente a raíz de la pandemia que aquejo al mundo en los últimos dos años.

El derecho no escapa de los efectos del neoliberalismo en donde todo es objeto de comercio incluyendo el hombre. Incluso, el derecho al olvido al pertenecer a la esfera de la propiedad intelectual se convierte en una cosa que puede ser comerciada (Jones, 2016). En este punto, queda patente la visión económica al convertirse la información o los datos de alguien en una oportunidad de negocio. Sobre esto basta un botón, el pasado 19 de julio de 2021, el Instituto Nacional Electoral informó que investiga “una posible venta de información de sus datos presuntamente asociada al Padrón Electoral, luego de que, Alon Gal, director de tecnología de la firma de inteligencia sobre ciberdelitos Hudson Rock reportó el robo de datos de 91 millones personas...” (El Economista, 2021) base que circulaban en la página de Amazon.

De tal forma, que como consecuencia de la mercantilización de los datos, se han creado empresas e instituciones del sector privado que pretenden encontrar un nicho de mercado en el mundo del derecho al olvido. El mercado que se abre es el relativo a la eliminación de datos privados de personas físicas o jurídicas, divulgados en el mundo virtual; en otras palabras, se dedican a “limpiar” el historial virtual de las personas.

Algunas de estas empresas que tienen en sus estatutos este tipo de giro son: Reputation.com, TrueRep.co, y IntegrityDefender.com, quienes generan una gran cantidad de contenido positivo sobre sus clientes, para que los resultados negativos queden escondidos en páginas posteriores de los diferentes buscadores (Moreno, 2019).

Otra empresa es “Eprivacidad”, formada por abogados expertos en el derecho de las nuevas tecnologías, dedicados a eliminar información privada para proteger la

privacidad de las personas y el derecho al honor de las empresas. Sus líneas de actuación se enfocan en dos vertientes:

- a) Borrar datos de Boletines Oficiales y evitar que aparezcan sus resultados en los buscadores de Internet, es decir, eliminar los resultados de búsqueda en los principales buscadores de Internet como Google, Yahoo o Bing.
- b) Eliminar información de blogs, foros, páginas personales y en general de redes sociales como comentarios y fotos de Facebook, perfiles de LinkedIn, Badoo, y Myspace (Platero, 2016).

Existen casos en los que Google no acepta de forma directa la solicitud de borrado de enlaces o información que ejerce una persona, por lo que decide rechazarla; esto obliga al usuario a acudir a las instituciones públicas sea por vía administrativa y/o posteriormente judicial. Es en este momento, donde los servicios de estas empresas son demandados por una cantidad considerable de personas con el objetivo de conseguir una solución rápida y satisfactoria para sus intereses (Platero, 2016).

Lo anterior constituye el claro ejemplo de cómo se está produciendo la comercialización de una cuestión tan sensible. Si bien el mundo del derecho es dinámico como lo es la sociedad, y se encuentra en una relación positiva con el mundo económico y empresarial, esto no implica que sean ignoradas o desdeñadas cuestiones fundamentales como la privacidad de las personas, elemento que constituye un derecho fundamental.

Capítulo Tercero

Análisis Normativo

Capítulo Tercero

Análisis Normativo

La mayoría de la gente se engaña mediante una doble creencia errónea:
cree en el eterno recuerdo... y en la posibilidad de reparación...

Ambas creencias son falsas.

La realidad es precisamente al contrario:
todo será olvidado y nada será reparado.

El papel de la reparación (de la venganza y del perdón),
lo lleva a cabo el olvido.

Milan Kundera

3.1. El derecho al Olvido y su regulación jurídica

El propósito de esta unidad es desarrollar la regulación del derecho al olvido en tres niveles: universal, regional, e interno. La advertencia que se le hace al lector sobre la construcción de estos rubros estriba en recordar que el derecho al olvido es un derecho emergente, y que la relación entre este y el derecho a la protección de datos es estrecha, por lo que este último será el referente para ubicar a aquel en la legislación que se analiza. En consecuencia, la identificación de la normativa tomará como base la regulación en materia de protección de datos personales, sin que ello quiera decir que exista una relación de subordinación o dependencia sino de complementariedad.

Lo anterior permitirá generar los insumos que, junto con lo desarrollado en las unidades anteriores, construyan la propuesta que otorgue una solución a la vulnerabilidad del individuo frente a una memoria perene, que encuentra su punto máximo en la trasgresión de derechos como la dignidad, la privacidad, y la protección de datos.

3.1.1 Sistema Universal

Como se comentó en la unidad anterior el derecho al olvido no se encuentra expresamente regulado en los tratados internacionales de corte universal, como tampoco lo está el derecho a la protección de datos personales, al surgir de contextos de interrelación nuevos para el momento histórico en el cual fueron creados los instrumentos, es decir, la era del internet. Empero, si se puede afirmar que el fundamento se encuentra en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que si bien literalmente no hace alusión a ninguno de los derechos, sino a la protección a la intimidad contra cualquier tipo de injerencia proveniente de cualquier autoridad o individuo, si menciona en su última parte que: “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

La última parte es precisamente la base para configurar la obligación de los Estados de proteger a la personas, en el marco de su legislación interna, contra cualquier tipo de prevaricación o ataque a su intimidad, la cual supone, como se indicó, el conocimiento por parte de terceros de características como origen étnico, preferencias sexuales, condición económica, entre otros, sin el consentimiento del titular de los datos, lo que implica un tratamiento de datos indebido que lleva al ejercicio de los derechos ARCO y del derecho al olvido en su caso.

Igual que, el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 17, también hace lo propio al consagrar el derecho a la intimidad y enfatizar su protección contra cualquier tipo de injerencias arbitrarias o ilegales; al tiempo de imponer al Estado la obligación directa de su protección, como lo indica el numeral segundo de dicha disposición: “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. Se infiere entonces que la protección se amplía a aquella información catalogada como sensible y que pertenece a la esfera personal del sujeto, al cual nadie tiene el derecho de acceder sin la expresa voluntad del titular de dichos datos.

Existen otros instrumentos internacionales en este nivel como: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, que, en su artículo quinto, estipula la protección contra cualquier tipo de discriminación en materia de derechos civiles y políticos, y económicos, sociales y culturales. También se encuentra, en este orden, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer encaminada a la protección de este grupo vulnerable contra cualquier tipo de discriminación, al tiempo de asegurar la igualdad frente al hombre.

En específico la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 16, protege al menor en su vida privada contra cualquier tipo de injerencia o ataque de terceros, tal y como se menciona a continuación:

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.
2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Se ratifica el amparo del derecho a la intimidad con el artículo 40, numeral segundo, inciso b, fracción VIII, al referirse al menor en conflicto con la ley penal indicando que: "... se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento". En este punto se debe señalar el avance de este texto internacional en relación con los derechos que en él se consagran. La fecha de adopción de la Convención fue el 20 de noviembre de 1989, por lo que ya en su *corpus* se reconocía, ligado a la libertad de expresión, el derecho de acceso a la información para los niños, niñas y adolescentes, en particular el artículo 13 que dice:

1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:

- a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o
- b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

Finalmente, se encuentra la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad encaminada a establecer obligaciones para los Estados en el sentido de asegurar el ejercicio de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Para este trabajo resulta trascendental el artículo 22 relativo al respeto de la privacidad:

- 1. Ninguna persona con discapacidad, independientemente de cuál sea su lugar de residencia o su modalidad de convivencia, será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación. Las personas con discapacidad tendrán derecho a ser protegidas por la ley frente a dichas injerencias o agresiones.
- 2. Los Estados Partes protegerán la privacidad de la información personal y relativa a la salud y a la rehabilitación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.

Así, los Estados se obligan a establecer diversas medidas —legislativas, judiciales, administrativas, entre otras— a fin de proteger la intimidad de cualquier persona con discapacidad contra agresiones, injerencias o ataques de terceros. Sin embargo, este instrumento, a diferencias de los antes citados, va más allá al referirse a la protección de la “privacidad de la información personal”; si bien, es específico en el tipo de información que se pretende proteger (relativa a la salud y a la rehabilitación de la persona), es el primero que de manera expresa se refiere a ese tópico; la razón entre otras cosas es el momento de redacción y adopción del texto, misma que fue el 13 de diciembre de 2006, en el seno de la Asamblea de las Naciones

Unidas. Ello explica también que su artículo 21 consagre de forma explícita, además del derecho a la libertad de expresión y de opinión, el derecho al acceso a la información, cuando dice:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para que las personas con discapacidad puedan ejercer el derecho a la libertad de expresión y opinión, incluida la libertad de recabar, recibir y facilitar información e ideas en igualdad de condiciones con las demás y mediante cualquier forma de comunicación que elijan con arreglo a la definición del artículo 2 de la presente Convención, entre ellas:

- a) Facilitar a las personas con discapacidad información dirigida al público en general, de manera oportuna y sin costo adicional, en formatos accesibles y con las tecnologías adecuadas a los diferentes tipos de discapacidad;
- b) Aceptar y facilitar la utilización de la lengua de señas, el Braille, los modos, medios, y formatos aumentativos y alternativos de comunicación y todos los demás modos, medios y formatos de comunicación accesibles que elijan las personas con discapacidad en sus relaciones oficiales;
- c) Alentar a las entidades privadas que presten servicios al público en general, incluso mediante Internet, a que proporcionen información y servicios en formatos que las personas con discapacidad puedan utilizar y a los que tengan acceso;
- d) Alentar a los medios de comunicación, incluidos los que suministran información a través de Internet, a que hagan que sus servicios sean accesibles para las personas con discapacidad;
- e) Reconocer y promover la utilización de lenguas de señas.

Las disposiciones de los tratados citados van configurando el marco jurídico del derecho al olvido como un derecho humano del cual es titular cualquier persona sin distinción alguna. El proceso de reconocimiento internacional, al ser un derecho emergente que nace de la evolución de la tecnología y las comunicaciones, es paulatino; pero, necesario para la protección de otros derechos. Los informes

anuales del Alto Comisionado de las Naciones Unidas son prueba fehaciente. En concreto, el Informe de 2018 titulado “El Derecho a la Privacidad en la Era Digital” expone los desafíos que la era digital presenta para el derecho a la privacidad; particularmente el riesgo que constituyen los metadatos para el derecho a la privacidad al conformar el perfil de una persona, el ámbito de protección de la información y el hecho de que la información sustantiva que se hace pública no puede ser desprotegida, entre otros aspectos, quedan evidenciados en dicho informe, al indicar que:

La protección del derecho a la privacidad es amplia, ya que no solo abarca la información sustantiva contenida en las comunicaciones, sino también los metadatos, puesto que, al analizarse y reunirse, estos pueden “dar una mejor idea del comportamiento, las relaciones sociales, las preferencias privadas y la identidad de una persona que la información obtenida accediendo al contenido de una comunicación privada” ... La protección del derecho a la privacidad no se limita a los espacios privados, aislados, como el domicilio de una persona, sino que se extiende a los espacios públicos y a la información de acceso público... Asimismo, el derecho a la vida privada también se ve afectado cuando se reúne y analiza la información sobre una persona que se ha hecho pública en las redes sociales. El intercambio público de información no implica que la información sustantiva quede desprotegida (ONU, 2018, numeral 6)

De la misma forma, se menciona que el tratamiento de datos puede ser hecho por una persona o por un algoritmo y en que en ambos casos se pone en riesgo el derecho a la intimidad. Se enfatiza la pérdida de control de la información que pone en peligro la privacidad del sujeto, al mencionar que:

El derecho a la privacidad no solo se ve comprometido cuando la información sobre una persona es examinada o utilizada por un ser humano o un algoritmo. El simple hecho que se generen y reúnan datos relativos a la identidad, la familia o la vida de una persona ya afecta a su derecho a la privacidad, pues a través de esas acciones, la persona pierde en cierta

medida el control sobre una información que podría poner en riesgo su vida privada... (ONU, 2018, numeral 7).

En el informe de 2020, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos centra su atención en el uso de las tecnologías de la información y su impacto en la promoción y protección de los derechos humanos particularmente en el contexto de las reuniones, incluidas las manifestaciones pacíficas (ONU, 2020). Si bien, el problema se focaliza en un derecho en específico como el derecho de reunión, es clara la preocupación por el impacto de la tecnología en el ejercicio de los derechos humanos en general, sobre todo a raíz de la pandemia que obligo a la humanidad a interactuar más en la virtualidad.

3.1.2 Sistema Regional

En este acápite se pretende identificar las disposiciones de los instrumentos internacionales en materia de derecho al olvido; pero, en un ámbito regional. Para tal fin, el trabajo se enfoca, por supuesto, en América al ubicarse México en este continente, aunque es menester aclarar que no se limita solo a los textos de *soft* o *hard law*, sino también a las resoluciones emitidas por la Comisión y la Corte Interamericana derivado de su relevancia y su alcance para nuestro Estado. Finalmente, también se analiza la normativa aplicable en Europa, ello obedece a ser el primer continente en resolver un caso relativo al derecho al olvido; sumado a contar con disposiciones novedosas enfocadas en la regulación específica de la protección de datos personales, que incluyen ese derecho en particular.

3.1.2.1 América

El sistema americano tiene como base dos instrumentos; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida también como Pacto de San José. El primero es un instrumento de *soft law* que por el tiempo en el cual se gestó no hace alusión expresa la protección de datos y mucho menos al derecho al olvido. No obstante, en sintonía con los instrumentos universales, establece la protección de la persona contra

cualquier ataque, como se indica en su artículo V: “Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”.

La Convención Americana, como documento coercitivo para los países, establece en su artículo 11, la protección de la dignidad y honra de las personas contra cualquier injerencia de terceros, al indicar que:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

La protección de la que hablan los dos textos se encamina a garantizar la esfera privada del sujeto, es decir, su intimidad, que incluye por supuesto datos personales que requieren un consentimiento expreso para su tratamiento, ya que con ellos se puede construir el perfil de una persona.

El Pacto de San José reconoce el derecho a la libertad de expresión y de acceso a la información sin más restricciones que las que imponen el derecho de terceros, la seguridad nacional, el orden público, y la moral, al señalar en su artículo 13 lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

En este ámbito regional existe un documento de *soft law* que relacionado con el derecho a la libertad de expresión. Se habla de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, cuyo principio segundo consagra el derecho de acceso a la información al indicar que: “Toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente... Todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación...”.

La disposición anterior es importante porque está ligada con el principio tercero que dice: “Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla”. Este principio se refiere específicamente al *habeas data*, mismo que, conforme a la interpretación de la Organización de Estados Americanos (OEA, 2022) se fundamenta en tres premisas:

- 1) El derecho de cada persona a no ser perturbado en su privacidad
- 2) El derecho de toda persona a acceder a información sobre sí misma en bases de datos públicos y privados para modificar, anular o rectificar información sobre su persona por tratarse de datos sensibles, falsos, tendenciosos o discriminatorios, y
- 3) El derecho de las personas a utilizar la acción de *habeas data* como mecanismo de fiscalización (numeral 12).

De las tres dimensiones, el enfoque se centrara únicamente en las dos primeras al ser estas la que interesan para el trabajo. En consecuencia, la primera premisa constituye la protección requerida por una persona de su ámbito de intimidad, lo que se plasma en los diversos tratados internacionales universales y regionales referidos; necesario para evitar cualquier injerencia o ataque de terceros, como ya se estableció. La segunda premisa relativa al derecho de acceso y control de los datos personales constituye un derecho fundamental para hacer posible la vida privada; alineado con el punto anterior, ya que la ausencia de mecanismos judiciales que permitan la rectificación, actualización o anulación de datos afectaría directamente el derecho a la privacidad, el honor, la identidad, la propiedad, y la fiscalización sobre la recopilación de datos obtenidos.

En la interpretación que hace la OEA, se reconoce la importancia que tiene el avance de las tecnologías, en particular las computadoras y el internet, por lo que resulta “necesario garantizar la existencia de canales concretos de acceso rápido a la información para modificar información incorrecta o desactualizada contenida en las bases de datos electrónicas” (OEA, 2022, numeral 13). Aun cuando el derecho a la protección de datos conlleva el ejercicio de otros derechos (los llamados ARCO), la OEA reconoce el derecho a la modificación y actualización; pero, también las obligaciones de los sujetos encargados de procesar información de “usar los datos para los objetivos específicos y explícitos establecidos; y garantizar la seguridad de los datos contra el acceso accidental, no autorizado o la manipulación”, lo que implica el tratamiento de la información.

Del mismo modo, la interpretación de la OEA respecto de un tratamiento indebido o ilegal por parte de entes del Estado o del sector privado faculta al solicitante a “tener acceso a dicha información, inclusive cuando ésta sea de carácter clasificada” (OEA, 2022, numeral 13).

Ahora bien, en cuanto a las sentencias emitidas por la CoIDH, al día de hoy no existe ningún caso sometido a su jurisdicción, como tampoco alguno relacionado

con el derecho a la protección de datos personales de forma concreta. En cambio, existe una postura clara y definida respecto la protección de la vida privada y los alcances del derecho a la libertad de expresión.

Se citó con anterioridad, el caso de Atala Riffo y niñas vs Chile en el cual la CoIDH, con base en la Convención Americana, afirma que la privacidad no puede ser objeto de ningún tipo de invasión o injerencia por parte de terceros, sea una autoridad o un individuo. En la resolución, la CoIDH sostuvo que el concepto de vida privada es amplio, abarca diversos aspectos, e incluye la forma en que la persona se ve a sí misma y como y cuando decide proyectarse a los demás.

Otro asunto, es el de Artavia Murillo vs. Costa Rica. En esta resolución la CoIDH confirma su visión respecto que la protección de la vida privada comprende varios aspectos, como la identidad física y social, relacionados todos con la dignidad del individuo. En particular sostiene que el ejercicio de una vida privada es fundamental para ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida del sujeto.

En la controversia Escher y Otros vs. Brasil, de fecha seis de julio de 2009, relacionada con la vida privada, la CoIDH (2019) consideró que: “las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, [pero] se trata de una forma de comunicación incluida dentro del ámbito de protección de la vida privada” (párrf 114). Con esto se confirma que la capa de protección de la vida privada debe ser lo suficientemente amplia que abarque todos los mecanismos tecnológicos que puedan generar algún tipo de injerencia o invasión en la privacidad de un individuo. Así, lo expreso la propia Corte en el corpus de su sentencia:

La fluidez informativa que existe hoy en día coloca al derecho a la vida privada de las personas en una situación de mayor riesgo debido a las nuevas herramientas tecnológicas y su utilización cada vez más frecuente. Este progreso, en especial cuando se trata de interceptaciones y

grabaciones telefónicas, no significa que las personas deban quedar en una situación de vulnerabilidad frente al Estado o a los particulares. De allí que el Estado debe asumir un compromiso, aún mayor, con el fin de adecuar a los tiempos actuales las fórmulas tradicionales de protección del derecho a la vida privada (CoIDH, 2009, párrf 115).

La CoIDH al tiempo de reconocer que los Estados enfrentan el reto de adecuar las fórmulas tradicionales de protección a la vida privada a los tiempos actuales; también reconoce que “el derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y ser necesarias en una sociedad democrática” (CoIDH, 2009, párrf 116).

Finalmente, en el caso *Fontevicchia y D’amico vs Argentina*, de fecha 29 de noviembre de 2011, la Corte ha reiterado que cualquier persona “tienen el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás” (CoIDH, 2011, párrf 42). Este derecho está ligado con la dimensión individual de la libertad de expresión, que tiene también una dimensión social cuyo fin es crear una opinión pública necesaria en una sociedad democrática; por lo que:

... el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar... la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo. En estos términos puede explicarse la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas (CoIDH, 2011, párrf 45).

En este punto, se ratifica una idea ya señalada en el capítulo anterior, en relación al escrutinio y a la crítica pública a la que están sometidos los funcionarios públicos.

En el marco del caso Fontevecchia y D'amico vs Argentina, la Corte ha señalado que: "se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Este umbral no solo se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza" (CoIDH, 2011, párrf 47).

Algo relevante en la sentencia respecto del derecho a la vida privada, es la consideración de la CoIDH respecto a la obligación de protección que debe otorgar del Estado. La obligación no se configura por el solo hecho de no hacer, es decir, abstenerse de realizar cualquier acto de injerencia, ataque, o invasión, porque se establece también una obligación positiva, con la que "el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la vida privada mediante acciones positivas, lo cual puede implicar, en ciertos casos, la adopción de medidas dirigidas a asegurar dicho derecho protegiéndolo de las interferencias de las autoridades públicas así como también de las personas o instituciones privadas, incluyendo los medios de comunicación" (CoIDH, 2011, párrf 49).

Así, se habla de una obligación, por parte del Estado, de hacer y no hacer para garantizar el derecho a la vida privada. Ante este panorama, la propia Corte ha reconocido que debe encontrar un: "equilibrio entre la vida privada y la libertad de expresión que, sin ser absolutos, son dos derechos fundamentales garantizados en la Convención Americana y de la mayor importancia en una sociedad democrática..." (CoIDH, 2011, párrf 50). Asimismo, en este proceso armónico, reconoce el rol fundamental del "Estado buscando establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito" (CoIDH, 2011, párrf 50). No obstante, la Corte también reconoce: "La necesidad de proteger los derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención" (CoIDH, 2011, párrf 49).

Se colige entonces, que la libertad de expresión y el derecho a la vida privada son derechos fundamentales en cualquier sociedad democrática que deben coexistir en una relación armónica de equilibrio marcado por sus propias restricciones, y en caso de colisión es necesario un ejercicio de ponderación que responda a un criterio de estricta proporcionalidad.

Al respecto, del juicio de ponderación, la Corte, en el caso *Kimel vs. Argentina*, reconoció que: “tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra... revisten suma importancia. Es necesario garantizar el ejercicio de ambos. En este sentido, la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad” (CoIDH, 2008, párrf 51). Enfatiza que la solución a un conflicto de esta naturaleza requiere de: “el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio” (CoIDH, 2008, párrf 51). Y ratifica que el ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión puede vulnerar derechos fundamentales, por lo que se requiere: “la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención. Estos deben responder a un criterio de estricta proporcionalidad” (CoIDH, 2008, párrf 56).

Con lo hasta aquí enunciado se ratifica que el derecho al olvido al ser un derecho emergente producto del avance tecnológico y en particular del uso de las computadoras y el internet, no se encuentra literalmente reconocido en los tratados internacionales americanos. Sin embargo, conforme a las sentencias del máximo órgano jurisdiccional de la región y ligado a la protección de la vida privada, las acciones que conlleva el derecho a la protección de datos personales, y los límites en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, es posible vislumbrar en este marco el derecho al olvido como un derecho humano más que coadyuva a garantizar el derecho a la privacidad; un derecho en el contexto del derecho a la protección de datos, y un elemento de restricción del derecho a la libertad de expresión.

3.1.2.2 Europa

En el ámbito de Europa se encuentra la Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, de fecha 24 de octubre de 1995, misma que estuvo vigente hasta el 25 de mayo de 2018, al ser derogada por disposición del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo (RGPD) de fecha 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos¹⁶.

La Directiva 95/46/CE tiene relevancia al ser el primer documento en la Unión Europea con el propósito de proteger de derechos fundamentales, en particular, del derecho a la intimidad en relación con el tratamiento de los datos personales (Artículo primero). Luego entonces, sus disposiciones se aplicaron “al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero” (Artículo tercero). Amén de ser el texto base que fue utilizado por el Tribunal Justicia de la Unión Europea para emitir la interpretación solicitada por la Agencia Española de Protección de Datos Personales sobre una serie de cuestiones prejudiciales relacionadas con los artículos 2.b, 2.d, 7 y los artículos 128 y 149 relativos al caso Costeja.

El marco normativo de protección de datos de la Directiva 95/46/CE, fue un acierto en un primer momento por su naturaleza. Sin embargo, en el año 2016 se detectaron diferentes niveles de protección debido a la existencia de distintos criterios al momento de ejecutar y aplicar la Directiva 95/46/CE en distintos escenarios. Ello trajo como consecuencia su derogación y la entrada en vigencia del Reglamento (UE) 2016/679 (Franco y Quintanilla, 2020).

¹⁶ El Reglamento en vigor el 24 de mayo de 2016; sin embargo, no fue aplicado sino hasta el 25 de mayo de 2018, momento en el que quedo derogada la Directiva 95/46/CE.

Así, se abre paso a una nueva era de regulación que hasta el día de hoy está vigente, a través del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, cuya finalidad, de acuerdo con su artículo primero, esta decantada en tres líneas:

1. Establecer las normas relativas a la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y la libre circulación de tales datos.
2. Proteger los derechos de las personas y, en particular, su derecho a la protección de los datos personales.
3. Evitar restricciones o prohibiciones de la libre circulación de datos personales en la Unión por motivos relacionados con la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales.

Lo novedoso del Reglamento es su ámbito de aplicación, es decir, el tratamiento total o parcialmente automatizado de los datos personales; así como, el tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero. Sobre este punto es importante destacar que si bien el Reglamento se aplica a los responsables del tratamiento de las redes sociales, el artículo segundo, numeral segundo, inciso c, excluye las actividades efectuadas “por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas”, es decir, las solicitudes que los usuarios hagan para pedir la eliminación de ciertos datos que aparezcan en las redes sociales. Esta cuestión se regula en las legislaciones internas de cada uno de los Estados miembros.

Otra novedad, relacionada con el alcance del RGPD, estriba en el ámbito de aplicación territorial, en tres casos:

1. Cuando el tratamiento de datos se realice, por parte del responsable o encargado, en la Unión Europea o no.
2. Cuando el titular de los datos resida en la Unión y las actividades de tratamiento estén relacionadas con “a) la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión, independientemente de si a estos se les requiere su pago, o b) el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión”.

3. Cuanto el responsable no esté establecido en la Unión sino en un lugar en que el Derecho de los Estados miembros sea de aplicación en virtud del Derecho internacional público.

La determinación de los ámbitos de aplicación del Reglamento es fundamental porque con independencia de que el tratamiento de datos se realice o no en la Unión, o la residencia del responsable o encargado del tratamiento se encuentre o no en algún territorio europeo, el contenido de las disposiciones del RGPD se deberá atender. La única limitante radica en la residencia del titular de los datos y las actividades de tratamiento como ya se indicó. Esto constituye una gran diferencia entre la Directiva y el Reglamento, al ir este más allá al dilucidar los puntos de conflicto territorial.

Por otro lado, en el artículo cuarto del RGPD contiene una serie de definiciones como: elaboración de perfiles; seudonimización; fichero; encargado del tratamiento; destinatario; consentimiento del interesado; violación de la seguridad de los datos personales; datos genéticos; datos biométricos; datos relativos a la salud; normas corporativas vinculantes; autoridad de control, y tratamiento transfronterizo, entre otros. Empero, se resaltan las siguientes:

Datos personales: toda información sobre una persona física identificada o identificable...; 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 identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona (Artículo 4.1 del RGPD)

Tratamiento: cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación,

extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción (Artículo 4.2 del RGPD)

Responsable del tratamiento: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros (Artículo 4.7 del RGPD)

Encargado del tratamiento: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento (Artículo 4.8 del RGPD)

El artículo 5.1 hace mención a los principios aplicables al tratamiento de datos, al indicar lo siguiente:

- a) tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado («licitud, lealtad y transparencia»);
- b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines; ... el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales («limitación de la finalidad»);
- c) adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»);
- d) exactos y, si fuera necesario, actualizados; se adoptarán todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los

datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan («exactitud»);

e) mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales; los datos personales podrán conservarse durante períodos más largos siempre que se traten exclusivamente con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos... sin perjuicio de la aplicación de las medidas técnicas y organizativas apropiadas que impone el presente Reglamento a fin de proteger los derechos y libertades del interesado («limitación del plazo de conservación»);

f) tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas («integridad y confidencialidad»).

Un término que llama la atención en el artículo cinco, numeral segundo es la “responsabilidad proactiva” que deben tener las empresas que operan dentro del mundo digital: “El responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 y capaz de demostrarlo («responsabilidad proactiva»)”. En palabras de Juan Carlos Bayo “... se exige una responsabilidad proactiva, en lugar de la responsabilidad reactiva (enfoque basado en riesgos), debiéndose actuar con carácter preventivo, tener la diligencia debida para evitar tratamientos o incumplimientos no deseados en la protección de los intereses de los ciudadanos en el ámbito de su privacidad” (Citado en Moreno, 2020, p. 135).

Sumado a lo anterior, el RGPD establece claramente disposiciones encaminadas a: la licitud del tratamiento (artículo 6); el consentimiento (artículo 7); las condiciones aplicables al consentimiento de menores (artículo 8); el tratamiento de categorías especiales de datos personales (artículo 9); el tratamiento de datos relativo a

condenas e infracciones penales (artículo 10), y el tratamiento que no requiere identificación (artículo 11). El capítulo segundo se refiere a derechos del interesado relacionados con: la transparencia (artículo 12); la información de los datos (artículos 13 y 14); el acceso a los ficheros (artículo 15); la limitación del tratamiento de los datos (artículo 18); y la portabilidad de datos (artículo 20). Aquí es en donde jurídicamente se reconoce dos derechos importantes para el presente estudio: la rectificación de los datos que contenga información del ciudadano (artículo 16) y la supresión o derecho al olvido (artículo 17).

En cuanto al derecho de rectificación se reconoce el derecho del titular de los datos a “obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la rectificación de los datos personales inexactos que le conciernan. Teniendo en cuenta los fines del tratamiento, el interesado tendrá derecho a que se completen los datos personales que sean incompletos, inclusive mediante una declaración adicional”.

Respecto al derecho de supresión, cabe aclarar que el RGDP utiliza este término como sinónimo de derecho al olvido; a pesar de que este último en algunos casos va más allá del simple derecho de supresión. Así, el derecho al olvido queda regulado expresamente como un derecho del interesado y como una obligación del responsable del tratamiento de los datos, al señalar el considerando 39 que: “... Para garantizar que los datos personales no se conservan más tiempo del necesario, el responsable del tratamiento ha de establecer plazos para su supresión o revisión periódica. Deben tomarse todas las medidas razonables para garantizar que se rectifiquen o supriman los datos personales que sean inexactos”.

A pesar de que el derecho al olvido no se reconoce de manera literal; si se menciona el término en el numeral 66 del considerando del RGDP, al decir que: “... A fin de reforzar el «derecho al olvido» en el entorno en línea, el derecho de supresión debe ampliarse de tal forma que el responsable del tratamiento que haya hecho públicos datos personales esté obligado a indicar a los responsables del tratamiento que estén tratando tales datos personales que supriman todo enlace a ellos, o las copias

o réplicas de tales datos. Al proceder así, dicho responsable debe tomar medidas razonables, teniendo en cuenta la tecnología y los medios a su disposición, incluidas las medidas técnicas, para informar de la solicitud del interesado a los responsables que estén tratando los datos personales”.

Los considerandos citados son desarrollados en el artículo 17 del RGDP en donde se consagra el derecho a la supresión, que expresa: “El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales...”. El ejercicio de tal derecho por el titular de los datos podrá materializarse siempre y cuando concurren algunas de las siguientes circunstancias:

- a) Los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo;
- b) El interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), y este no se base en otro fundamento jurídico;
- c) El interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 1, y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 2;
- d) Los datos personales hayan sido tratados ilícitamente;
- e) Los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento;
- f) Los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8, apartado 1 (Artículo 7.1)

Entonces, queda claro que el derecho de supresión tiene por objeto garantizar al sujeto titular de los datos el obtener, sin dilación indebida, la supresión de su información personal, por parte del responsable del tratamiento en determinados

supuestos como pueden ser: los datos no sean necesarios para las finalidades para las que fueron recogidos; los datos personales hayan sido tratados ilícitamente, y los datos personales deban suprimirse para cumplir con una obligación legal. De esta manera, el Reglamento General necesita un accionar por parte del titular a fin de manifestar expresamente su deseo de eliminar sus datos a través de la solicitud correspondiente.

Se colige con lo marcado en el inciso “a” del numeral arriba transcrito, que el tiempo adquiere relevancia en el marco del derecho a la supresión conforme al RGDP, al aceptar que la información puede perder trascendencia para la sociedad con el paso del tiempo, pudiendo ser suprimida, sobre todo cuando es susceptible de afectar la privacidad de una persona. Ello pese a haber existido una finalidad legítima de tratamiento; al haberse cumplido debe cesarse el tratamiento, procediendo a ser desindexado en caso de que se encuentre disponible en internet.

La novedad que aporta el Reglamento General es la eliminación de la carga de la prueba que suponía para el interesado o titular de los datos localizar todos los posibles cesionarios de datos vinculados a su reclamación. Si los datos se han hecho públicos, el responsable de dicha publicación, además de suprimirlos de sus propios sistemas, tendrá que adoptar todas las medidas necesarias, para informar a los terceros que estén tratando dichos datos, que deben suprimir cualquier enlace, cualquier copia, o réplica de éstos. Ello quedó plasmado en el artículo 17.2 que menciona lo siguiente:

Quando haya hecho públicos los datos personales y esté obligado, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, a suprimir dichos datos, el responsable del tratamiento, teniendo en cuenta la tecnología disponible y el coste de su aplicación, adoptará medidas razonables, incluidas medidas técnicas, con miras a informar a los responsables que estén tratando los datos personales de la solicitud del interesado de supresión de cualquier enlace a esos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos.

Así, se aclara sobre quién recae la responsabilidad de suprimir los datos personales adicional a la obligación de informar a los terceros que estén tratando tal información, producto de su difusión, la supresión de todo enlace a este respecto. El deber incluye el adoptar las medidas razonables para garantizar el cumplimiento de la solicitud del interesado.

En cuanto a la limitante que el RGDP establece para el ejercicio del derecho de supresión; el artículo 17.3 indica varios supuestos que toman como base el interés público y el derecho de la libertad de expresión e información, al señalar de forma expresa lo siguiente:

- a) Para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información;
- b) Para el cumplimiento de una obligación legal que requiera el tratamiento de datos impuesta por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento, o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable;
- c) Por razones de interés público en el ámbito de la salud pública...
- d) Con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, en la medida en que el derecho indicado en el apartado 1 pudiera hacer imposible u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de dicho tratamiento, o
- e) Para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

Finalmente, el artículo 21 consagra el derecho de oposición, y lo distingue del derecho al olvido o supresión al establecer los casos en los cuales el interesado podrá oponerse al tratamiento de sus datos personales. Ejemplo de ello es que el tratamiento sea para la elaboración de perfiles; que el propósito sea de mercadotecnia, o bien tenga fines de investigación científica, histórica o estadística, salvo que sea necesario para el cumplimiento de una misión realizada por razones de interés público.

La pretensión del RGPD era que la normativa interna de los Estados miembros de la Unión Europea, en materia de protección de datos, introdujeran nuevas disposiciones que garantizaran la protección de los datos a sus titulares; ello conllevaría la inclusión de nuevos derechos entre los cuales estarían los de supresión o derecho al olvido y aquellos relacionados con la portabilidad de datos en diferentes ámbitos, como cuando se cambia de proveedor en la nube (Palos-Sánchez y Robina, 2018).

Algo importante respecto del RGPD es la libertad que otorga al responsable del tratamiento de datos en cuanto a la decisión sobre la relevancia de la información, aun cuando se establecen los supuestos para el ejercicio del derecho al olvido. El modelo adoptado en la legislación europea solo considera cuando el titular de los datos los proporciona al responsable de su tratamiento, pero es vago cuando se trata de la publicación de información en un portal de noticias, por ejemplo; pues en ese caso no hay una entrega de datos y el fin por el que se publican está protegido por la libertad de expresión. En este sentido, no existe diferencia sustancial entre lo que mencionaba la Directiva y el RGPD (Mecinas, 2017). Esta laguna jurídica obliga a los órganos legislativos a seguir trabajando en reformas en materia de protección de datos personales a fin de que el avance de las tecnológicas y comunicaciones no vulneren los derechos de los ciudadanos, y al mismo tiempo, se mantenga el derecho a la vanguardia frente al riesgo continuo que implica el mundo virtual y los medios.

3.1.3. Derecho interno

La no injerencia en la vida privada de las personas ha sido regulada de diferente forma en cada Estado. Con el ánimo de proteger y garantizar el derecho a la intimidad cada gobierno ha establecido y reconocido derechos como la protección de datos, entre los cuales se incluyen los llamados derechos ARCO y el derecho al olvido o supresión, como ocurre en algunos países de Europa. En México existe un reconocimiento constitucional a la vida privada al protegerla contra cualquier tipo de

injerencia que se materializa con la inclusión del derecho de los mexicanos a la protección, acceso, rectificación, cancelación y oposición de datos personales, no así del derecho al olvido o supresión.

En la legislación mexicana, la protección de los datos personales y el reconocimiento de los derechos ARCO se sustentan en normas de diferente naturaleza dirigidas a también a sujetos distintos que quedan obligados en términos de la ley que los rige. A nivel federal, para el sector privado, se tiene a la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (LFPDPPP) y su reglamento respectivo. En tanto que para el sector público, está la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, dirigida a los tres ámbitos de gobierno (federal, estatal y municipal), pero también a cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. En este sentido, el presente rubro analiza las dos disposiciones vigentes citadas, a fin de generar los insumos que permitan la construcción de una propuesta sólida encaminada a la integración del derecho al olvido o supresión en la norma mexicana.

3.1.3.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

La constitución mexicana desde junio de 2011 reconoce el goce de los derechos humanos a cualquier persona que se encuentre dentro de nuestro territorio, independientemente de nacionalidad, género, edad, o incluso situación migratoria, dejando abierto el abanico de posibilidades con la frase: “atenten contra la dignidad humana”. Esa disposición es base para que los derechos humanos sean garantizados por el gobierno mexicano y las autoridades en el marco de lo que dispone la propia carta magna y los compromisos internacionales adquiridos por nuestro país.

En este contexto, como ya se mencionó con anterioridad, el multicitado artículo sexto, además de reconocer el derecho a la libertad de expresión, el cual encuentra límite en la prohibición de intervenir en la vida privada de terceros, también consagra

el derecho a la protección de datos, en su inciso A, fracción II, que indica: “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”.

En esta tónica, el artículo 16 en su primer párrafo garantiza que nadie puede ser sujeto de injerencia al señalar que: “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...”. Empero, es su segundo párrafo el que de manera literal hace alusión a los derechos ARCO, al mencionar que:

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.

Además de reconocer los derechos ARCO, en el cuerpo de la norma, se indican los supuestos de excepción que tienen como sustento cuatro pilares: la seguridad nacional, el orden público, la seguridad y salud públicas, y los derechos de terceros, sobre lo cual se hablara más adelante.

Tanto el artículo sexto, como el 16 son el cimiento constitucional de los cuales se desprenden las dos leyes de interés para la inclusión del derecho al olvido, que son: la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (LFPDPPP), y la Ley General de Protección de Datos en Posesión de Sujetos Obligados (LGPDPSO), mismas que son analizadas a continuación.

3.1.3.2 Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares

La LFPDPPP fue publicada el cinco de julio de 2010, sin tener a la fecha ninguna

reforma. La norma en cuestión tiene como objetivo: “la protección de los datos personales en posesión de los particulares, con la finalidad de regular su tratamiento legítimo, controlado e informado, a efecto de garantizar la privacidad y el derecho a la autodeterminación informativa de las personas” (Artículo primero).

Se entiende por particulares las personas físicas o morales que realizan el tratamiento de la información, a excepción de que estos sean: sociedades de información crediticia o personas que lleven a cabo la recolección y almacenamiento de datos personales para uso exclusivamente personal, y sin fines de divulgación o utilización comercial (Artículo segundo).

La aplicación de la norma es muy importante y en este sentido el Reglamento de la LFPDPPP, publicado el 21 de diciembre de 2011, hace lo propio al tener como finalidad completar su ley. Pues bien, su artículo tercero referente al ámbito objetivo de aplicación indica que será de “aplicación al tratamiento de datos personales que obren en soportes físicos o electrónicos” (Artículo tercero), esto es, la disposición condiciona el tratamiento de datos a que estos se ubiquen en soportes físicos o electrónicos, lo que deja fuera cualquier otra actividad de tratamiento realizado en el mundo virtual. En otras palabras la información personal que yace en plataformas o bibliotecas digitales no está regulada y por lo tanto esos datos quedan desprotegidos.

Siguiendo la línea de aplicación, el artículo cuarto del Reglamento de la LFPDPPP, establece supuesto de aplicación territorial los cuales son:

- I. Sea efectuado en un establecimiento del responsable ubicado en territorio mexicano;
- II. Sea efectuado por un encargado con independencia de su ubicación, a nombre de un responsable establecido en territorio mexicano;
- III. El responsable no esté establecido en territorio mexicano pero le resulte aplicable la legislación mexicana, derivado de la celebración de un contrato o en términos del derecho internacional, y

IV. El responsable no esté establecido en territorio mexicano y utilice medios situados en dicho territorio, salvo que tales medios se utilicen únicamente con fines de tránsito que no impliquen un tratamiento.

Cuando el responsable no se encuentre ubicado en territorio mexicano, pero el encargado lo esté, a este último le serán aplicables las disposiciones relativas a las medidas de seguridad contenidas en el Capítulo III del presente Reglamento...

Al igual que otras leyes, la LFPDPPP en su artículo tercero proporciona algunas definiciones para comprender ciertos conceptos, entre ellos destaca:

...

XVIII. Tratamiento: La obtención, uso, divulgación o almacenamiento de datos personales, por cualquier medio. El uso abarca cualquier acción de acceso, manejo, aprovechamiento, transferencia o disposición de datos personales.

El término tratamiento es fundamental para deslindar el alcance de la actividad; entonces el vocablo implica la obtención, uso, divulgación por cualquier medio, o almacenamiento, por parte de un tercero. Incluso la norma es precisa al desglosar el uso que puede abarcar la acción de acceso, manejo, aprovechamiento, transferencia o disposición de los datos. En este sentido, cualquier persona física o moral que realice alguna de las actividades enunciadas se entenderá que trata la información y quedara sujeto a lo marcado por la LFPDPPP. Por su parte, el Reglamento de la LFPDPPP amplía las definiciones para integrar una que resulta de interés: "Supresión: Actividad consistente en eliminar, borrar o destruir el o los datos personales, una vez concluido el periodo de bloqueo, bajo las medidas de seguridad previamente establecidas por el responsable" (Artículo segundo, fracción XII). Esta acción supone el último paso de la cancelación que conlleva la eliminación de los datos personales después del proceso de cancelación en el cual se incluye el bloqueo. Hay que recordar que esa supresión es la eliminación de los datos personales con ubicación física o electrónica tal y como establece la norma, no una

supresión de datos digital, es decir, de plataformas, porque la plataforma no es un medio ni físico ni electrónico sino virtual.

En cuanto al límite de los principios y derechos previstos en la LFPDPPP, estos son los mismos que señala el segundo párrafo del artículo 16 constitucional a saber: la protección de la seguridad nacional, el orden público, la seguridad y la salud públicas, así como los derechos de terceros. El Reglamento de la LFPDPPP es coincidente; salvo, la última parte de su artículo 88, que incluye dos casos más: “previstos en las leyes aplicables en la materia, o bien mediante resolución de la autoridad competente debidamente fundada y motivada”.

Los principios que deben observar los responsables del tratamiento de datos personales son: licitud, consentimiento, información, calidad, finalidad, lealtad, proporcionalidad y responsabilidad (Artículo sexto de la LFPDPPP). Es necesario aclarar que si bien el responsable tiene el deber de velar por el cumplimiento de los principios de protección de datos, debiendo adoptar las medidas necesarias para su aplicación, esa obligación se extiende a los terceros que traten la información a solicitud de aquel (Artículo 14 de la LPDPPP).

Asimismo, se establecen diferentes obligaciones para quien realice actividades de tratamiento. Es el caso de lo contenido en el artículo 11 de la LFPDPPP en relación a que el responsable debe procurar que el contenido de las bases de datos deben ser pertinentes, correctos y actualizados para los fines para los cuales fueron recabados, y cuando los datos personales hayan dejado de ser necesarios para el cumplimiento de las finalidades previstas por el aviso de privacidad y las disposiciones legales aplicables, deberán ser cancelados. Esto es coincidente con el RGPD en cuanto a que si la finalidad para la cual se recabo la información ha dejado de existir entonces los datos deberán ser cancelados. La finalidad como tal es un principio desarrollado en el artículo 40 del Reglamento de la LFPDPPP que indica que:

Los datos personales sólo podrán ser tratados para el cumplimiento de la finalidad o finalidades establecidas en el aviso de privacidad... la finalidad o las finalidades establecidas en el aviso de privacidad deberán ser determinadas, lo cual se logra cuando con claridad, sin lugar a confusión y de manera objetiva se especifica para qué objeto serán tratados los datos personales.

Ligado al principio de finalidad están los plazos de conservación de los datos personales, los cuales:

... no deberán exceder aquéllos que sean necesarios para el cumplimiento de las finalidades que justificaron el tratamiento... y tomar en cuenta los aspectos administrativos, contables, fiscales, jurídicos e históricos de la información. Una vez cumplida la o las finalidades del tratamiento, y cuando no exista disposición legal o reglamentaria que establezca lo contrario, el responsable deberá proceder a la cancelación de los datos en su posesión previo bloqueo... para su posterior supresión (Artículo 37 del Reglamento de la LFPDPPP)

La norma, con el principio de finalidad, obliga a la responsable una vez cesada la razón del tratamiento a proceder con la cancelación —trámite que implica un previo bloqueo y una posterior supresión— automáticamente sin que exista solicitud previa del titular de los datos.

En el marco del principio de finalidad, una obligación fundamental del responsable del tratamiento consiste en informar a los titulares, sobre la información que de ellos se recaba y los fines para la cual será utilizada, a través del aviso de privacidad (Artículo 15 de la LFPDPPP). De igual manera, la LFPDPPP estipula obligaciones para los particulares que lleven a cabo el tratamiento de datos, respecto a la seguridad administrativa, técnica y física que permita proteger los datos personales contra daño, pérdida, alteración, destrucción o el uso, acceso o tratamiento no autorizado (Artículo 19 de la LFPDPPP). En caso de existir alguna vulneración de

seguridad, el responsable deberá informar inmediatamente al titular, a fin de que éste pueda emprender acciones que ayuden a la defensa de sus derechos (Artículo 20 de la LFPDPPP). Estos temas son desarrollados en el Reglamento de la LFPDPPP, en su capítulo tercero denominado “De las medidas de seguridad en el tratamiento de datos personales” del artículo 57 al 66.

Por otro lado, interesante resulta la figura del encargado que establece la ley y su reglamento, al imputarle responsabilidad por el tratamiento de los datos. El Reglamento de la LFPDPPP lo define como: “la persona física o moral, pública o privada, ajena a la organización del responsable, que sola o conjuntamente con otras, trata datos personales por cuenta del responsable, como consecuencia de la existencia de una relación jurídica que le vincula con el mismo y delimita el ámbito de su actuación para la prestación de un servicio” (Artículo 49).

En cuanto a las obligaciones impuestas al encargado, estas son desglosadas en el artículo 50 del Reglamento de la LFPDPPP, que establece lo siguiente:

- I. Tratar únicamente los datos personales conforme a las instrucciones del responsable;
- II. Abstenerse de tratar los datos personales para finalidades distintas a las instruidas por el responsable;
- III. Implementar las medidas de seguridad conforme a la Ley, el Reglamento y las demás disposiciones aplicables;
- IV. Guardar confidencialidad respecto de los datos personales tratados;
- V. Suprimir los datos personales objeto de tratamiento una vez cumplida la relación jurídica con el responsable o por instrucciones del responsable, siempre y cuando no exista una previsión legal que exija la conservación de los datos personales, y
- VI. Abstenerse de transferir los datos personales salvo en el caso de que el responsable así lo determine, la comunicación derive de una subcontratación, o cuando así lo requiera la autoridad competente...

La LFPDPP, en sus capítulos tercero y cuarto, hace referencia a los derechos ARCO, así como su ejercicio por parte del titular o su representante legal. La letra “A” del término se refiere al derecho de acceso que tiene el titular a sus datos personales que obren en poder del responsable, así como conocer el Aviso de Privacidad al que está sujeto el tratamiento (Artículo 23). Esta obligación de acuerdo con el Reglamento de la LFPDPPP se tiene por cumplida cuando “el responsable ponga a disposición del titular los datos personales en sitio... o bien, mediante la expedición de copias simples, medios magnéticos, ópticos, sonoros, visuales u holográficos, o utilizando otras tecnologías de la información que se hayan previsto en el aviso de privacidad. En todos los casos, el acceso deberá ser en formatos legibles o comprensibles para el titular...” (Artículo 102).

En cuanto a la rectificación, esta implica el derecho del titular de los datos a rectificarlos cuando estos sean inexactos o incompletos (Artículo 24 de la LFPDPPP y 103 de su Reglamento). En todo caso es necesario que la solicitud de rectificación, sea acompañada de la documentación debida, indique los datos personales que deben ser rectificadas y la corrección respectiva que ha de realizarse (Artículo 104 del Reglamento de la LFPDPPP).

El derecho de cancelación quizás es el que tendría más cercanía con el derecho al olvido, al grado de suponer que aquel incluye o se equipara con el último; sin embargo, esto no es así. La cancelación es “el cese en el tratamiento por parte del responsable, a partir de un bloqueo de los mismos y su posterior supresión” (Artículo 105). Entonces, la cancelación requiere de dos acciones: un bloqueo y una supresión, que en conjunto conforman el derecho de cancelación. Este es un derecho que le asiste al titular de los datos reconocido expresamente en el artículo 25 de la LFPDPPP que conlleva justo la supresión de la información en los soportes físicos o electrónicos; pero, no así de las plataformas o enlaces, es decir, no incluye la información digital que se encuentra en la red.

La cancelación de datos, como los demás derechos, inicia con la solicitud la cual abre un periodo de bloqueo tras el cual se procede a la supresión del dato, que implica el segundo y último momento en el ejercicio de este derecho. El periodo de bloqueo tiene como propósito “impedir el tratamiento, a excepción del almacenamiento, o posible acceso por persona alguna, salvo que alguna disposición legal prevea lo contrario” (Artículo 108 del Reglamento de la LFPDPPP).

De acuerdo con el artículo 25 de la LFPDPPP, el periodo de bloqueo será “equivalente al plazo de prescripción de las acciones derivadas de la relación jurídica que funda el tratamiento en los términos de la Ley aplicable en la materia”. Una vez concluida la etapa de bloque, que conforme a la fracción III del artículo 107 del Reglamento de la LFPDPPP el plazo es de 15 días, el responsable deberá “transcurrido el periodo de bloqueo, llevar a cabo la supresión correspondiente, bajo las medidas de seguridad previamente establecidas por el responsable” (Artículo 107, fracción IV del Reglamento de la LFPDPPP). “Una vez cancelado el dato se dará aviso a su titular” (Artículo 25 del LFPDPPP).

El artículo 25 de la LFPDPPP en su último párrafo resulta novedoso al imputar al responsable la obligación de informar a terceros sobre la solicitud de cancelación o rectificación, al indicar que: “Cuando los datos personales hubiesen sido transmitidos con anterioridad a la fecha de rectificación o cancelación y sigan siendo tratados por terceros, el responsable deberá hacer de su conocimiento dicha solicitud de rectificación o cancelación, para que proceda a efectuarla también”. Con ello se elimina la carga al titular de emitir solicitudes a terceros que traten sus datos personales. Dicha obligación se constituye en un acierto al eliminar tal para el titular; pero, cabe recordar que el tratamiento no implica los datos personales en plataformas digitales como las bibliotecas de periódicos o blogs, ya que como se indicó los derechos ARCO se ejercen para información que obre en soportes físicos o electrónicos.

Adicional a lo citado, la fase de bloqueo no puede ejercerse por parte del responsable cuando:

- I. Se refiera a las partes de un contrato privado, social o administrativo y sean necesarios para su desarrollo y cumplimiento;
- II. Deban ser tratados por disposición legal;
- III. Obstaculice actuaciones judiciales o administrativas vinculadas a obligaciones fiscales, la investigación y persecución de delitos o la actualización de sanciones administrativas;
- IV. Sean necesarios para proteger los intereses jurídicamente tutelados del titular;
- V. Sean necesarios para realizar una acción en función del interés público;
- VI. Sean necesarios para cumplir con una obligación legalmente adquirida por el titular, y
- VII. 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.

Se colige con lo determinado por la ley, que el ejercicio de cancelación no conlleva un ejercicio de desindexación, es decir, la cancelación que lleva al bloqueo y posterior supresión de los datos personales, en la legislación mexicana no abarca el derecho al olvido, porque el ejercicio de este va más allá de la cancelación y sus fases. No se debe olvidar que el internet ha permitido la maximización de la información lo cual quiere decir que un dato puede ser conocido en el mismo momento en que se publica por muchos individuos en cualquier parte del mundo en donde exista acceso a la red. En este sentido, el tratamiento de los datos no debe ceñirse a soportes físicos o electrónicos porque ello limita el alcance de los propios derechos ARCO, al dejar en un estado de indefensión al titular ante nuevas formas de tratamiento que no obran en los soportes señalados en la norma. Es el caso de los blogs por ejemplo, con la demanda presentada por el abogado Ulrich Richter, mencionado en la parte de los antecedentes, o bien el de las bibliotecas digitales con el asunto de Sánchez de la Peña y la plataforma de la Revista Fortuna.

Finalmente, la oposición como derecho implica que el titular en cualquier momento y solo por causa legítima plenamente justificada puede oponerse al tratamiento de sus datos; ante ello y cuando sea procedente, el responsable no podrá tratar los datos relativos al titular (Artículo 27 de la LFPDPPP). Será improcedente el derecho de oposición “en aquellos casos en los que el tratamiento sea necesario para el cumplimiento de una obligación legal impuesta al responsable” (Artículo 109 del Reglamento de la LFPDPPP).

El capítulo IV de la LFPDPPP titulado “Del Ejercicio de los Derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición” hace alusión al procedimiento para el ejercicio de los derechos ARCO, el cual inicia con la solicitud correspondiente que debe contener:

- I. El nombre del titular y domicilio u otro medio para comunicarle la respuesta a su solicitud;
- II. Los documentos que acrediten la identidad o, en su caso, la representación legal del titular;
- III. La descripción clara y precisa de los datos personales respecto de los que se busca ejercer alguno de los derechos antes mencionados, y
- IV. Cualquier otro elemento o documento que facilite la localización de los datos personales (Artículo 29 de la LFPDPPP)

Todo responsable tiene que designar a una persona o departamento encargado de dar trámite a las solicitudes para el ejercicio de los derechos (Artículo 30 de la LFPDPPP).

El responsable comunicará al titular, en un plazo máximo de veinte días, contados desde la fecha en que se recibió la solicitud de acceso, rectificación, cancelación u oposición, la determinación adoptada, a efecto de que, si resulta procedente, se haga efectiva la misma dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se comunica la respuesta. El plazo puede ser ampliado una sola vez por un periodo

igual siempre que lo justifiquen las circunstancias del caso. Tratándose de solicitudes de acceso a datos personales, procederá la entrega previa acreditación de la identidad del solicitante o representante legal, según corresponda (Artículo 32 de la LFPDPPP).

El trámite se tendrá por cumplido cuando se pongan a disposición del titular los datos personales; o bien, mediante la expedición de copias simples, documentos electrónicos o cualquier otro medio que determine el responsable en el aviso de privacidad (Artículo 33 de la LFPDPPP).

El ejercicio de los derechos ARCO puede ser negado por parte del responsable en los siguientes supuestos:

- I. Cuando el solicitante no sea el titular de los datos personales, o el representante legal no esté debidamente acreditado para ello;
- II. Cuando en su base de datos, no se encuentren los datos personales del solicitante;
- III. Cuando se lesionen los derechos de un tercero;
- IV. Cuando exista un impedimento legal, o la resolución de una autoridad competente, que restrinja el acceso a los datos personales, o no permita la rectificación, cancelación u oposición de los mismos, y
- V. Cuando la rectificación, cancelación u oposición haya sido previamente realizada (Artículo 34)

El responsable puede negar parcialmente la solicitud, en este caso efectuará el acceso, rectificación, cancelación u oposición requerida por el titular. En todos los casos anteriores, el responsable deberá informar el motivo de su decisión y comunicarla al titular en los plazos establecidos para tal efecto y por el mismo medio por el que se llevó a cabo la solicitud, acompañando de las pruebas que resulten pertinentes (Artículo 34 de la LFPDPPP).

La LFPDPPP prevé un procedimiento para la protección de datos en su capítulo VII, mismo que se sustancia ante el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (INAI); organismo que tiene por objeto “difundir el conocimiento del derecho a la protección de datos personales en la sociedad mexicana, promover su ejercicio y vigilar por la debida observancia de las disposiciones previstas en la presente Ley... en particular aquellas relacionadas con el cumplimiento de obligaciones por parte de los sujetos regulados por este ordenamiento” (Artículo 38 de la LFPDPPP).

Entonces, el INAI es el organismo institucional facultado para recibir las solicitudes de quienes acudan solicitando la protección de sus datos personales. La propia LFPDPPP establece, en su artículo 45, los supuestos de procedencia de la petición:

1. El titular de los datos no reciba respuesta por parte del responsable
2. El responsable no entregue al titular los datos solicitados o lo haga en un formato incomprensible
3. El responsable se niegue a efectuar modificaciones o correcciones a los datos personales, y
4. El titular no esté conforme con la información entregada por considerar que es incompleta o no corresponda a la información requerida.

Los supuestos anteriores son desarrollados en el artículo 115 del Reglamento de la LPDPPP, en el cual se regula los casos de inconformidad por parte del titular derivado de acciones u omisiones del responsable del tratamiento con motivo del ejercicio de los derechos ARCO, los cuales son los siguientes:

- I. El titular no haya recibido respuesta por parte del responsable;
- II. El responsable no otorgue acceso a los datos personales solicitados o lo haga en un formato incomprensible;
- III. El responsable se niegue a efectuar las rectificaciones a los datos personales;

- IV. El titular no esté conforme con la información entregada por considerar que es incompleta o no corresponde a la solicitada, o bien, con el costo o modalidad de la reproducción;
- V. El responsable se niegue a cancelar los datos personales;
- VI. El responsable persista en el tratamiento a pesar de haber procedido la solicitud de oposición, o bien, se niegue a atender la solicitud de oposición, y
- VII. Por otras causas que a juicio del Instituto sean procedentes conforme a la Ley o al presente Reglamento.

Una vez presentada la solicitud, el INAI, dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que se comunique la respuesta al titular por parte del responsable, dará traslado de la misma al responsable, para que, en el plazo de 15 días, emita respuesta, ofrezca las pruebas y manifieste por escrito lo que a su derecho convenga (Artículo 45 de la LFPDPPP).

El Instituto admitirá las pruebas que estime pertinentes¹⁷ y procederá a su desahogo (Artículo 45 de la LFPDPPP). Concluida esta etapa, el Instituto notificará a las partes el derecho que le asiste para presentar alegatos dentro de los cinco días contados a partir de la notificación del acuerdo. Al término de dicho plazo, se cerrará la instrucción y el Instituto emitirá su resolución (Artículo 122 del Reglamento de la LFPDPPP). El plazo máximo para dictar la resolución es de 45 días contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de protección de datos; sin embargo, cuando exista causa justificada, el Pleno del Instituto podrá ampliar por una vez y hasta por un período igual ese plazo (Artículo 47 de la LFPDPPP).

¹⁷ Las pruebas que pueden ser ofrecidas son enunciadas en el artículo 119 del Reglamento de la LFPDPPP, entre las cuales destacan: la documental pública; la documental privada; la inspección, siempre y cuando se realice a través de la autoridad competente; la presuncional, en su doble aspecto, legal y humana; la pericial; la testimonial, y las fotografías, páginas electrónicas, escritos y demás elementos aportados por la ciencia y tecnología.

En caso que la resolución de protección resulte favorable al titular de los datos, se requerirá al responsable para que, en el plazo de 10 días siguientes a la notificación o cuando así se justifique, uno mayor que fije la propia resolución, haga efectivo el ejercicio de los derechos objeto de protección, debiendo dar cuenta por escrito de dicho cumplimiento al Instituto dentro de los siguientes 10 días (Artículo 48 de la LFPDPPP).

Las resoluciones del Instituto podrán:

- I. Sobreseer o desechar la solicitud de protección de datos por improcedente, o
- II. Confirmar, revocar o modificar la respuesta del responsable (Artículo 51 de la LFPDPPP).

El INAI podrá desechar la solicitud de protección de datos por improcedente cuando:

- I. El Instituto no sea competente;
- II. El Instituto haya conocido anteriormente de la solicitud de protección de datos contra el mismo acto y resuelto en definitiva respecto del mismo recurrente;
- III. Se esté tramitando ante los tribunales competentes algún recurso o medio de defensa interpuesto por el titular que pueda tener por efecto modificar o revocar el acto respectivo;
- IV. Se trate de una solicitud de protección de datos ofensiva o irracional, o
- V. Sea extemporánea (Artículo 52 de la LFPDPPP).

Asimismo, la solicitud de protección de datos será sobreseída cuando:

- I. El titular fallezca;
- II. El titular se desista de manera expresa;
- III. Admitida la solicitud de protección de datos, sobrevenga una causal de improcedencia, y
- IV. Por cualquier motivo quede sin materia la misma (Artículo 53 de la LFPDPPP).

Un aspecto importante en el trámite de solicitud de protección de datos ante el INAI es la conciliación que el propio instituto está obligado a promover entre las partes desde que emite el acuerdo de admisión de la solicitud (Artículo 54 de la LFPDPPP). El procedimiento de conciliación inicia con el requerimiento a las partes de su manifestación, por cualquier medio, de la voluntad para conciliar, en un plazo no mayor a 10 días, contados a partir de la notificación de dicho acuerdo. Aceptada la conciliación por las partes, el Instituto señalará el lugar o medio, día y hora para la celebración de una audiencia de conciliación, la cual deberá realizarse dentro de los 20 días siguientes a haber recibido el INAI la manifestación de la voluntad para conciliar (Artículo 120 del Reglamento del LFPDPPP).

La audiencia de conciliación tiene por objeto avenir los intereses entre el titular y el responsable. Una vez concluida la audiencia se levantará el acta respectiva, en la que conste el resultado de la misma. En caso de que el responsable o el titular no firmen el acta, ello no afectará su validez, debiéndose hacer constar dicha negativa. Si alguna de las partes no acude a la audiencia de conciliación, pero justifican su ausencia en un plazo de tres días, será convocado a una segunda audiencia para que la conciliación continúe (Artículo 120 del Reglamento del LFPDPPP).

El procedimiento de protección de datos continuará poniendo fin a la conciliación cuando:

1. Alguna de las partes no asista a la audiencia de conciliación sin justificación.
2. Alguna de las partes no acuda a la audiencia de conciliación por segunda ocasión sin justificación.
3. No exista acuerdo en la audiencia de conciliación (Artículo 120 del Reglamento del LFPDPPP).

También se tendrá por concluida la conciliación cuando se alcance un acuerdo entre las partes, mismo que tendrá efectos vinculantes y constará por escrito; asimismo, deberá señalar el plazo para su cumplimiento. El cumplimiento del acuerdo da por

concluido el procedimiento de protección de derechos, en caso contrario, el Instituto reanudará el procedimiento (Artículo 120 del Reglamento del LFPDPPP).

El mecanismo para impugnar las resoluciones del INAI es el juicio de nulidad que pueden promover las partes ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (Artículos 56 de la LFPDPPP y 126 de su Reglamento).

De igual forma, es un acierto el procedimiento de verificación que regula la LFPDPPP y su reglamento, el cual tiene por objeto que el Instituto compruebe “el cumplimiento de las disposiciones previstas en la Ley o en la regulación que de ella derive” (Artículos 59 de la LFPDPPP y 128 de su Reglamento). Así, el Instituto está facultado para requerir al responsable del tratamiento de datos la documentación que estime pertinente o bien realizar visitas en el establecimiento en donde se encuentren las bases de datos respectivas.

Los procedimientos de protección de datos y verificación abren la puerta para que el Instituto inicie un procedimiento de imposición de sanciones cuando tenga conocimiento o determine que existe un presunto incumplimiento a los principios o disposiciones de la ley susceptibles de ser sancionados (Artículos 61 de la LFPDPPP y 140 de su Reglamento).

Relacionado con lo anterior, el artículo 63 de la LFPDPPP es el que señala las conductas del responsable que acreditan una infracción, mismas que son:

- I. No cumplir con la solicitud del titular para el acceso, rectificación, cancelación u oposición al tratamiento de sus datos personales, sin razón fundada, en los términos previstos en esta Ley;
- II. Actuar con negligencia o dolo en la tramitación y respuesta de solicitudes de acceso, rectificación, cancelación u oposición de datos personales;
- III. Declarar dolosamente la inexistencia de datos personales, cuando exista total o parcialmente en las bases de datos del responsable;

- IV. Dar tratamiento a los datos personales en contravención a los principios establecidos en la presente Ley;
- V. Omitir en el aviso de privacidad, alguno o todos los elementos a que se refiere el artículo 16 de esta Ley;
- VI. Mantener datos personales inexactos cuando resulte imputable al responsable, o no efectuar las rectificaciones o cancelaciones de los mismos que legalmente procedan cuando resulten afectados los derechos de los titulares;
- VII. No cumplir con el apercibimiento a que se refiere la fracción I del artículo 64;
- VIII. Incumplir el deber de confidencialidad establecido en el artículo 21 de esta Ley;
- IX. Cambiar sustancialmente la finalidad originaria del tratamiento de los datos, sin observar lo dispuesto por el artículo 12;
- X. Transferir datos a terceros sin comunicar a éstos el aviso de privacidad que contiene las limitaciones a que el titular sujetó la divulgación de los mismos;
- XI. Vulnerar la seguridad de bases de datos, locales, programas o equipos, cuando resulte imputable al responsable;
- XII. Llevar a cabo la transferencia o cesión de los datos personales, fuera de los casos en que esté permitida por la Ley;
- XIII. Recabar o transferir datos personales sin el consentimiento expreso del titular, en los casos en que éste sea exigible;
- XIV. Obstruir los actos de verificación de la autoridad;
- XV. Recabar datos en forma engañosa y fraudulenta;
- XVI. Continuar con el uso ilegítimo de los datos personales cuando se ha solicitado el cese del mismo por el Instituto o los titulares;
- XVII. Tratar los datos personales de manera que se afecte o impida el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición establecidos en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

XVIII. Crear bases de datos en contravención a lo dispuesto por el artículo 9, segundo párrafo de esta Ley, y

XIX. Cualquier incumplimiento del responsable a las obligaciones establecidas a su cargo en términos de lo previsto en la presente Ley

Las sanciones que pueden ser impuestas por el instituto para las conductas arriba descritas, son:

I. El apercibimiento para que el responsable lleve a cabo los actos solicitados por el titular, en los términos previstos por esta Ley, tratándose de los supuestos previstos en la fracción I del artículo anterior;

II. Multa de 100 a 160,000 días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal, en los casos previstos en las fracciones II a VII del artículo anterior;

III. Multa de 200 a 320,000 días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal, en los casos previstos en las fracciones VIII a XVIII del artículo anterior, y

IV. En caso de que de manera reiterada persistan las infracciones citadas en los incisos anteriores, se impondrá una multa adicional que irá de 100 a 320,000 días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal. En tratándose de infracciones cometidas en el tratamiento de datos sensibles, las sanciones podrán incrementarse hasta por dos veces, los montos establecidos (Artículo 64 de la LFPDPP)

Adicionalmente, la LFPDPPP establece, además de las infracciones de carácter administrativo, conductas delictivas en materia de tratamiento indebido de datos personales. En concreto, los artículos 67 y 68 de la LFPDPPP indican los supuestos y sanciones, en tanto que el artículo 69 señala las agravantes de la conducta. El cuadro 1 describe las conductas y las sanciones:

Cuadro 1. Delitos en Materia de Tratamiento Indebido de Datos Personales

Artículo	Conducta	Sanción
67	Al que estando autorizado para tratar datos personales, con ánimo de lucro, provoque una	Se impondrán de tres meses a tres años de prisión.

	vulneración de seguridad a las bases de datos bajo su custodia.	
68	Al que, con el fin de alcanzar un lucro indebido, trate datos personales mediante el engaño, aprovechándose del error en que se encuentre el titular o la persona autorizada para transmitirlos	Se impondrá prisión de seis meses a cinco años

Fuente: Elaboración propia con datos de la LFPDPP.

En cuanto al agravante, este se refiere a los datos personales sensibles, en cuyo caso las penas por las conductas descritas se duplicarán.

3.1.3.3 Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados

El ordenamiento más reciente en materia de protección de datos personales es la Ley General de Protección de Datos en Posesión de Sujetos Obligados (LGPDPSO), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de enero de 2017, la cual es reglamentaria de los artículos sexto, apartado A y 16, párrafo segundo de la Constitución en materia de protección de datos personales en posesión de sujetos obligados.

El objetivo de la LGPDPSO es “establecer las bases, principios y procedimientos para garantizar el derecho que tiene toda persona a la protección de sus datos personales, en posesión de sujetos obligados” (Artículo primero). Aquí la interrogante sería ¿Quién es un sujeto obligado? De acuerdo con el artículo primero, quinto párrafo de la propia LGPDPSO son sujetos obligados: “en el ámbito federal, estatal y municipal, cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos”. Adicional a lo mencionado, el sexto párrafo del mismo artículo primero menciona a: “los sindicatos y cualquier otra persona física o moral que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, estatal y municipal serán responsables de los datos personales, de conformidad con

la normatividad aplicable para la protección de datos personales en posesión de los particulares”.

Se excluye de esta ley los demás supuestos distintos a los mencionados, al sujetar a las personas físicas y morales a lo previsto por la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (Artículo primero, último párrafo de la LGPDPSO).

La LGPDPSO tiene tal importancia en la protección de la información porque, por primera vez, se cuenta con una legislación acorde al sector público enfocada en establecer bases, principios y procedimientos que garanticen la protección de los datos personales. Así, el ordenamiento resulta particular porque su ámbito de aplicación abarca los tres niveles de gobierno, al tiempo de contemplar un catálogo amplio de sujetos obligados.

Entre los objetivos que tiene la ley están:

- I. Distribuir competencias entre los Organismos garantes de la Federación y las Entidades Federativas, en materia de protección de datos personales en posesión de sujetos obligados;
- II. Establecer las bases mínimas y condiciones homogéneas que regirán el tratamiento de los datos personales y el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, mediante procedimientos sencillos y expeditos;
- III. Regular la organización y operación del Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales a que se refieren esta Ley y la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en lo relativo a sus funciones para la protección de datos personales en posesión de sujetos obligados;
- IV. Garantizar la observancia de los principios de protección de datos personales previstos en la presente Ley y demás disposiciones que resulten aplicables en la materia;

- V. Proteger los datos personales en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, de la Federación, las Entidades Federativas y los municipios, con la finalidad de regular su debido tratamiento;
- VI. Garantizar que toda persona pueda ejercer el derecho a la protección de los datos personales;
- VII. Promover, fomentar y difundir una cultura de protección de datos personales;
- VIII. Establecer los mecanismos para garantizar el cumplimiento y la efectiva aplicación de las medidas de apremio que correspondan para aquellas conductas que contravengan las disposiciones previstas en esta Ley, y
- IX. Regular los medios de impugnación y procedimientos para la interposición de acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales por parte de los Organismos garantes locales y de la Federación; de conformidad con sus facultades respectivas (Artículo segundo de la LGPDPSO).

Si bien la LGPDPSO conserva aspectos similares a la LFPDPP en cuanto a los supuestos que limitan la protección de datos, los principios base, algunas obligaciones que debe observar el responsable del tratamiento de los datos, entre otras cosas, también es cierto que resulta novedosa respecto a la regulación de otros tópicos, como:

1. Disposiciones concernientes a la relación responsable-encargado, en las cuales se deslinda ambas figuras a través de los conceptos, el alcance de sus actividades, las facultades que tienen y las obligaciones que deben atender respecto al tratamiento de los datos. Además, se establece que la relación entre ambos sujetos debe estar formalizada mediante contrato o cualquier otro instrumento jurídico que decida el responsable, de conformidad con la normativa que le resulte aplicable, y

que permita acreditar su existencia, alcance y contenido (Artículos 58 a 64 de la LGPDPSO).

2. Disposiciones relativas a las transferencias y remisiones de datos personales, con lo que se reconoce que estas pueden ser nacionales e internacionales, pero sujetas a la manifestación del titular de los datos. Además, se señala la obligación de formalizar la transferencia mediante la suscripción de cláusulas contractuales, convenios de colaboración o cualquier otro instrumento jurídico, de conformidad con la normatividad que le resulte aplicable al responsable, y que permita demostrar el alcance del tratamiento de los datos personales, así como las obligaciones y responsabilidades asumidas por las partes (Artículos 65 a 71 de la LGPDPSO).

3. Disposiciones referentes a acciones preventivas, como parte de las buenas prácticas, que el responsable deberá desarrollar o adoptar, en lo individual o en acuerdo con otros responsables, encargados u organizaciones, esquemas de mejores prácticas. Esto para elevar el nivel de protección de los datos personales; armonizar el tratamiento de datos en un sector específico; facilitar el ejercicio de los derechos ARCO; facilitar las transferencias de datos personales; complementar las disposiciones previstas en la normatividad que resulte aplicable en materia de protección de datos personales, y demostrar, ante el órgano garante de la protección de datos personales, el cumplimiento de la normatividad que resulte aplicable en materia de protección de datos personales (Artículos 72 a 79 de la LGPDPSO).

4. Disposiciones encaminadas a regular las bases de datos en posesión de sujetos obligados en instancias de seguridad, procuración y administración de justicia, al limitar los supuestos y categorías para la obtención y el tratamiento de datos a aquellos que resulten necesarios y proporcionales al ejercicio de las funciones en materia de seguridad nacional, seguridad pública, o para la prevención o persecución de los delitos (Artículos 80 a 82 de la LGPDPSO).

5. Disposiciones relativas a la portabilidad de los datos, que se refiere a que, cuando se traten datos personales por vía electrónica en un formato estructurado y comúnmente utilizado, el titular tendrá derecho a obtener del responsable una copia de los datos objeto de tratamiento en un formato electrónico estructurado y comúnmente utilizado, el cual le permita seguir utilizándolos (Artículo 57 de la LGPDPSO).

Para la materia de estudio, los elementos más relevantes de este ordenamiento refieren al reconocimiento pleno de derechos ARCO. Así, se faculta al titular para solicitar al responsable, el acceso, rectificación, cancelación u oposición al tratamiento de sus datos personales; sin que el ejercicio de cualquiera de esos derechos ARCO sea requisito previo, o impida el ejercicio de otro (Artículo 43 de la LGPDPSO). En este sentido, el artículo 44 de la ley en comento reconoce el derecho del titular de acceder a sus datos personales que obren en posesión del responsable, así como conocer la información relacionada con las condiciones y generalidades de su tratamiento. Por otro lado, el derecho de rectificación o corrección de datos personales es reconocido al titular cuando estos resulten inexactos, incompletos o no se encuentren actualizados, conforme al artículo 45 de la LGPDPSO.

El derecho de cancelación de datos personales que obren en archivos, registros, expedientes y sistemas que tenga el responsable del tratamiento, se rige por el artículo 46; en cuyo contenido se reconoce el derecho del titular de solicitar dicha cancelación a fin de que sus datos ya no estén en posesión del responsable ni tampoco puedan ser tratados. El ejercicio de este derecho por parte del titular se lleva a cabo a través de la solicitud correspondiente en la cual deberá señalar “las causas que lo motiven a solicitar la supresión de sus datos personales en los archivos, registros o bases de datos del responsable” (Artículo 52 de la LGPDPSO).

En cuanto al derecho de oposición este puede ser ejercido cuando se configuren una de las dos hipótesis del artículo 47, que son:

- I. Aun siendo lícito el tratamiento, el mismo debe cesar para evitar que su persistencia cause un daño o perjuicio al titular, y
- II. Sus datos personales sean objeto de un tratamiento automatizado, el cual le produzca efectos jurídicos no deseados o afecte de manera significativa sus intereses, derechos o libertades, y estén destinados a evaluar, sin intervención humana, determinados aspectos personales del mismo o analizar o predecir, en particular, su rendimiento profesional, situación económica, estado de salud, preferencias sexuales, fiabilidad o comportamiento.

Las causas por las que el ejercicio de los derechos ARCO resulta improcedente son:

- I. Cuando el titular o su representante no estén debidamente acreditados para ello;
- II. Cuando los datos personales no se encuentren en posesión del responsable;
- III. Cuando exista un impedimento legal;
- IV. Cuando se lesionen los derechos de un tercero;
- V. Cuando se obstaculicen actuaciones judiciales o administrativas;
- VI. Cuando exista una resolución de autoridad competente que restrinja el acceso a los datos personales o no permita la rectificación, cancelación u oposición de los mismos;
- VII. Cuando la cancelación u oposición haya sido previamente realizada;
- VIII. Cuando el responsable no sea competente;
- IX. Cuando sean necesarios para proteger intereses jurídicamente tutelados del titular;
- X. Cuando sean necesarios para dar cumplimiento a obligaciones legalmente adquiridas por el titular;
- XI. Cuando en función de sus atribuciones legales el uso cotidiano, resguardo y manejo sean necesarios y proporcionales para mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado mexicano, o

XII. Cuando los datos personales sean parte de la información que las entidades sujetas a la regulación y supervisión financiera del sujeto obligado hayan proporcionado a éste, en cumplimiento a requerimientos de dicha información sobre sus operaciones, organización y actividades (Artículo 55 de la LGPDPSO).

Si fuera el caso que alguna de las causas de improcedencia se actualizará, entonces el responsable deberá informar al titular el motivo de su determinación, en un plazo de hasta 20 días, y por el mismo medio en que se llevó a cabo la solicitud, acompañando las pruebas que resulten pertinentes (Artículo 55 de la LGPDPSO).

Finalmente, procederá el recurso de revisión cuando exista, por parte del responsable, negativa para dar trámite a una solicitud para el ejercicio de los derechos ARCO o porque no se otorgue respuesta a la misma (Artículo 56 de la LGPDPSO).

Como se aprecia, las disposiciones de esta ley son novedosas en materia de protección de datos; sin embargo, aun cuando el ejercicio de los derechos ARCO está debidamente regulado para los sujetos obligados en el sector público, tampoco se considera el derecho al olvido, que en este régimen en particular resulta muy importante, puesto que el Estado está obligado a cumplir con los compromisos internacionales adquiridos, tanto a nivel universal como regional, al momento de firmar los tratados, entre los cuales se encuentra el garantizar el derecho a la vida privada y la protección de los datos personales que abarca los derechos ARCO y el derecho al olvido; este último al convertirse en un derecho indispensable ante el avance acelerado de la tecnología y los riesgos que esta puede generar a los derechos humanos de las personas. Es necesario recordar que en el marco del control de convencionalidad y en relación con las resoluciones de la CoIDH, la observancia de las obligaciones internacionales adquiridas por la firma de los tratados, no solo está obligado el Estado *per se* en sus tres órdenes de gobierno,

sino también los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, y cualquier persona investida de la función pública, o que actué por mandato de aquel.

Capítulo Cuarto

El Derecho al Olvido en México

Capítulo Cuarto

El Derecho al Olvido en México

Dios perdona y olvida;
pero la web nunca
Viviane Reading¹⁸

4.1. Iniciativas de Ley del Derecho al Olvido

En México, como ya se ha comentado, no está reconocido el derecho al olvido como un derecho fundamental. No obstante, si existe un antecedente en el cual los legisladores hicieron alusión al vocablo “derecho al olvido” durante el proceso de reforma a la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia:

La Iniciativa pretende resolver los problemas detectados en los dos años de operación de estas sociedades.

Se modifica e introduce el concepto de derecho al olvido, lo que significa que, pasando 7 años de un pago parcial o una mensualidad, este será borrado obligatoriamente del historial crediticio de esa persona; así, se eliminarán de la base de datos los registros con la información de personas físicas y morales sobre créditos vencidos anteriores al 1º de enero de 2000, cuyo importe a dicha fecha sea inferior a 3,000 pesos...

A partir del 1º de enero de 2004, los registros de los pagos correspondientes a las personas físicas hasta antes del 1º de enero de 1997, serán borrados sin excepción de sus historiales crediticios.

Los saldos de menos de mil UDIS para personas físicas de antes del 1º de enero de 2000, quedarán cancelados; beneficiará a un millón 600 mil personas.

Lo anterior permitirá eliminar por completo el registro de aproximadamente 2.5 millones de créditos en beneficio de cerca de 2 millones de personas (Cámara de Diputados, 2003).

¹⁸ Comisaria Europea de Justicia

De acuerdo con Tafoya y Cruz (2014), el decreto modificó varias disposiciones entre las cuales se encuentra el artículo 23, que determinó los plazos arriba mencionados al mantener la obligación de borrar el historial crediticio, aunque en la redacción del precepto no quedó expresado que se trata del derecho al olvido. Posteriormente dicho numeral sufrió otra reforma, para quedar el que es vigente y que continúa reconociendo la eliminación de información sobre deudores crediticios cumplido el tiempo que en cada caso se determina.

Al día de hoy, se han presentado diversas iniciativas con proyecto de decreto impulsadas por diversos partidos con el fin de reformar la Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares a fin de garantizar el derecho al olvido. Es el caso del proyecto de la Senadora María Verónica Martínez Espinoza, del grupo parlamentario del Partido Institucional Revolucionario (PRI) presentada en julio de 2013, por el cual se propone modificar el artículo tercero, para incluir el concepto de información personal en redes y responsable digital; el artículo 16 Bis con lo que se reconoce expresamente el derecho al olvido; el artículo 25 Bis, que faculta al titular de los datos a solicitar la eliminación definitiva de los mismos; el artículo 34 Bis, sobre las obligaciones del responsable digital; el artículo 39, relacionado a la facultad del titular de los datos de acudir a los tribunales internacionales para hacer valer sus derechos ARCO cuando la sede del responsable digital se encuentre en el extranjero, y el artículo 63, encaminado a las infracciones y sanciones, al incluir en la fracción I, el incumplimiento de la eliminación total e inmediata de la información personal en la red sin una razón fundada (Martínez, 2013).

En una búsqueda realizada en el Sistema de Información Legislativa de la Secretaría de Gobernación, durante el periodo de la LXIV legislatura, se encontraron las siguientes iniciativas relacionadas con el derecho al olvido por las cuales se propone reformar la LFPDPPP:

1. El proyecto presentado por el Diputado Emmanuel Reyes Carmona, del grupo parlamentario de Movimiento de Regeneración Nacional (MORENA) el 3 de abril de 2019, por el cual se propone modificar el artículo tercero para incluir el término de

derecho al olvido, y el artículo 46, para señalar los supuestos en los que operaría, como: cuando se vea afectada la honra, la dignidad, la integridad, y la privacidad, cuando la información atente contra el desarrollo de la personalidad, y cuando la información pasada victimice secundariamente al titular (Reyes, 2019).

2. El proyecto presentado por el Senador Ricardo Monreal Ávila, del grupo parlamentario de MORENA el tres de diciembre de 2019, por el que se propone modificar el artículo tercero para incluir los términos datos personales digitalizados y responsable digital; el artículo nueve el cual pretende que el responsable digital se asegure que el aviso de privacidad cuente con los elementos necesarios para no vulnerar el derecho a la cancelación en materia digital; el artículo 25 por el que se pretende establecer que el derecho de cancelación abarque la eliminación y supresión de todos los contenidos que se encuentren en medios electrónicos, plataformas digitales, buscadores de internet y demás medios digitales, incluyendo textos, comentarios, interacciones, ubicaciones, contenido multimedia, antecedentes penales y demás información; empero, al mismo tiempo se impone al responsable digital la obligación de cancelar de manera inmediata y definitiva los datos personales digitalizados objeto de una solicitud del titular, así como las copias de seguridad y demás respaldos electrónicos existentes; el artículo 26 Bis que pretende señalar los casos en los que se actualizaría la cancelación de los datos personales digitalizados como: cuando la información sea innecesaria en relación con los fines para los cuales fue recogida o proporcionada, cuando los datos personales digitalizados hayan sido tratados ilícitamente, la información sea inexacta, obsoleta o irrelevante; el artículo 29 que propone adicionar la fracción V para que tratándose de la cancelación de los datos personales digitalizados, el titular acredite alguna de los supuestos del artículo 26 Bis; el artículo 39 que adiciona dos fracciones, VII Bis y Ter, a fin de ampliar las atribuciones del INAI para asesorar a los titulares de los derechos ARCO, incluso cuando la sede del responsable digital se encuentre en el extranjero; el artículo 64, fracción IV respecto a la inclusión de los datos personales digitalizados para incrementar la infracción hasta por dos veces

los montos establecidos; y el artículo 69, también para incluir los datos personales digitalizados como agravante de las penas (Monreal, 2019).

3. El proyecto presentado de Senador Juan Moya Clemente, del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional (PAN) el siete de septiembre de 2021, por el que se propone modificar el artículo 67 relativo a la pena para los responsables de tratar los datos en caso de que provoquen una vulneración de seguridad en la información de las bases de datos bajo su custodia, cuando se haga con o sin ánimo de lucro (Moya, 2021).

Sin embargo, para hacer una propuesta que permita integrar el derecho al olvido a la legislación mexicana como un derecho fundamental, es necesario comprender su naturaleza, límite y alcance. Lo que se aprecia en algunas de las iniciativas formuladas por los legisladores es una equiparación entre el derecho de cancelación y el derecho al olvido como la del Senador Monreal, amén de ser en algunos aspectos copia fiel de la propuesta de la Senadora Martínez, que dicho sea de paso es el proyecto más completo que sea ha presentado, a diferencia de los intentos del Diputado Reyes quien pretendía regular la protección de datos en la red a través de la inclusión de conceptos y la enunciación de supuestos del derecho al olvido; o bien el Senador Moya al distinguir la intención o no del lucro en la vulneración de la seguridad de las bases de datos en manos del responsable.

4.2. Consecuencias de la Omisión Legislativa del Derecho al Olvido

Como se ha señalado en capítulos anteriores el derecho al olvido está relacionado con otros derechos como la privacidad y la protección de datos; por ello Espinoza (2017) afirma que su fundamento está en instituciones jurídicas previas, como la prescripción de delitos, la eliminación de antecedentes penales, y las amnistías en materia financiera y fiscal.

Empero, el que el derecho al olvido tenga como fundamento otras instituciones jurídicas, ello no significa que no sea un derecho autónomo. Autores como García

(2015) sostienen que el derecho al olvido es un derecho que se divide en tres aspectos que son: el derecho al olvido del pasado judicial —incluye la prescripción de los delitos y la eliminación de los antecedentes penales—, el establecido por la ley de protección de datos, y el que equivale a la atribución de una “fecha de caducidad” de los datos personales.

Las últimas dos dimensiones, la protección de datos y la caducidad, son justo las que harían la diferencia en nuestro sistema normativo para distinguir el derecho de cancelación y el derecho al olvido. El derecho de cancelación como parte de los derechos ARCO implica dos fases: el bloqueo, que no quiere decir eliminación, y la supresión propiamente, el borrado o la destrucción del o los datos personales del titular sobre los cuales se base la solicitud respectiva. Este derecho es parte del conjunto de derechos que integra la protección de datos personales que se reconoce en México.

Si bien la LFPDPPP no menciona los supuestos de procedencia de la cancelación, su artículo 26 sí menciona cuando no procederá, aunado a que no aplica a datos personales que se encuentren en la red, porque como se mencionó en el capítulo tercero, limitar la ubicación del dato a un soporte físico o electrónico elimina la posibilidad de incluir los datos que yacen en las plataformas digitales y los datos digitales *per se*, que conforman la identidad virtual de un sujeto. En el caso de la LGPDPSO, la cancelación presenta la misma limitación respecto a que la información obre en soporte físico y electrónico, con la distinción de establecer dos casos en los cuales el titular puede solicitar el cese del tratamiento de su información que estriban fundamentalmente en el daño o perjuicio que puede causar al titular, lo cual no debería ser tampoco una limitante para que proceda la solicitud del derecho al olvido.

La omisión de la protección de los datos personales virtuales en ambas normas deja al titular de los datos en un estado de indefensión ante la falta de regulación normativa de la información que se encuentra en plataformas virtuales, blogs, o

redes, respecto de su eliminación. La única posibilidad que tiene el titular, como se ejemplifico en el capítulo primero, es acudir al órgano jurisdiccional a fin de que, en ejercicio del derecho de cancelación, pueda ser eliminado el dato; así el individuo se adentra en un espiral burocrático de normas e instituciones que termina por desanimarlo abandonando el procedimiento sin lograr alcanzar la protección requerida, como fehacientemente se ha demostrado con el ejemplo y postura del propio Tribunal Colegiado cuya resolución se pronunció, entre otras cosas, porque el INAI considerara el derecho de la libertad de expresión y el de las audiencias, privilegiando estos sobre el derecho a la protección de los datos personales que era clamado por el demandante.

En este hilo de ideas, el derecho al olvido es un derecho dual que implica el derecho a olvidar y a ser olvidado, cuya naturaleza también es dual porque se constituye en una garantía coadyuvante de otros derechos como el derecho a la vida privada, la protección de datos personales, la honra y reputación, al tiempo de tornarse en una restricción para derechos como la libertad de acceso a la información y libertad de expresión. La dualidad de la cual se habla permite distinguir este derecho del de cancelación, sumado al ámbito en el cual se aplica cada uno respecto de donde obre la información, si en un soporte físico o electrónico, o bien en alguna plataforma, blog o red. Aun así, es imposible negar que el derecho de cancelación puede asimilarse al derecho olvido; puesto que este último implicaría también el bloqueo y posterior eliminación de los datos personales cuando estos a fortiori se localicen en plataformas virtuales. No obstante, esa probable asimilación que pretenda hacerse tiene debilidades; a decir de Fernández (2013): “la información puede haber entrado, como de hecho ocurre, en un sinfín de lugares y tratamientos, bajo diversos medios (por ejemplo, entorno electrónico, y en especial en Internet)” (p. 36).

Cuando se publica información en una plataforma virtual, los buscadores hacen un rastreo de los datos en la red, y los tratan —hay que recordar que el tratamiento implica cualquier operación que se realice con los datos como la organización—

porque los organiza de manera que todo aquel que realice búsquedas de ciertas palabras clave, pueda acceder a ellos. Si llegara a presentarse el caso de que los datos publicados en el sitio web fueran ilegítimos o apócrifos, el titular debe tener la posibilidad de ejercer su derecho de protección de datos, en este caso tendría que ser necesariamente el derecho al olvido porque se habla de plataformas, tanto ante el responsable que edita y publica, como ante el buscador; esto sigue el razonamiento de que el titular de los datos cuenta con el derecho fundamental de actuar frente a todo aquel que haya lacerado su esfera jurídica, como puede ser un ataque a su dignidad como persona.

Ahora bien, como acertadamente señala Fernández (2013) puede darse la situación en la cual el tratamiento inicial de los datos sea lícito, pero que la continuidad de su propagación y difusión lo torne ilegítimo. Asimismo, puede ocurrir que justamente el acceso facilitado por los enlaces que proporciona un buscador, aun en su carácter de prestador de servicios neutral, convierta el tratamiento de los datos en desproporcionado y, por ende, se violente la normativa que regula su protección. En este caso, debe ser igualmente procedente el derecho al olvido ejercido frente al buscador, porque como se indicó el responsable hizo un tratamiento adecuado por lo que la cancelación en principio no sería procedente, pero si el ejercicio del derecho al olvido frente al buscador quien estaría obligado a la eliminación de la información a fin de evitar que se siga dando un tratamiento ilícito y ocasionando un daño al titular.

Ejemplo de lo anterior puede ser el recabar datos de una persona con fines científicos, que es un tratamiento lícito de los datos; pero, que con posterioridad sean difundidos, y esa difusión, provoque que el tratamiento se convierta en ilícito, el ejercicio del derecho de cancelación invariablemente debe ser ejercido contra el responsable, pero la pregunta es ¿procedería dicha solicitud cuando la propia norma habla de un interés público? Probablemente no, aunado a que el tratamiento está apegado a la ley; entonces, ¿cómo proteger al titular? Sin duda es a través del

ejercicio del derecho del olvido, mismo que tendría que hacer valer ante el buscador quien posibilita la propagación de los datos y cuyo tratamiento se tornó ilícito.

4.3. Principios del Derecho al Olvido

Si el derecho al olvido es un derecho dual que conlleva no solo suprimir o desindexar la información; un elemento importante en su configuración es el elemento temporal, que tiene que ver con la caducidad, esto es, el paso del tiempo puede convertir la información tratada, en un principio como lícita, en ilícita, o bien que el titular de los datos considere que la finalidad del tratamiento de su información ha quedado sin contenido, adicional a generarle un posible daño presente o futuro.

Lo último, está relacionado con el principio de finalidad, uno de los principios básicos del régimen de protección de datos personales, cuyo fundamento es que estos deben ser tratados con un objetivo determinado, legítimo y transparente. Para Silberlieb (2016) “El derecho al olvido se deriva directamente del principio de finalidad, ya que, de acuerdo con una aplicación de este principio, el responsable del tratamiento de los datos puede mantener los datos personales como tales si la finalidad del tratamiento lo justifica. Se deben hacer anónimos o se deben eliminar una vez que el objetivo se ha logrado o cuando ya no sea necesario mantener el vínculo con personas identificables para lograr ese propósito” (p. 133). Y es que los responsables del tratamiento, como consecuencia directa del principio de finalidad, tienen la obligación de cancelación (y posterior supresión, en su caso) de los datos, que lleva a la posibilidad del ejercicio del derecho al olvido.

Existen otros autores (González, 2019 y Rallo, 2014) para quienes el principio base del derecho es el de la calidad. Rallo es uno de ellos quien sostiene que el derecho al olvido en redes sociales y servicios equivalentes de internet supone una concreción del derecho de supresión amparada por el principio de calidad de los datos que resulta especialmente afectado por el transcurso del tiempo (exactitud, pertinencia, actualización) y que se instrumentaliza tanto por el derecho de

supresión como de rectificación y por el derecho de oposición que atiende a las circunstancias personales que afectan al solicitante.

En este punto es necesario recordar que el TJUE, en el caso Costeja, consideró que el paso del tiempo afecta la calidad de los datos, porque inicialmente se trató de informaciones pertinentes, adecuadas y no excesivas, que pueden dejar de serlo, y la necesidad por haberse cumplido y agotado la finalidad para la que se recabaron (Citado en González, 2019). A lo que Rallo (2014) agrega: “la motivación de las circunstancias concretas personales que debe acompañar el ejercicio del derecho no exige acreditar perjuicio alguno, sino un acto de voluntad vinculado a las condiciones personales” (p. 14). En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Supremo Español en el caso El País, al señalar que:

...el factor tiempo tiene una importancia fundamental en esta cuestión, puesto que el tratamiento de los datos personales debe cumplir con los principios de calidad de datos no solo en el momento en que son recogidos e inicialmente tratados, sino durante todo el tiempo que se produce ese tratamiento. Un tratamiento que inicialmente pudo ser adecuado a la finalidad que lo justificaba puede devenir con el transcurso del tiempo inadecuado para esa finalidad, y el daño que cause en derechos de la personalidad como el honor y la intimidad, desproporcionado en relación al derecho que ampara el tratamiento de datos (Citado en González, 2019).

De tal forma, el derecho al olvido se ancla tanto en el principio de finalidad como en el de calidad, ambos reconocidos en la norma mexicana tanto en la LFPDPPP como en LGPDPSO. Por esto, el derecho al olvido debe ser reconocido y entendido como un derecho autónomo, distinto al derecho de cancelación y oposición; pero unido a ellos, como un derecho colindante. Para González (2019) “el término ‘olvidar’ se puede lograr sólo cuando los contenidos virtuales se borran definitivamente” (p. 1456), lo que es posible únicamente con el derecho al olvido en el contexto de nuestro derecho. Y continúa diciendo que: “Olvidar es el objetivo que se pretende conseguir al ejercer la facultad de supresión de los datos [como también se

denomina al derecho al olvido]. En consecuencia, una vez borrados, pueden ser olvidados, porque se ignoran, se desconocen; es una especie de desprenderse de ellos. Por tanto, para olvidar, se deben llevar a cabo acciones tendentes a conseguir ese objetivo, que puede ser la supresión, eliminación, cancelación o bloqueo, que se pueden conseguir con el derecho al olvido” (p. 1456). Termina diciendo que: “olvidar no es borrar; pero para olvidar hay que borrar. Es decir, el derecho al olvido no sólo se limita a las facultades de cancelación y oposición aplicadas en Internet, sino que se extiende a la supresión de los datos. El derecho al olvido es, entonces, la consecuencia de ejercer dicha facultad de borrado o de supresión” (p. 11456).

Esta autora considera el derecho al olvido como un derecho independiente de los derechos de cancelación y oposición; pero, ligados al ser todos parte de los derechos de protección de datos. Así, existen diversas posturas algunas contradictorias en torno al derecho al olvido. Por ejemplo, algunos autores consideran que este no es un nuevo derecho, sino que deriva de los llamados derechos ARCO; en tanto que existen otras opiniones en el sentido de que sí es un nuevo derecho, aunque todavía no se ha considerado un derecho humano fundamental, a pesar de que algunos países sí lo reconocen, como Francia y Argentina (Citado en Tafoya y Cruz, 2014).

Otras discrepancias estriban en torno a la denominación como tal de “derecho al olvido”, porque se considera un término incorrecto y confuso, tal y como lo maneja el TJUE, ya que internet no puede olvidar los datos sino, en todo caso, eliminarlos por oposición de su titular a que estos se encuentren en la red. Por eso, una buena parte de la discusión parece a verse zanjado si se considera el derecho al olvido como parte de los derechos ARCO. Otra crítica es que la sentencia del TJUE no obliga a que la información sea eliminada del internet. En una analogía, se puede afirmar que un libro no desaparecerá de la biblioteca; lo único que desaparecerá es la ficha que relaciona el libro con el nombre del autor. El libro sigue estando a disposición del público y el único resultado cierto se traduce en dificultar la labor de quien trata de encontrar la información. En todo caso, la desindexación solo es un

caso especial del derecho al olvido, enfocado en los resultados arrojados por los motores de búsqueda (Citado en Mecinas 2017).

4.4. Importancia de la incorporación del Derecho al Olvido a la Legislación Mexicana

El avance de la tecnología ha permitido la creación de un mundo virtual, en el cual las personas interactúan, se comunican, e incluso llevan a cabo actos de carácter jurídico. En consecuencia, la actividad en el ciberespacio ha obligado a la construcción de identidades virtuales, a partir de la identidad real e individual, que posibilitan esa serie de acciones. Pues bien, esa “identidad virtual” de la cual se habla, es incluso más importante, que la identidad física, porque la conformación de aquella se basa en esta, es decir, la identidad virtual toma como base los datos personales que integran la identidad del sujeto y posibilitan su identificación; ello hace que el individuo corra un riesgo tangible y latente en caso de que exista un mal tratamiento de su información por parte de terceros, ya sea empresas o instituciones de la administración pública. Esta situación y el posible daño hacen imprescindible la instrumentación de soluciones jurídicas que protejan al titular de los datos personales contra cualquier tipo de intromisión indebida a su privacidad.

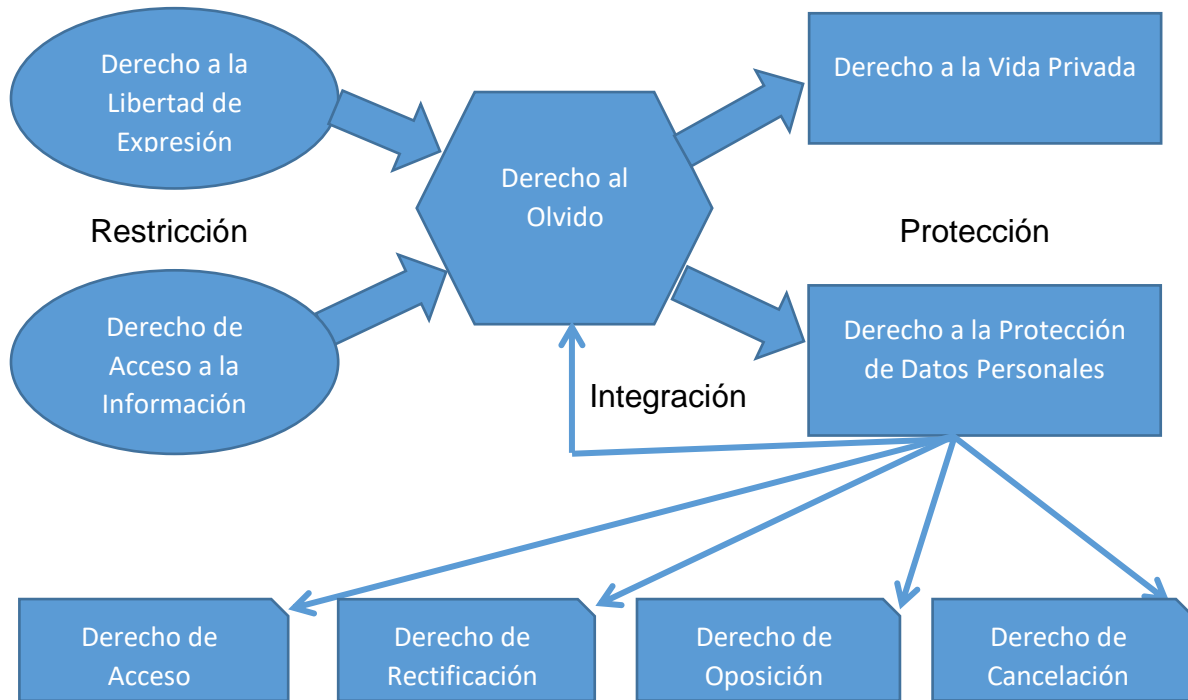
En los últimos años el interés por proteger los datos personales —imágenes, información biométrica, genética, crediticia, entre otros— se ha acrecentado producto de cuestiones como el avance tecnológico; el uso del comercio digital; la cosificación mercantil que se ha hecho de los datos; el manejo indiscriminado de la información; la falta de concienciación de las personas sobre el contenido que se comparte; la combinación del carácter asincrónico, perecedero e inmediato de los datos alojados en internet; la facilidad en el acceso de la información en cualquier ubicación física, y el alto grado de anonimato, entre otras cosas, todo facilitado por los servicios que prestan las plataformas y medios electrónicos que han hecho que emerja el imperioso amparo materializado a través del derecho al olvido. En consecuencia, su reconocimiento resulta en un imperativo a fin de paliar las asimetrías de poder generadas entre los procesadores de datos personales y los

titulares de esos datos, lo que permitiría que personas usuarias de internet, puedan pedir la remoción de su información, al tiempo de lograr su empoderamiento y recuperación del control de sus datos.

Al día de hoy, la jurisprudencia de otros Estados se ha convertido en un elemento trascendental para establecer los alcances y delimitaciones del derecho al olvido a fin de evitar ambigüedades y confusiones al establecer supuestos diferenciados en función del soporte en el que se encuentra la información que se desea eliminar, diferenciando entre la desindexación para el caso de los motores de búsqueda, al estilo del Caso Costeja, de la eliminación total de información personal en el ámbito de las redes sociales.

En este sentido, el derecho al olvido se configura en un derecho transversal de otros derechos con funciones específicas; en lo que respecta al derecho a la vida privada, intimidad, honra o propia imagen, deriva en una tutela concurrente, en tanto que en relación con el derecho a la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información se conforma en un factor de restricción en su ejercicio en concordancia con los datos personales protegidos. En la imagen siguiente (número uno), se puede apreciar gráficamente la relación de amparo, limitación, e integración que guarda el derecho al olvido con los derechos enunciados para su mejor comprensión:

Imagen 1. Relación del Derecho al Olvido con otros derechos



Fuente: Elaboración propia

Por lo anterior, la adopción y adecuada regulación del derecho al olvido en México evitará que gobernados puedan acudir a solicitar la protección de los tribunales internacionales, en concreto de la CoIDH, con la viable y segura condena para nuestro Estado por la trasgresión de derechos específicos y la omisión de obligaciones en el marco de los compromisos internacionales. Si bien, el derecho al olvido no está expreso en ningún instrumento interamericano, si lo está el derecho a la vida privada y protección de datos; aunado a que en el escenario interamericano se ha reconocido el rol fundamental que las empresas privadas tienen en la protección de la vida privada, puesto que tienen la potestad de establecer medidas y sistemas internos concretos con cierta injerencia sobre este derecho. El criterio de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2013) para realizar dicha tarea es a través del diseño y conformación de políticas de uso o de privacidad, sin que estas sean desproporcionadas para el ejercicio de la libertad de expresión.

Se coligue con todo lo hasta aquí expresado que ante la pregunta de investigación formulada: ¿Cómo materializar el derecho humano al olvido en el marco jurídico mexicano? La respuesta se encuentra en la reforma a la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares con la integración del derecho al olvido, el cual debe cuidar ciertos criterios y términos que se plantean en el acápite titulado “propuesta”, la cual forma parte integrante del presente documento.

Asimismo, la hipótesis de que el reconocimiento del derecho al olvido en el marco jurídico interno permitirá materializar una tutela dinámica de los derechos personales de los ciudadanos en México, se comprueba positiva al carecer la regulación mexicana de una disposición o norma que de forma fehaciente promueva la defensa de los derechos humanos, en específico de los datos personales de los individuos en las plataformas digitales con independencia de su naturaleza, en el entendido que dicha información puede ser accesible en cualquier sitio. La interiorización del derecho al olvido como una manifestación real y complementaria del derecho fundamental a la protección de datos personales y la vida privada permitiría, en la normativa mexicana, alcanzar el punto de equilibrio entre los retos que presenta el tratamiento de la información en la red, la responsabilidad que tienen los buscadores y los sujetos obligados, sean públicos o privados, y los derechos del individuo.

Es menester indicar que el desconocimiento de las implicaciones legales en el tratamiento de la información; la falta de ética en dicho tratamiento; la nula sensibilización respecto de las repercusiones en el uso inadecuado de la información, y el desconocimiento de los mecanismos legales para proteger los derechos, solo evidencia la necesidad de una cultura de legalidad entre los usuarios de la red. El analfabetismo digital vulnera y expone a cualquier persona, incluso a los jóvenes que, si bien tienen habilidades para navegar más fácilmente en el ciberespacio, crear perfiles e identidades virtuales y despojarse sin problemas de ellas, carecen de los conocimientos sobre los alcances y las consecuencias de compartir los datos personales y como ello puede repercutir en su presente y futuro.

De ahí que la cultura de la legalidad es vital para reeducar a los individuos sobre la importancia de la privacidad, sobre que compartir, a quien, como y cuando al mantener ese primer círculo de datos personales intacto, aun en el mundo virtual.

En la actualidad existen ciertas aproximaciones en torno a este derecho que lo perfilan como: “i) un término ficticio cuyo núcleo es el derecho a acceder, rectificar y cancelar nuestros datos personales que estén en bases ajenas; ii) obligaciones especiales de eliminación de datos financieros y penales después de cierto tiempo; iii) la desindexación de información en buscadores, es decir, que no se elimine la información, sino que simplemente deje de aparecer en el buscador” (Pérez de Acha citado en Franco y Quintanilla, 2020 p. 13). No obstante, estas aproximaciones, lejos de ser excluyentes, permiten ir delimitando el contenido esencial del derecho al olvido que ha venido desarrollándose casuísticamente.

Justo es que, a partir de la casuística, los órganos jurisdiccionales han determinado lo que es y no el derecho al olvido. Por ejemplo, el Tribunal Supremo de España empieza la construcción de este derecho a partir de una configuración jurídica que parte de lo que no puede ser el derecho al olvido; así señaló que:

...cada uno construya un pasado a su medida, obligando a los editores de páginas web o a los gestores de los motores de búsqueda a eliminar el tratamiento de sus datos personales cuando se asocian a hechos que no se consideran positivos. Tampoco justifica que aquellos que se exponen a sí mismos públicamente puedan exigir que se construya un currículum a su gusto, controlando el discurso sobre sí mismos, eliminando de Internet las informaciones negativas, “posicionando” a su antojo los resultados de las búsquedas en Internet, de modo que los más favorables ocupen las primeras posiciones. De admitirse esta tesis, se perturbarían gravemente los mecanismos de información necesarios para que los ciudadanos adopten sus decisiones en la vida democrática de un país (Citado en González, 2019, p. 1459).

En cuanto a lo que sí es el derecho al olvido, el Tribunal Supremo de España considera que el derecho al olvido si puede amparar al afectado:

...cuando no tenga la consideración de personaje público, pueda oponerse al 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 (Citado en González, 2019, p. 1460).

De esta forma, la postura del Tribunal Supremo de España es enfático en: “impedir la configuración de una historia lineal e ininterrumpida de la persona en la red o, al menos, facultar al individuo para controlar el grado de trazabilidad de su vida” (Mieres, 2014, p. 8). Esto resulta de suma importancia puesto como ya se ha venido señalando, el internet permite mantener una memoria artificial perene, que a diferencia de la humana, imposibilita el olvido, al tiempo de lacerar al individuo con recuerdos que le impiden desarrollarse adecuadamente por vivencias o errores del pasado que desea y merecen ser olvidados. En el hecho de olvidar estriba la naturaleza del derecho al olvido mismo que se constituye en la piedra que impide la construcción de una historia lineal y le regresa el control al individuo sobre sus datos personales y la información que sobre él quiere sea conocida por terceros.

Se concuerda totalmente con Arenas (2013) sobre la necesidad de que exista un derecho al olvido para suprimir los datos contenidos en el Internet; lo que también exige que se produzca bajo determinados criterios, ya que una situación global como esta, requiere principios globales. Al respecto de los principios, Mieres (2014) los llama “criterios de claridad” los cuales posibilitan la definición de la cosa, en este

caso del derecho al olvido, al tiempo de permitir “a la hora de determinar el resultado de la ponderación evitarían las consecuencias negativas de un exceso de celo en la protección del derecho al olvido” (Mieres 2014, 47). Los criterios de los que habla Mieres (2014) son:

1. Los datos personales se encuentren disponibles en Internet.

La característica del derecho al olvido, como se indicó, es que lo que se pretende olvidar se encuentre en internet, sin importar la naturaleza de la información o dato, es decir, si es: foto, actualización de estado, entrada de bitácora, comentario en foro, revelación personal, noticia pasada, entre otras.

2. Los datos personales sean objeto de tratamiento.

Este criterio está íntimamente ligado con el anterior, ya que los datos o información que obren en el internet deben ser objeto de tratamiento, esto es, que puedan ser recogidos, registrados, organizados, estructurados, conservados, adaptados o modificados, extraídos, consultados, utilizados, comunicados por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción por terceros.

3. El responsable tenga un papel decisivo en la difusión de los datos personales.

La identificación del responsable del tratamiento de la información o datos personales resulta trascendental para que el titular pueda dirigir la solicitud correspondiente, y en su caso se proceda a imputarle responsabilidad por el incumplimiento. Al respecto, el TJUE, en el caso Costeja, identificó dos elementos de especial incidencia del motor de búsqueda: su papel decisivo en la difusión, y la afectación significativa a los derechos fundamentales (Citado en González, 2019, p. 1465).

4. Los datos personales se vuelvan incompatibles por el paso del tiempo.

El factor tiempo es uno de los elementos más importantes a considerar para el ejercicio del derecho al olvido, al constituirse en una barrera de reserva que permite al individuo, confiar en que los datos personales que una vez fueron públicos o conocidos, pero han dejado de ser relevantes, se consideren como reservados,

salvo que concurra un interés público en esa difusión. En este punto Mieres (2014, 15) habla de una “expectativa razonable de reserva” para referirse a la razonabilidad de que los datos en internet no sean accesibles indefinidamente, por ser irrazonable y desproporcionado que las personas estén expuestas a un escrutinio público toda su vida. La postura del TJUE se encamina en el mismo sentido, puesto que considera que el paso del tiempo afecta la calidad de los datos, porque inicialmente se trataba de información pertinente, adecuada y no excesiva, que en algún momento puede dejar de serlo, sumado a la necesidad de haberse cumplido y agotado la finalidad para la que se recabo (Citado en González, 2019, p. 1469).

5. Que exista un motivo personal justificado

De acuerdo con Mieres (2014) lo que debe ser atendido es el principio de finalidad; esto es, que los datos puedan ser borrados una vez cumplido el propósito de su tratamiento. El RGPD en su artículo 21, apartado 1, señala que “el interesado tendrá derecho a oponerse en cualquier momento, por motivos relacionados con su situación particular, a que los datos que le conciernan sean objeto de tratamiento, salvo cuando la legislación nacional disponga otra cosa” (Citado en González, 2019, p. 1470). En otras palabras, el ejercicio del derecho al olvido no exige la acreditación del daño, de modo que la existencia de un perjuicio no es presupuesto necesario de la viabilidad del derecho; basta la consideración subjetiva del interesado de que determinado vínculo a información personal, desfasada u obsoleta, le puede afectar negativamente.

CONCLUSIONES

PRIMERO. La función maximizadora de la información en la red y las cada vez más populares plataformas digitales, que posibilitan la construcción de identidades virtuales han puesto en jaque la protección de los datos personales y en consecuencia la intimidad de las personas al provocar que pierdan el control sobre sus propios datos.

SEGUNDO. El derecho al olvido no es un derecho nuevo, en realidad ha estado presente en las legislaciones de varios Estados del orbe desde principios del siglo pasado, a través de distintos casos controvertidos vestido de demandas de trasgresiones en un primer momento al derecho a la intimidad o vida privada, y posteriormente como un derecho a la protección de datos.

TERCERO. El derecho al olvido se ha erigido en un derecho que permite que la información personal sea menos pública, al tiempo de disminuir los efectos negativos en la vida de los individuos al coadyuvar en la protección de sus datos personales.

CUARTO. La naturaleza del derecho al olvido es la de un derecho humano de cuarta generación que profundiza en la protección del derecho a la intimidad y los datos personales, por lo que es un derecho poliédrico al revelarse como esencial para el normal desarrollo de la vida de los individuos dentro del mundo virtual, en el cual se construyen identidades y perfiles digitales.

QUINTO. El derecho al olvido se conforma en una facultad de supresión o desindexación que se integra y complementa los derechos ARCO; pero lo suficientemente distinta de estos para considerarse un derecho autónomo que viene a reforzarlos en el espacio virtual.

SEXTO. En la legislación mexicana el derecho al olvido no está reconocido como un derecho humano, y mucho menos es diferenciado de los derechos ARCO en concreto del derecho de cancelación y oposición.

SEPTIMO. El reconocimiento del derecho al olvido en la legislación mexicana ayudaría a restablecer el balance entre el ejercicio y defensa de los derechos humanos y el uso del internet, roto por el avance agigantado de la tecnología y la falta de una buena regulación.

OCTAVO. En la actualidad la información y los datos personales se han convertido en un objeto de comercio, lo que ha provocado el surgimiento de un mercado negro y de empresas especializadas en borrar el pasado de las personas, que al día de hoy carece de disposiciones jurídicas que lo regulen, lo que abre nuevas líneas de conocimiento para investigaciones futuras, ante un fenómeno que lejos de desaparecer seguramente se intensificará por el avance de la tecnología y las facilidades de acceder a ella.

PROPUESTA DE INCLUSIÓN DEL DERECHO AL OLVIDO EN MÉXICO

Por todo lo anterior, entonces se propone reformar la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares y la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados a fin de reconocer el derecho al olvido. Dichas modificaciones deben atender ciertos parámetros que se desprenden de lo expuesto en el presente trabajo, los cuales son los siguientes:

1. La comprensión que el derecho al olvido es una facultad que tiene una persona física para solicitar la supresión o desindexación de datos o información personal que estén siendo tratados por el responsable siempre y cuando ya no sean necesarios para los fines para los que fueron tratados, no sean de interés público, sean imprecisos, tratados ilícitamente, o bien cuando los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal”.

2. La identificación del rol de cada uno de los sujetos en el contexto del derecho al olvido, es decir, el titular de los datos personales, y afectado en su derecho; el internauta; el editor o responsable de publicar los datos; el responsable del tratamiento y el intermediario.

3. El reconocimiento del derecho al olvido como un derecho humano que debe ser, al igual que los demás derechos, protegido de forma específica, al ser universal, interdependiente e indivisible del derecho a la intimidad, pero ampliado al ámbito tecnológico de la información. Por lo tanto, el derecho al olvido debe ser un derecho autónomo, diferente a los derechos ARCO, en su reconocimiento constitucional que limita el poder del Estado; pero, al mismo tiempo impone obligaciones positivas, cuya base es la dignidad humana.

4. La imperante distinción entre el derecho al olvido y los llamados derechos ARCO, en particular del derecho de oposición y de cancelación, que si bien puede dar pauta a confusión en concreto entre este último y aquel; la diferencia preponderante estriba en la naturaleza del dato y el lugar en el cual se ubica. Esto es, en el caso

del derecho al olvido se habla de información digital que permite conformar un perfil del sujeto, y cuya ubicación yace en plataformas digitales; en tanto que, en el derecho de cancelación la información no es digital y puede ubicarse en soportes físicos o electrónicos.

5. La esencia del derecho al olvido es completar de forma integral el derecho a la protección de datos, al tiempo de constituirse como un elemento coadyuvante del amparo del derecho a la intimidad, al empoderar al sujeto con la facultad de decisión y el control sobre la información o datos personales que pueden mantenerse públicos y sujetos a algún tipo de tratamiento por parte de terceros.

6. El alcance del derecho al olvido se debe determinar en función de cada caso siempre teniendo en cuenta que su objetivo es hacer frente a los riesgos ocasionados por el uso del internet, con la intención de mantener a salvo la reputación, la intimidad, la libertad y la dignidad de cada persona; asimismo, debe considerar el paso del tiempo, esto es, que la información deje de tener un interés público o bien haya caducado; la naturaleza de la información, es decir, que aquella se encuentre en plataformas digitales y se refiera a datos que invadan la esfera personal del titular, y la regularidad con la cual la información es usada para determinar el daño presente o futuro que pueda generar en el titular.

7. Los principios de licitud, consentimiento, información, lealtad, proporcionalidad, responsabilidad, calidad, y finalidad, son sustento del derecho al olvido; particularmente, la finalidad y la calidad son los dos principios que con mayor atención debe seguir el responsable del tratamiento, porque en la medida que la información siga cumplimiento con su finalidad determinada, legítima y transparente, y la misma tenga la calidad pertinente, adecuada y no excesiva, entonces el derecho al olvido será invocado en menor medida.

8. Los supuestos de restricción del derecho al olvido, ya que no hay derecho que no tenga restricción, y el derecho al olvido no es una excepción, encuentra límites relacionados con la obligatoria conservación de ciertos datos:

- a) para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión;
- b) por motivos de interés público;
- c) por razón de la salud pública;
- d) con fines de investigación histórica, estadística y científica; y
- e) para el cumplimiento de una obligación legal de conservar los datos personales.

9. El órgano institucional encargado de conocer sobre la inobservancia parcial o total de una solicitud de derecho al olvido por parte del responsable debe ser el propio INAI, como ya lo mencionan las propias normas en la materia, para lo cual se requiere ampliar sus facultades para conocer sobre la procedencia o no de dicho trámite.

10. Finalmente, no es posible hablar del derecho al olvido sin incluir términos fundamentales que permitan construir el contenido del derecho al olvido; para ello se requiere modificar en concreto el artículo tercero tanto de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares como de la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados para integrar el alcance de vocablos como: datos personales digitales, identidad personal digital, plataforma digital, responsable digital, internauta, entre otros.

FUENTES DE INFORMACIÓN

- Acuña, F.J. (s.a.) *La Protección de los Datos Personales y Notas sobre los Desafíos de internet*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponible en: https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2019-03/06_ACU%C3%91A_La%20constitucion%20en%20la%20sociedad%20y%20economia%20digitales.pdf
- Adinolfi, G. (2007) Autodeterminación Informativa, Consideraciones Acerca de un Principio General y un Derecho Fundamental. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (17). Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5807/7665>
- Aguilar, M. (s.a.) Las tres Generaciones de los Derechos Humanos. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-emx/article/viewFile/5117/4490>.
- Alexy, R. (1997). *El concepto y validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Arenas, M. (2006). *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Arenas, M. (2013) Hacia un futuro derecho al olvido de ámbito europeo. En J. Valero (Editor) *La protección de los datos personales en Internet ante la innovación tecnológica*. Navarra: Thomson-Reuters-Aranzadi.
- Arellano, W. (2017) Algunas Reflexiones sobre la Definición y el Concepto de la Dignidad Humana prevista en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En: Cruz, O.A., *La Opinión de los Jueces. Reflexiones sobre los Derechos Humanos*. México: UBIJUS.
- Artículo 19. (2020) Derecho al Olvido restringe la Libertad de Expresión. Disponible en: <https://articulo19.org/derecho-al-olvido-restringe-la-libertad-de-expresion/>
- Atienza, M. (2008) *Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, México: UNAM.

- Ayala, T. (2016) Memoria versus olvido: La paradoja de Internet. *UNIVERSUM*. 31 (1) pp. 31-44.
- Bernal, J.J. (2013) *Comprendiendo la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos*. México: Porrúa.
- Bidart, G. (1989) *Teoría General de los Derechos Humanos*. México: IIJ. Disponible en:
https://www.usmp.edu.pe/derecho/3ciclo/derechos_humanos/Biblioteca%20virtual/Teoria%20General%20de%20los%20Derechos%20Humanos.pdf
- Burgos, J.A. (2019). Ni rectificación, ni olvido. Una tesis sobre el conflicto de derechos entre el derecho al olvido y el derecho a la información en Colombia. *Escribanía*, 17 (1) pp. 125-136. Disponible en:
<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BGyydFYWjzQJ:https://revistasum.umanizales.edu.co/ojs/index.php/escribania/article/download/3508/5070/20062+&cd=12&hl=es&ct=clnk&gl=mx>.
- Cámara de Diputados (2003) *Diario de Debates*. Recuperado de:
<http://cronica.diputados.gob.mx/DDEbates/59/1er/1P/Extra/dic/00L59A1P1e6.html#LEY%20PARA%20REGULAR%20LAS%20SOCIEDADES%20DE%20INFORMACION%20CREDITICIA>
- Carbonell, M. (2014) *Los Derechos Fundamentales en México*. México: Porrúa-UNAM-CNDH
- Casino, M. (2012), El periódico de ayer, el derecho al olvido en Internet y otras noticias. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (156), pp. 201-213.
- Celis, M.A. (2006) La Protección de la Intimidad como Derecho Fundamental de los Mexicanos. En: Cienfuegos, D. y Macías M.C., *Estudios en Homenaje a Marcia Muñoz De Alba Medrano*, pp. 71-108. México: UNAM. Disponible en:
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2253/9.pdf>.
- Comité de Derechos Humanos de la Naciones Unidas (1988). *Observación General número 16. Derecho a la intimidad (artículo 17)*. Disponible en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html

- Consejo de Derechos Humanos (CDH) (s.a.) *Rodríguez, María Belén c. Google inc. S/ Daños y Perjuicios.* Disponible en: <https://cdh.defensoria.org.ar/normativa/rodriguez-maria-belen-c-google-inc-s-danos-y-perjuicios/>
- Contreras, M.A. (2000) *El Derechos al Desarrollo como Derecho Humano.* México: CDHEM.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/TrataPersonas/MarcoNormativoTrata/InsInternacionales/Regionales/Convencion_ADH.pdf
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cerd.aspx>
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>
- Convención sobre los Derechos del Niño. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>
- Coronado, V.L. (2015) *La libertad de Expresión en el Ciberespacio*, Tesis Doctoral de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/33067/1/T36374.pdf>
- Corte Constitucional de la Republica de Colombia (2015). *Sentencia T-277/15.* Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-277-15.htm>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH). (2012a). *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in Vitro") vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012.* Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH). (2012b). *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012*. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) (2005). *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Disponible en: https://www.escribnet.org/sites/default/files/Sentencia_Corte_IDH.pdf.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH). (2009). *Caso Escher y Otros vs. Brasil. Sentencia de 6 de julio de 2009*. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_esp1.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH). (2011). *Caso Fontevecchia y D'amico vs Argentina. Sentencia de 29 de noviembre de 2011*. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH). (2008). *Caso Kimel vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008*. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH). (2001). *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf
- Daranas, D. (1984). Sentencia de 15 de diciembre de 1983: Ley del Censo. Derecho de la Personalidad y Dignidad Humana. *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, IV (3), pp. 126-170. Disponible en: <https://asobanca.org.ec/wp-content/uploads/2021/06/Sentencia-de-15-de-diciembre-de-1983-JURISPRUDENCIA-CONSTITUCIONAL-EXTRANJERA-IV.pdf>
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp>
- Declaración de Principios obre la libertad de Expresión*. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=26&IID=2>
- Declaración Universal de Derechos Humanos*. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Derecho Humano de Acceso a la Información*. (2015) México: SEP-CNDH-INEHRM. Disponible en:

http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/foll_DHAccesoInformacion.pdf

Dworkin, R. (2002) *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

Eco, U. (2003). *Discurso alejandrino*. Disponible en: http://elmalpensante.com/index.php?doc=display_contenido&id=1224.

El Economista (19 de julio de 2021). *INE investiga presunta venta de datos del Padrón Electoral*. Disponible en: <https://www.eleconomista.com.mx/politica/INE-investiga-presunta-venta-de-datos-del-Padron-Electoral-20210719-0082.html>

Espinoza, M. (2017) El derecho al olvido en la era digital. El caso de Google en España y El Tiempo en Colombia. *Revista de Derecho*. (27), pp. 141-157.

Fernández, I.D. (2013) *El derecho al olvido en relación con el derecho a la protección de datos personales*. México: INFODR. Disponible en: <http://www.infodf.org.mx/capacitacion/publicacionesDCCT/ensayo23/23ensayo2014.pdf>

Ferrajoli, L. (2010) "El Principio de Igualdad y la Diferencia de Género". En: Cruz, J.A. y Vázquez, R. (Coords) *Debates Constitucionales sobre Derechos Humanos de las Mujeres*. México: Fontamara-SCJN.

Ferrajoli, L. (2002) *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*. Madrid: Trotta.

Flores, L.L. (2014). *Temas Actuales de los Derechos Humanos de Última Generación*. México: BUAP. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4304/13.pdf>.

Forero, I. (2018). *¿Existe el derecho al olvido en internet en Colombia?, ¿con qué derechos entraría en conflicto?*. En: Repositorio de la Universidad Católica de Colombia. Bogotá, Colombia. Disponible en: https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/15316/1/articulo_derecho_olvido_ICForero.pdf.

Franco, D y Quintanilla, A. (2020). La protección de datos personales y el derecho al olvido en el Perú. A propósito de los estándares internacionales del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos. *Revista de la Facultad de Derecho*. (84) pp. 271-414. DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.009>.

- Friedman, L. M. (2007). *Guarding life's dark secrets. Legal and social controls over reputation, propriety, and privacy*. Standford: Standford University Press.
- García, A. (2015). El derecho al olvido digital de los políticos en el Estado de México: análisis y propuesta desde una perspectiva comparada. *Apuntes Electorales* (52) pp. 109-147. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6426361>
- García, A. (2007). La Protección de Datos Personales: Derecho Fundamental del Siglo XXI. Un Estudio Comparado. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XL (120), pp. 743-778. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v40n120/v40n120a3.pdf>
- García, S. y Gonza, A. (2007) *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: CoIDH-CNDH. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/libertad-expresion.pdf>
- González, A. (2019). 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*. (156), pp. 1449-1475.
- Google, condenada en Francia a retirar enlaces a un vídeo pornográfico de una profesora (16 de marzo de 2011) *El País*. Disponible en: http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2011/03/16/actualidad/1300269666_850215.html
- Graciano, A. (2021). *Los Derechos Humanos de Tercera y Cuarta Generación*. Encuentro Jurídico. Disponible en: <http://www.encuentrojuridico.com/2013/01/los-derechos-humanos-de-tercera-y.html>
- Grupo Parlamentario MORENA (2019) Iniciativa con Proyecto de Decreto que Reforma, Adiciona y Modifica diversas Disposiciones de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, en Materia de Derecho de Olvido Disponible en: https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/2/2019-12-03-1/assets/documentos/Inic_Morena_Sen_Monreal_Posesion_Particulares.pdf

- Guerrero, E.C. (2018). *El Derecho al Olvido Digital en México*. Disponible en: https://www.itei.org.mx/v3/micrositios/cdc/wp-content/uploads/2020/04/7_2018_7_guerrero.pdf
- Guerrero, R. (2020). Derechos de Cuarta Generación y las Tecnologías de la Información y de la Comunicación. *Derechos Fundamentales a Debate*, (12). Disponible en: http://cedhj.org.mx/revista%20DF%20Debate/articulos/revista_No12/ADEBAT E-12-art8.pdf
- Gutiérrez, J.D. (2001) *Los límites entre la Intimidad y la Información*, Colombia: Universidad del Externado de Colombia.
- Hernández, A. (2015). Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el nuevo modelo constitucional de derechos humanos en México. Fascículo 6, México: CNDH. Disponible en: http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_DESCA6.pdf
- Hernández, S. (2012). La evolución de los museos y su adaptación. Recuperado de http://www.lacult.unesco.org/docc/evolucion_museos.pdf
- Hughes, K. (2012). A behavioural understanding of privacy and its implications for privacy law. *The Modern Law Review*, 75, pp. 806-836.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) (1991) *Diccionario Jurídico Mexicano*, cuarta edición. México: Porrúa-IIJ.
- Jones, M. L. (2016). *Crtl Z The right to be forgotten*. Nueva York: NYU Press.
- Leturia, F. (2016) 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*. 43(1) pp. 91-113.
- Lévy, P. (2007) *Cibercultura*. Barcelona: Anthropos.
- Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares
- López-Ayllón, S. (2000) *El Derecho a la Información como Derecho Fundamental*. En: Carpizo, J. y Carbonell, M. (Coord.) *Derecho a la Información y Derechos Humanos. Estudios en Homenaje al Maestro Mario de la Cueva*. México: UNAM. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/7-derecho-a-la-informacion-y-derechos-humanos>

- Mantelero, A. (2012), Right to be forgotten ed archivi storici dei giornali. La Cassazione travisa il diritto all'oblio. *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, XXVIII (10), pp. 843-849.
- Maqueo, M. S. (2016) Análisis comparativo de las resoluciones emitidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Instituto Federal de Acceso y Protección de Datos respecto del motor de búsqueda gestionado por Google y la protección de datos personales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (145) pp. 86-90. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v49n145/2448-4873-bmdc-49-145-00003.pdf>.
- Martínez, J.M. (2017) La Aplicación del Derecho al Olvido en España tras la STJUE Google contra AEPD y Mario Costeja. *Revista Boliviana de Derecho*. (23), pp. 112-133.
- Martínez, M.V. (2013) *De la Sen. María Verónica Martínez Espinoza, del grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, la que contiene proyecto de decreto por el que se adicionan diversas disposiciones a la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares*. Recuperado de: http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2013/07/asun_2991324_20130717_1374073401.pdf
- Mayans, J. (2003) *El ciberespacio, un nuevo espacio público para el desarrollo de la identidad local*. Disponible en: <http://www.cibersociedad.net/archivo/articulo.php?art=158>.
- Mecinas, J.M. (2017). Derecho al olvido. Precisiones con Relación a los Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos del Instituto de la Judicatura Federal* (1) pp. 77-102. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-judicatura/article/view/35175/32098>
- Merino, J.A. (2018) El derecho al olvido y su relación con otros derechos: Un Estudio a la Luz del Conflictivismo Jurídico. Tesis de Maestría en Derecho, Universidad

- Panamericana, Ciudad de México, México. Disponible en:
<http://biblio.upmx.mx/tesis/197337.pdf>
- Mieres, L. (2014). *El Derecho al Olvido Digital*. España: Losu Latorre. Disponible en:
https://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/e0d97e985163d78a27d6d7c23366767a.pdf
- Monreal, R. (2019) *Iniciativa con Proyecto de Decreto que Reforma, Adiciona y Modifica diversas Disposiciones de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, en materia de Derecho de Olvido*. Recuperado de:
http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2019/12/asun_3976661_20191205_1575426589.pdf
- Moreno, A. (2019). El derecho al olvido digital: una brecha entre Europa y Estados Unidos. *Revista Comunicación*. 18 (1), pp. 259-276. DOI:
<https://doi.org/10.26441/RC18.1-2019-A13>
- Moreno, A. (2020). Los derechos digitales en Europa tras la entrada en vigor del Reglamento de Protección de Datos Personales: Un antes y Un después para el Derecho al Olvido Digital. *Estudios Constitucionales*. 18 (2), pp. 121-150.
- Moya, R.J. (2021) *Iniciativa del Sen. Roberto Juan Moya Clemente, del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional, con proyecto de decreto por el que se reforma el Artículo 67 de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares*. Recuperado de:
http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2021/12/asun_4290500_20211215_1636039027.pdf
- Naciones Unidas, Derechos Humanos, Paraguay (s.a.) *Preguntas y Respuestas. Para entender el concepto y alcance del derecho a la Libertad de Expresión*. Disponible en: <https://acnudh.org/load/2019/07/007-Preguntas-y-Respuestas-para-Entender-el-Concepto-y-Alcance-del-Derecho-a-la-Libertad-de-Expresi%C3%B3n.pdf>
- Nikken, P. (1996) El concepto de derechos humanos. Seminario de Derechos Humanos, La Habana: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp 17-

36. Disponible en: <https://www.iidh.ed.cr/iidh/media/1995/seminario-ddhh-habana-1997.pdf>.
- Noriega, H. (2003) *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*. México: UNAM-IIJ.
- Organización de Estados Americanos (2022). *Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios*. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&IID=2>
- Organización de Naciones Unidas (2018) *Resolución A/HRC/39/29. El derecho a la privacidad en la era digital. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/39/29>.
- Organización de Naciones Unidas (2020) *Resolución A/HRC/44/24. Impacto de las nuevas tecnologías en la promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las reuniones, incluidas las protestas pacíficas. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/44/24>
- Organización de Naciones Unidas (2013) *Resolución 68/167 sobre el Derecho a la Privacidad en la Era Digital*. Disponible en: <https://www.informatica-juridica.com/resolucion/la-resolucion-68-167-de-la-onu-sobre-el-derecho-a-la-privacidad-en-la-era-digital/>
- Organización de Estados Americanos (2022). *Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios*. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&IID=2>
- Organización de Estados Americanos (2008). *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos humanos 2008. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%202008%201%20ESP.pdf>
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

- Palos-Sánchez, P. y Robina, R. (2018) *Ética de la Reputación Online, Marca Personal y Privacidad en el Cloud Computing: Protección de los Usuarios frente al Derecho al Olvido*. *Biblos*, (17). DOI 10.5195/biblos.2018.428.
- Parlamento Europeo (1995) Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Disponible en: <https://wipolex.wipo.int/es/text/313009>
- Peces-Barba, G. (1979). *Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Latina Universitaria.
- Pele, A. (2015) La Dignidad Humana: Modelo Contemporáneo y Modelos Tradicionales. *Revista Brasileira de Direito*, 11(2). DOI: 10.18256/2238-0604/revistadedireito.v11n2p7-17.
- Pere, S. (2015). *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014*. Barcelona: Bosch.
- Pere, S. (2012). *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pérez, A.E. (2010). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Décima edición. Madrid: Tecnos.
- Pérez, A.E. (1994). Dilemas actuales de la protección de la intimidad. En Sauca, J. M., *Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado.
- Peris, M. (1976) *Juez, Estado y Derechos Humanos*. Valencia: Editorial Fernando Torres.
- Pfeffer, E. (2000). Los Derechos a la Intimidad o Privacidad, a la Honra y a la Propia Imagen. Su Protección Frente a la Libertad de Opinión e Información. *Ius et Praxis*, 6 (1), pp. 465-474. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/197/19760123.pdf>
- Pica, R. (2016) El Derecho Fundamental al Olvido en la Web y el Sistema Constitucional Chileno. Comentario a la Sentencia de Protección Rol N° 22243-2015 de la Corte Suprema. *Estudios Constitucionales*, 14 (1), pp. 309-318. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v14n1/art10.pdf>

- Platero, A. (2016) El derecho al olvido en internet. El fenómeno de los motores de búsqueda. *Opinión Jurídica*, 15(29) pp. 243-260.
- Quiñonez, J. y González B.G. (2020) La configuración Constitucional del Derecho a la Privacidad en México. *Lecturas Jurídicas*, VII, (51), pp. 7-30. Disponible en: http://www.fd.uach.mx/noticias/2021/04/13/LJ52_COMPLETA.pdf
- Quisbert, E. (2010) *La pretensión procesal*. Bolivia: CED. Disponible en: <https://ermoquisbert.tripod.com/pdfs/prepro.pdf>
- Rallo, A. (2014). *El derecho al olvido en Internet, Google versus España*. Madrid: CEPC.
- Real Academia Española (RAE) (2001) *Diccionario de la Lengua Española*. España: Espasa-Calpe.
- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)*. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2013) *Informe Anual*. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/2014_04_22_I_A_2013_ESP_FINAL_WEB.pdf
- Resolución Directoral N° 045-2015-JUS/DGPDP (2015). Disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/582289/RD-045-2015-DGPDP.pdf>
- Reyes, E. (2019) *Iniciativa que reforma los artículos 3 y 46 de la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, a cargo del diputado Emmanuel Reyes Carmona*. Recuperado de: http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2019/04/asun_3871554_20190429_1554395574.pdf
- Riande, N.A. (2013.) El derecho a la autodeterminación informativa. *Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa*, V (2), pp. 1-14. Disponible en:

<https://www.tfja.gob.mx/investigaciones/historico/pdf/elderechoalaautodeterminacion.pdf>

Robles, J.G. (2004). *Derecho de la Información y comunicación Pública*, México: Universidad de Occidente.

Roccatti, M. (1996). *Los Derechos Humanos y la Experiencia del Ombudsman en México*. México: CDHEM.

Rodríguez, M. (s.a.) *Los principios de universalidad, inalienabilidad, indivisibilidad, interdependencia, progresividad y pro persona en el Sistema Constitucional Mexicano*. Disponible en: http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/pdf/r21_trabajo-7.pdf.

Salarelli, A. (2014). Diritto all'oblio e archivi online dei quotidiani: alcune considerazioni sulla memoria sociale ai nostri tempi. *Italian Journal of Library and Information Science*, 5 (1). Disponible en: <http://leo.cineca.it/index.php/jlis/article/viewFile/14/8528>.

Schwabe, J. (2009). *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. México: Fundación Konrad Adenauer México.

Scolari, C. (2008) *Hipermediaciones. Elementos para una Teoría de la Comunicación Interactiva*. Barcelona: Gedisa.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta (2016) *Dignidad Humana. Constituye una Norma Jurídica que Consagra un Derecho Fundamental a favor de las Personas y No una Simple Declaración Ética*. Décima Época, Registro: 2012363, Tesis 1a./J. 37/2016. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/Reportes/ReporteDE.aspx?idius=2012363&Tipo=1>.

Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta (2009) *Dignidad Humana. El Orden Jurídico Mexicano la Reconoce como Condición y Base de los Demás Derechos Fundamentales*. Novena Época, Registro: 165813, Tesis aislada, Tomo XXX, Tesis: P. LXV/2009. Disponible en: <https://www.catalogoderechoshumanos.com/165813-2/>

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, (2013) *Derecho a la Dignidad Humana. Es Connatural a las Personas Físicas y No a las Morales*. Décima

- Época, Libro XXIII, Tomo 3, Tribunales Colegiados de Circuito, Registro: 2004199. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Documents/CriteriosPJF/Tesis_temat_ica_derecho_a_la_propia_imagen.pdf
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta (2011) *Dignidad humana. Su Naturaleza y Concepto*. Novena Época, Registro 160869, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro I, Tomo 3, Tesis: I.5o.C. J/31. Disponible en: <https://cursodeamparo.com/160869-2/>
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, (2008). *Derecho a la intimidad. Su objeto y relación con el derecho a la autodeterminación de la información*. Tesis, Tomo XXVIII, p. 1253.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta (2014). *Libertad de expresión y derecho a la información. Concepto de interés público de las expresiones, informaciones, ideas y opiniones sobre funcionarios y candidatos*. Décima Época, Libro 5, abril de 2014, tomo 1.
- Serrano, S. y Vázquez, D. (2017) *Los Derechos en Acción. Obligaciones y principios de Derechos Humanos*. México: Flacso
- Silberlieb, L. (2016) El Derecho al olvido y la persistencia de la memoria. *Información, Cultura y Sociedad*. (35) pp. 125-136. DOI: <https://doi.org/10.34096/ics.i35.2637>
- Silva, A., y Mata, M. (2005). *La Llamada Revolución Industrial*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Suárez-Castillo, G. (2009). La Equidad informativa en el derecho a la rectificación. *Palabra Clave*, 12, (2), pp. 315-323.
- Tafoya, J.G. y Cruz, C.G. (2014) Reflexiones en torno al derecho al olvido. *Revista del Instituto Federal de la Defensoría Pública*. (18) pp. 79-108. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33500.pdf>
- Valencia, H. (2003) *Diccionario ESPASA Derechos Humanos*. Madrid: Espasa Calpe.
- Vázquez, L. D. y Serrano, S. (s.a.) Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación

práctica. México: Biblioteca Jurídica Virtual IJ-UNAM. Disponible en:
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/7.pdf>.

Westin, A. (1970). *Privacy and freedom*. Sexta edición. New York: Atheneum.

Žižek, S. (2008) *El sublime objeto de la ideología*. México: Siglo XXI.