

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

**MENCIÓN: DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS
HUMANOS**

TESIS:

EL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DEL DERECHO

AL OLVIDO DIGITAL EN EL PERÚ

Para optar el Grado Académico de
MAESTRO EN CIENCIAS

**MENCIÓN: DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS
HUMANOS**

Presentada por:

Bachiller: MILTON CÉSAR URBINA QUIÑONES

Asesor:

M.Cs. JOSÉ LUIS LÓPEZ NÚÑEZ

Cajamarca - Perú

2020

COPYRIGHT © 2020 by
MILTON CÉSAR URBINA QUIÑONES
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

**MENCIÓN: DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS
HUMANOS**

TESIS APROBADA:

**EL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DEL DERECHO
AL OLVIDO DIGITAL EN EL PERÚ**

Para optar el Grado Académico de
MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

Presentada por:

Bachiller: MILTON CÉSAR URBINA QUIÑONES

JURADO EVALUADOR

M.Cs. José Luis López Núñez
Asesor

M.Cs. Henry Segundo Alcántara Salazar
Jurado Evaluador

M.Cs. Cinthya Cerna Pajares
Jurado Evaluador

M.Cs. Luis Ángel Rojas Torres
Jurado Evaluador

Cajamarca – Perú

2020



Universidad Nacional de Cajamarca
 LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
 CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

Siendo las 17..... horas, del día 14 de febrero de dos mil veinte, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **M.Cs. HENRY SEGUNDO ALCÁNTARA SALAZAR**, **M.Cs. CINTHYA CERNA PAJARES**, **M.Cs. LUIS ÁNGEL ROJAS TORRES**, y en calidad de Asesor el **M.Cs. JOSÉ LUIS LÓPEZ NÚÑEZ** Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada “**EL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DEL DERECHO AL OLVIDO DIGITAL EN EL PERÚ**”, presentada por el **Bach. en Derecho MILTON CÉSAR URBINA QUIÑONES**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó... APROBAR..... con la calificación de DIÉCISEIS (16)..... la mencionada Tesis; en tal virtud, el **Bach. en Derecho MILTON CÉSAR URBINA QUIÑONES**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS**

Siendo las 18..... horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


 M.Cs. José Luis López Núñez
 Asesor


 M.Cs. Henry Segundo Alcántara Salazar
 Jurado Evaluador


 M.Cs. Cinthya Cerna Pajares
 Jurado Evaluador


 M.Cs. Luis Ángel Rojas Torres
 Jurado Evaluador

A:

Leyla y Violeta, motores de mi vida.

TABLA DE CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS	x
LISTA DE ABREVIACIONES	xi
RESUMEN	xii
ABSTRACT	xiii
INTRODUCCIÓN	xiv
CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
1.1. CONTEXTUALIZACIÓN O PROBLEMÁTICA.....	1
1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.....	5
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	6
1.4. OBJETIVOS	6
1.4.1. Objetivo general.....	6
1.4.2. Objetivos específicos.....	6
1.5. JUSTIFICACIÓN	7
1.6. HIPÓTESIS	7
1.7. CATEGORÍAS CONCEPTUALES.....	8
1.8. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	8
1.8.1. De acuerdo al fin que se persigue	8
1.8.2. De acuerdo al diseño de investigación	8
1.8.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan	9
1.9. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	9

1.9.1. Método deductivo	9
1.9.2. Método dialéctico.....	9
1.9.3. Método analítico	10
1.9.4. Método dogmático	10
1.9.5. Método hermenéutico	10
1.10. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.....	11
1.10.1. Técnicas	11
1.10.2. Instrumentos	11
1.11. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN.....	11
1.11.1. Espacial	11
1.11.2. Temporal.....	12
1.12. ESTADO DE LA CUESTIÓN	12
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	14
2.1. EL CARÁCTER DE INTERDEPENDENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.....	14
2.1.1. Interpretación constitucional	14
2.1.2. Unidad de la constitución y concordancia práctica	16
2.1.3. El carácter de interdependencia de los DD.FF.	20
2.2. EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DD.FF.	22
2.2.1. Noción y naturaleza jurídica de los DD.FF.	22
2.2.2. La dignidad humana como fundamento de los DD.FF.....	25
2.2.3. DD.FF. enumerados y DD.FF. no enumerados	31

2.2.4.	Derechos núcleo y derechos derivados.....	36
2.3.	EL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DE LOS DD.FF.	37
2.3.1.	La teoría de los límites de los derechos	37
2.3.2.	La teoría del contenido esencial de los DD.FF.	39
2.3.3.	Crítica a la teoría del contenido esencial	42
2.3.4.	El contenido esencial como contenido constitucional	43
2.3.5.	Determinación del contenido constitucional.....	44
2.4.	EL DERECHO AL OLVIDO DIGITAL	48
2.4.1.	Aspectos definitorios del derecho al olvido digital.....	48
2.4.2.	La experiencia supranacional europea	55
2.4.3.	Marco legal de protección de los datos personales en el Perú.....	64
2.4.4.	Derecho al olvido digital en la Resolución Directoral N° 026-2016-JUS/DGPDP	77
2.5.	LOS DD.FF. VINCULADOS AL DERECHO AL OLVIDO DIGITAL	81
2.5.1.	El derecho a la intimidad	81
2.5.2.	El derecho a la identidad	93
2.5.3.	El derecho a la autodeterminación informativa	102
2.5.4.	La libertad de expresión e información	117
2.5.5.	El derecho a la verdad	133
2.6.	ESCENARIOS DE CONFLICTO	138
2.6.1.	Censura y posverdad.....	138

2.6.2. Intimidad, publicidad y olvido	141
2.6.3. Situaciones resistentes al olvido.....	146
2.6.4. El derecho al olvido digital y la fuente directa de la información.	148
CAPÍTULO III: DISCUSIÓN Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	150
3.1. DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	150
3.1.1. El carácter de interdependencia de los DD.FF. como criterio hermenéutico	150
3.1.2. La naturaleza jurídica del derecho al olvido digital en el Perú	154
3.1.3. El contenido constitucionalmente protegido del derecho al olvido digital en el Perú	155
3.2. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN	174
CONCLUSIONES.....	176
RECOMENDACIONES	178
LISTA DE REFERENCIAS	179

AGRADECIMIENTOS

Agradezco el esfuerzo y ardua labor realizada por mi asesor de tesis, a quien luego de este trabajo tengo por referente académico, amigo dilecto y excelente persona.

No podría dejar de hacer mención a mis padres, mis primeros maestros y fuente de inspiración constante.

Por último, quiero agradecer a mis docentes y compañeros, con quienes cada clase se convertía en una verdadera cátedra de derecho.

Gracias a todos por permitirme mejorar como profesional y persona.

LISTA DE ABREVIACIONES

CIDH	:	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CADH	:	Convención Americana sobre Derechos Humanos.
CP	:	Constitución Política del Perú.
DD. FF.	:	Derechos fundamentales.
DD. HH.	:	Derechos humanos.
DGPDP	:	Dirección General de Protección de Datos Personales.
TC	:	Tribunal Constitucional.
TIC	:	Tecnologías de la información y de la comunicación.
TEDH	:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TJUE	:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
URL	:	<i>Uniform Resource Locator</i> ¹ .

¹ Localizador de recursos uniforme (traducción propia). Abreviación utilizada para hacer referencia a las direcciones web.

RESUMEN

La presente investigación se genera a partir de la siguiente interrogante: ¿Cómo el carácter de interdependencia de los derechos fundamentales determina el contenido constitucionalmente protegido del derecho al olvido digital en el Perú?; por lo que el propósito establecido radica en explicar cómo el carácter de interdependencia de los derechos fundamentales determina el contenido constitucionalmente protegido del derecho al olvido digital en el Perú.

Para tal fin se ha propuesto la siguiente hipótesis: El carácter de interdependencia de los derechos fundamentales determina el contenido constitucionalmente protegido del derecho al olvido digital en el Perú, desde su comprensión como manifestación de los derechos fundamentales a la intimidad, a la identidad y a la autodeterminación informativa, en su estrecha vinculación con las libertades de expresión e información y el derecho a la verdad.

Para la contrastación de la hipótesis sugerida se ha ideado una investigación de tipo básica, correlacional y cualitativa; con el empleo de los siguientes métodos de investigación: deductivo, dialéctico, analítico, dogmático y hermenéutico, aplicados a través de la técnica de fichaje y de observación documental, con sus correspondientes instrumentos consistentes en la ficha bibliográfica y la hoja de ruta, respectivamente.

PALABRAS CLAVE: Derecho al olvido digital, carácter de interdependencia de los derechos fundamentales, autodeterminación informativa, identidad, intimidad, derecho a la verdad.

ABSTRACT

The present investigation is generated from the following question: How does the interdependence character of fundamental rights determine the constitutionally protected content of the right to be forgotten digital in Peru?; therefore, the established purpose is to explain how the interdependent nature of fundamental rights determines the constitutionally protected content of the right to digital oblivion in Peru.

For this purpose, the following hypothesis has been proposed: The interdependence nature of fundamental rights determines the constitutionally protected content of the right to be forgotten digital in Peru, based on its understanding as a manifestation of the fundamental rights to privacy, to identity and informative self-determination, in its close connection with freedom of expression and information and the right to the truth.

To test the suggested hypothesis, a basic, correlational and qualitative investigation has been devised; with the use of generic methods: deductive, dialectical and analytical, as well as the methods of law: dogmatic and hermeneutical, applied through the technique of signing and document observation, with their corresponding instruments consisting of the bibliographic record and the road map, respectively.

KEYWORDS: *Right to be forgotten, interdependence of fundamental rights, informational self-determination, identity, privacy, right to the truth.*

INTRODUCCIÓN

El uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC), sobre todo de internet, ha traído consigo muchos avances en cuanto a la transmisión de la información como garantía de las libertades fundamentales de la persona. No obstante, este cambio de paradigma de la sociedad informática pone en riesgo el tratamiento de la información referida a datos personales, por cuanto la propia naturaleza de internet permite a cualquiera subir contenido; pero, además, permite que dicho contenido sea de acceso universal (para cualquiera con acceso a internet) e indefinido (de duración perpetua).

Es así como la experiencia supranacional europea, a través de la Sentencia del asunto C-131/12, expedida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 13 de mayo de 2014, innovo en la aplicación del derecho al olvido digital con la finalidad de suprimir información personal de un motor de búsqueda de internet, en la medida que lesionaba derechos fundamentales de la persona reclamante referidos a su privacidad.

El Perú no ha sido ajeno a ello y, por intermedio de la Resolución Directoral N° 026-2016-JUS/DGPDP del 11 de marzo de 2016 expedida por la Dirección General de Protección de Datos Personales, se aplicó el derecho al olvido digital sustentándolo en el derecho a la autodeterminación informativa contenido en el artículo 2 inc. 6 de la Constitución Política del Perú.

La aplicación de este “nuevo” derecho al olvido digital ha merecido la crítica de un amplio sector de la prensa nacional e internacional, quienes lo contemplan como una posibilidad de transgresión a las libertades de expresión e información.

Esta pugna respecto a las posibles satisfacciones o afectaciones a derechos fundamentales orienta la presente investigación que busca explicar cómo se determina el contenido constitucionalmente protegido del derecho al olvido digital en el Perú desde la consideración del carácter de interdependencia de los derechos fundamentales; es decir, sin dejar de lado las implicancias que su aplicación apareja en la satisfacción o afectación de otros derechos de igual naturaleza.

Para tal fin, en el Capítulo I se tratan los aspectos metodológicos que han guiado la ejecución de la investigación y la redacción de la misma. Por su parte, el Capítulo II estructura los contenidos teóricos que se han tomado en cuenta para alcanzar los objetivos propuestos en el aspecto metodológico; en ese sentido, se han abordado temas como el carácter de interdependencia de los derechos fundamentales, el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales, el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, el derecho al olvido digital, los derechos fundamentales vinculados al derecho al olvido digital y los posibles escenarios de conflicto entre estos.

En el Capítulo III habida cuenta que la investigación de carácter dogmática, se discute directamente los constructos teóricos desarrollados en el capítulo precedente, contrastando la hipótesis formulada. Por último, se arribará a las conclusiones de la investigación.

CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. CONTEXTUALIZACIÓN O PROBLEMÁTICA

El presente milenio se apertura como la era de la sociedad informática y su derrotero lo señala la masificación del uso de internet. Según fuentes del Banco Mundial (s.f.), en el año 2007 el 20.53% de la población mundial tenía acceso a internet; mientras en el 2015 esta cifra se incrementó considerablemente, llegando al 44.00 %. La realidad peruana replica la tendencia, según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (s.f.) en el año 2007 el 31.1 % de la población peruana tenía acceso a internet, mientras que para el 2015 esta cifra se elevó hasta alcanzar el 40.9%.

El uso y constante renovación de las TIC plantean nuevos modelos de convivencia, donde los miembros de la sociedad informática no conciben sus relaciones interpersonales sin la intermediación de dispositivos de acceso a internet (Cobacho López, 2019, p. 200); y, aunque esto parece augurar únicamente beneficios en cuanto a las mayores posibilidades de acceso a la información contenida en la red, es inevitable notar que también representa algunos riesgos.

Precisamente, uno de estos riesgos está vinculado al tratamiento de datos personales a través de los motores de búsqueda de internet, información que, gracias a la propia naturaleza del ciberespacio, acaba siendo de acceso público e ilimitado; de tal forma que, sin si quiera saberlo, la información personal de sendas personas esté disponible para cualquiera y en cualquier lugar.

Es así como el derecho al olvido digital responde a la desprotección que supone el tratamiento de la información personal en internet, impidiendo el acceso a dicha información a través de los motores de búsqueda. El sustento práctico radica en la caducidad de cierta información por el paso del tiempo, la misma que al ser de conocimiento público acaba perjudicando a su titular al producirse un desajuste entre el dato almacenado y su realidad actual (Mieres Mieres, 2014, p. 6).

El caso emblemático en la experiencia internacional del derecho al olvido digital recae en la Sentencia del asunto C-131/12, expedida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 13 de mayo de 2014. El alto tribunal europeo amparó el reclamo del ciudadano español Mario Costeja contra Google Inc. y Google España, prohibiéndole al motor de búsqueda brindar información sobre la subasta de propiedades por impuestos impagos del español, situación que se había configurado en 1998 y que a la fecha -en ese entonces 2009- quería que fuese olvidada.

En el Perú, la Dirección General de Protección de Datos Personales, quien ejerce la autoridad nacional de protección de datos personales, sentó el primer antecedente de la aplicación del derecho al olvido en el país. A través de la Resolución Directoral N° 026-2016-JUS/DGPDP del 11 de marzo de 2016, se confirmó la Resolución Directoral N° 045-205-JUS/DGPDP del 30 de diciembre de 2015, por la cual se sancionó a Google con una multa ascendente a 65 UIT, en mérito a la solicitud presentada por un ciudadano peruano que afrontó una causa penal ya sobreseída y, pese a ello, la información difundida al respecto aún circulaba en la red; pero, además se ordenó al buscador que bloqueara

los datos personales (nombres y apellidos) del reclamante respecto de toda información o noticia relacionada con la materia de sobreseimiento de la causa antes referida que aparece en los resultados del motor de búsqueda Google Search.

El ordenamiento jurídico peruano no reconoce expresamente el derecho al olvido digital; sin embargo, las citadas resoluciones de la DGPDP aluden a un marco normativo y dogmático capaz de sustentar su aplicación en el país a partir del derecho a la autodeterminación informativa reconocido en el artículo 2 inc. 6 de la Constitución Política del Perú, la Ley de Protección de Datos Personales (Ley N° 29733) y su reglamento².

Por otra parte, cierto sector de la doctrina concibe el derecho al olvido como una manifestación del derecho a la identidad entendida en su acepción dinámica, como el conjunto de atributos y características de la persona que permiten su identificación en sociedad, facultando a la persona a modificar su identidad conforme a su desarrollo social y temporal, de tal forma que cambie con el tiempo y legitime querer olvidar lo pasado (Espinoza Espinoza, 2004, pp. 256-258).

De igual modo, hay quienes vinculan el derecho al olvido con el derecho a la intimidad (v.gr. privacidad) personal y familiar, en la medida que existen argumentos suficientemente racionales para sustentar que la

² El considerando 5.10 de la Resolución Directoral N° 026-2016-JUS/DGPDP, hace referencia directa a la Sentencia C-131/12 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para dejar en claro que no ha sido utilizada para resolver el caso, sino que este ha sido resuelto en atención a las normas contenidas en la Constitución, la Ley N° 29733 y su Reglamento, así como la Ley N° 27444.

información personal que circula en internet es de exclusiva disposición de su titular (Mieres Mieres, 2014, pp. 14-16).

Cualquiera sea el sustento dogmático-normativo del derecho al olvido digital (autodeterminación informativa, identidad o intimidad), queda claro que se vincula con el ejercicio de derechos fundamentales, los cuales poseen ciertas peculiaridades como su carácter de interdependencia que obliga a entenderlos sistemáticamente, como derechos relacionados y complementados entre sí (García Becerra, 1991, p. 21), de tal forma que la satisfacción de uno de ellos garantiza la satisfacción de otros derechos relacionados a él y *-contrario sensu-* la afectación a un derecho pueda significar también la vulneración de otros derechos vinculados³.

Obviar el carácter de interdependencia de los derechos fundamentales como criterio interpretativo, significa analizar parcialmente su contenido y, por ende, su correcta aplicación⁴. Esta situación es manifiesta si se atiende al hecho que son tres los derechos fundamentales que se pretenden satisfacer con su aplicación: el derecho a la autodeterminación informativa, a la identidad y a la intimidad; pero, además si se toma en cuenta que el ejercicio del derecho al olvido digital linda con la limitación

³ La Comisión Nacional [mexicana] de los Derechos Humanos (2016, p.10) sostiene que: “Los derechos humanos son interdependientes, es decir están vinculados entre ellos y son indivisibles, que no pueden separarse o fragmentarse unos de otros. Todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales deben comprenderse como un conjunto. Lo anterior, también implica que el goce y ejercicio de un derecho está vinculado a que se garantice el resto de derechos; así como la violación de un derecho pone también en riesgo los demás derechos”.

⁴ Para José Antonio García Becerra (1991, p. 21), el carácter de interdependencia y complementariedad de los derechos humanos “evita una visualización parcial y mutilante del contenido de estos derechos”.

del ejercicio de otros derechos como la libertad de expresión e información⁵.

El paradigma del Estado Constitucional exige que la interpretación de los derechos fundamentales se practique desconociendo todo tipo de carácter absoluto en los mismos, buscando optimizar cualquier posible conflicto entre ellos⁶. Pero para que tal situación pueda efectivizarse, es imprescindible determinar el contenido de los derechos, de tal forma que -eventualmente- se pueda limitar su ejercicio de forma proporcional.

1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

El problema advertido consiste en la ausencia de conocimiento sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho al olvido digital en el Perú, pues, como se ha descrito anteriormente, el tratamiento que ha recibido en sede administrativa lo vincula al derecho a la autodeterminación informativa, mientras que cierto sector de la doctrina hace lo propio respecto del derecho a la identidad e intimidad. Asimismo, el carácter de interdependencia de los derechos humanos exige un

⁵ La Sociedad Interamericana de Prensa reunida en su 72º Asamblea General celebrada del 13 al 17 de octubre de 2016, manifestó que el derecho al olvido es una grave amenaza a la libertad de expresión (Sociedad Interamericana de Prensa. (2016). *El supuesto derecho al olvido: Una amenaza para la libertad de expresión*. Recuperado el 08 de abril de 2017 de <http://media.sipiapa.org/adjuntos/185/documentos/001/803/0001803826.pdf>). Del mismo modo, la prensa local se ha manifestado en contra de la aplicación de este derecho (Ver: Sifuentes, M. (2016). *Traición y olvido, por Marco Sifuentes*. Recuperado el 08 de abril de 2017 de <http://elcomercio.pe/opinion/rincon-del-autor/traicion-y-olvido-marco-sifuentes-noticia-1913515>).

⁶ Gustavo Zagrebelsky sostiene que: “La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. (...) Si cada principio y valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a ellos” (2011, pp. 14 y 16).

análisis profundo sobre los posibles derechos intervinientes en la concretización del derecho al olvido digital y su aplicación en el Perú, configurándose como un criterio hermenéutico para una correcta definición de su contenido constitucionalmente protegido.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cómo se determina el contenido constitucionalmente protegido del derecho al olvido digital en el Perú desde la consideración del carácter de interdependencia de los derechos fundamentales?

1.4. OBJETIVOS

1.4.1. Objetivo general

Explicar cómo se determina el contenido constitucionalmente protegido del derecho al olvido digital en el Perú desde la consideración del carácter de interdependencia de los derechos fundamentales.

1.4.2. Objetivos específicos

- a) Determinar la validez del carácter de interdependencia de los derechos fundamentales como criterio hermenéutico para determinar su contenido constitucionalmente protegido.
- b) Determinar la naturaleza jurídica del derecho al olvido digital en el Perú.
- c) Definir el contenido constitucionalmente protegido del derecho al olvido digital en el Perú.

1.5. JUSTIFICACIÓN

La presente investigación se justifica en la relevancia que cobra definir el contenido de un derecho, pues ello garantiza dotarlo de eficientes mecanismos de tutela y asegurar una correcta aplicación del mismo.

Por otro lado, el estatus axiológico de los derechos fundamentales, dentro del paradigma del Estado Constitucional, exige la necesidad de su estudio dogmático y comprensión práctica, lo que tiene como correlato la posibilidad concreta de ejercer los derechos fundamentales como derechos subjetivos frente al Estado por parte de sus titulares.

Sin perjuicio de lo dicho, somos conscientes de que, al margen de la trascendencia práctica de la investigación, la contribución al conocimiento sobre la problemática propuesta cobra importancia si es que se piensa que en el futuro puede llegar a marcar un derrotero en el estudio de los derechos humanos y su vinculación al uso de los medios informáticos, relación que cada vez se torna más tensa y que ha despertado -de a pocos- mayor interés por la academia.

1.6. HIPÓTESIS

El carácter de interdependencia de los derechos fundamentales determina el contenido constitucionalmente protegido del derecho al olvido digital en el Perú, desde su comprensión como manifestación de los derechos fundamentales a la intimidad, a la identidad y a la autodeterminación informativa, en su estrecha vinculación con las libertades de expresión e información y el derecho a la verdad.

1.7. CATEGORÍAS CONCEPTUALES

- a) Carácter de interdependencia de los derechos fundamentales.
- b) Contenido constitucionalmente protegido.
- c) Derecho al olvido digital.
- d) Derecho a la intimidad.
- e) Derecho a la identidad.
- f) Derecho a la autodeterminación informativa.
- g) Libertades de expresión e información.
- h) Derecho a la verdad.

1.8. TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.8.1. De acuerdo al fin que se persigue

La presente investigación es de tipo básica, pues la finalidad perseguida es la de incrementar el conocimiento dogmático sobre el derecho al olvido digital en el Perú como expresión del carácter de interdependencia de los derechos humanos, a efectos de determinar su contenido.

1.8.2. De acuerdo al diseño de investigación

Esta investigación tendrá el diseño de una investigación jurídica correlacional, pues, deberá realizarse un análisis comparativo con otros derechos fundamentales (*v.gr.* derechos a la autodeterminación informativa, identidad e intimidad), para que, en mérito al carácter de interdependencia de los derechos fundamentales, se pueda dilucidar el contenido

constitucionalmente protegido del derecho al olvido digital en el Perú.

1.8.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

El enfoque de esta investigación es cualitativo, dado que se sustenta en la carga argumentativa del derecho y los métodos de interpretación jurídica, sin ser necesario recurrir a métodos estadísticos o de recolección de datos matemáticos, bastando únicamente con el análisis de la literatura disponible y la jurisprudencia esbozada hasta el momento.

1.9. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

1.9.1. Método deductivo

Se empleará el método deductivo a efectos de ir de conceptos genéricos, tales como derechos expresos e implícitos, derechos núcleo y derivados, así como el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, para aterrizarlos en aspectos específicos que ocupan a esta investigación, como adecuar el derecho al olvido digital en algunas de estas categorías.

1.9.2. Método dialéctico

Se utilizará este método, en tanto se contrapondrán las ideas que ha desarrollado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respecto a considerar al derecho al olvido digital como un derecho autónomo; la tesis de cierto sector de la doctrina y de la Dirección

General de Protección de Datos Personales del Perú, que concibe al derecho al olvido digital como parte del contenido del derecho a la autodeterminación informativa; y, la tesis que ha elaborado cierto sector de la doctrina que vincula el derecho al olvido digital con el derecho a la identidad entendida en su acepción dinámica.

1.9.3. Método analítico

El método analítico se utilizará a partir de descomponer diversos factores relacionados a los derechos fundamentales a la autodeterminación informativa, identidad e intimidad como dadores de contenido al derecho al olvido digital.

1.9.4. Método dogmático

Se utilizará este método cuando deban desarrollarse ciertos postulados dogmáticos, tales como la categorización de derechos expresos e implícitos, derechos núcleo y derivados, así como la categoría del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales.

1.9.5. Método hermenéutico

Al tener que analizar ciertas normas del ordenamiento jurídico peruano: normas constitucionales, normas legales (Ley de Protección de Datos Personales), así como normas jurisprudenciales (sentencias del Tribunal Constitucional), es que se aplicará este método.

1.10. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.10.1. Técnicas

a) Técnica de fichaje

Se recolectarán en fichas datos de fuentes bibliográficas, hemerográficas, legales y jurisprudenciales.

b) Técnica de observación documental

Se observará diversas resoluciones y documentos que resulten pertinentes para la investigación.

1.10.2. Instrumentos

a) Ficha bibliográfica

La información recolectarse a través de fichas, que permitan filtrar la información pertinente para esta investigación.

b) Hoja de ruta

La hoja de ruta nos permitirá determinar los momentos y pautas a seguir en nuestra revisión de documentos.

1.11. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN

1.11.1. Espacial

La presente investigación está enfocada en estudiar la consideración del carácter de interdependencia de los derechos humanos como criterio hermenéutico para definir el contenido del derecho al olvido digital en el Perú, por lo que el ámbito de investigación espacial se demarcaría en dicho país; sin embargo,

dado el principio de universalidad de los derechos humanos y el profundo contenido dogmático de estos, las conclusiones a las que se arribe pueden ser fácilmente aplicables a otros espacios geográficos, máxime si se estudiará la doctrina, jurisprudencia y sistemas normativos internacionales que nos sirvan como referente y permitan abordar con mayor claridad la problemática propuesta.

1.11.2. Temporal

Como el problema de investigación es de tipo dogmático, el ámbito de investigación temporal no será de aplicación.

1.12. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Hasta la fecha no se han encontrado antecedentes de investigaciones realizadas que traten la problemática de la que se ocupa esta investigación.

Para ello, inicialmente, se ha buscado en las bibliotecas institucionales donde obran las investigaciones realizadas en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca y en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, así como en el Repositorio Digital de Tesis de la Universidad Nacional de Trujillo, la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Posteriormente, se ha realizado una búsqueda en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación de la Superintendencia Nacional de Educación

Superior Universitaria (Cfr. <http://renati.sunedu.gob.pe/>), obteniendo los mismos resultados.

Sin perjuicio de ello, se es consciente que, en adelante, es factible la realización de investigaciones sobre el tema y problemática advertidas en la presente tesis.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. EL CARÁCTER DE INTERDEPENDENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

2.1.1. Interpretación constitucional

a) La interpretación constitucional como concretización

Las actuales constituciones de los Estados recogen en su texto tanto reglas como principios⁷, los cuales necesitan ser interpretados en la práctica jurídica, para permitirle a la constitución cumplir con su función marco de protección de la persona humana, descartando así cualquier probabilidad de error en la interpretación judicial que pueda perjudicarla (Hakansson-Nieto, 2009, p. 68).

La interpretación de la norma constitucional supone su concretización, pues su contenido se completa cuando es interpretada y contrastada con la realidad⁸. Sin embargo, el riesgo de que el intérprete adolezca de preconcepciones en los alcances de la norma dificulta la posibilidad de obtener un resultado racional (Hesse, 1992, pp. 41-42).

⁷ Gustavo Zagrebelsky (2011, pp. 109-110), precisa que las normas constitucionales sobre derechos y justicia son prevalentemente principios, mientras que las normas legales son prevalentemente reglamentarias, por lo que distinguir entre principios y reglas es distinguir entre la constitución y la ley, respectivamente. Adicionalmente a ello, se sostiene que, en las constituciones, y en los ordenamientos jurídicos en general, convergen reglas, principios y directrices.

⁸ La interpretación constitucional -según Konrad Hesse- tiene dos condiciones: a) la comprensión de la norma a aplicar y b) la comprensión del problema a resolver; sólo así es posible hablar de concretización de la norma constitucional (Hesse, 1992, pp. 41-42).

Es así como los principios de interpretación constitucional se muestran como una forma de reducir la discrecionalidad de los operadores jurídicos, manteniéndolos cerca del sentido original que el constituyente ha dado a las normas constitucionales, informando su labor hermenéutica⁹ y, garantizando con ello, la concretización de la constitución.

b) Los principios de interpretación constitucional

El enfoque contemporáneo de la teoría del derecho contempla la categorización de las normas en principios y reglas. El alemán Robert Alexy (1993) contempló entre sus postulados que

(...) los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. (...) En cambio las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida entonces de [sic.] hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. (pp. 86-87)

Los principios son -entonces- normas que, a diferencia de las reglas, no se encuentran dotadas de una estructura condicional

⁹ El Tribunal Constitucional peruano ha sostenido que: “Reconocida la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo - subsunción del hecho - consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional”. (2005, STC Exp. N° 05854-2005-PA/TC, f. j. 12).

hipotética con un supuesto de hecho y una consecuencia definidos (Bernal Pulido, 2005, p. 18), es decir no son aplicables mediante un proceso silogístico de subsunción, sino que “sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles ‘reaccionar’ ante algún caso concreto” (Zagrebelsky, 2011, p. 111).

Los principios de interpretación constitucional tienen “la misión de orientar y encauzar el proceso de relación, coordinación y valoración de los puntos de vista o consideraciones que deben llevar a la solución del problema” (Hesse, 1992, p. 45).

El Tribunal Constitucional peruano ha recogido los siguientes principios de interpretación constitucional: i) el principio de unidad de la Constitución; ii) el principio de concordancia práctica; iii) el principio de corrección funcional; iv) el principio de función integradora; y, v) el principio de fuerza normativa de la Constitución (2005, STC Exp. N° 05854-2005-PA/TC, f. j. 12).

2.1.2. Unidad de la constitución y concordancia práctica

a) El principio de unidad de la constitución

El paradigma del Estado constitucional eleva a la constitución a lo más alto de la jerarquía normativa, siendo quien define el sistema de fuentes formales del derecho en la medida de que, a través de un razonamiento deductivo, se constituye en un parámetro de validez respecto de las demás normas del ordenamiento jurídico, las cuales -valga la redundancia- sólo serán válidas si se condicen

con lo dispuesto en el texto constitucional¹⁰ (Balaguer Callejón, 1992, p. 28; Laporta, 1999, pp. 321-322).

En tal sentido, la función interpretativa debe procurar - precisamente - que la constitución se mantenga unida como fuente primaria de todo el ordenamiento jurídico (Pérez Royo, 2005, p. 144).

Es así como el Tribunal Constitucional peruano ha reconocido que el principio de unidad de la constitución implica que “(...) la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un ‘todo’ armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto” (2005, STC Exp. N° 05854-2005-PA/TC, f. j. 12).

La implicancia práctica de la aplicación de este principio subyace en el hecho de que “todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales” (Hesse, 1992, p. 45).

Y es que, en efecto, la constitución entendida como unidad -en palabras del TC- responde a una interpretación institucional que identifica en las disposiciones constitucionales una lógica hermenéutica unívoca, relacionadas como un todo unitario, como

¹⁰ “El modelo de racionalidad es el deductivo-formal y es el que se deriva de concebir el control de constitucionalidad como un juicio de ‘adecuación’, es decir, de coherencia o de consistencia entre dos enunciados normativos, por una parte el enunciado constitucional que funciona como parámetro de control y por otra parte el enunciado legal. Expresa o tácitamente se pretende aquí que estamos ante un supuesto de racionalidad deductiva. Solo si el enunciado legal es una consecuencia deductivamente posible de las premisas constitucionales (o al menos una consecuencia no imposible) nos encontramos con una ley válida”. (Laporta, 1999, pp. 321-322)

una suma de instituciones con una lógica integradora uniforme que responden -como diría Peter Häberle, citado por el TC- a un mínimo común axiológico de la sociedad y en el cual convergen (2003, STC Exp. N° 00008-2003-AI/TC, f. j. 5).

En síntesis, se entiende que el principio de unidad de la constitución descansa en comprender que el texto constitucional responde a un mínimo común axiológico de la sociedad, por lo que las disposiciones que contenga no pueden interpretarse aisladamente, ya que ello devendría en eventuales situaciones de conflicto normativo que negarían a ese mínimo axiológico¹¹.

b) El principio de concordancia práctica

El principio de concordancia práctica se encuentra íntimamente ligado al principio de unidad de la constitución. En virtud de este principio “se pretende ‘optimizar’ la interpretación de las normas constitucionales entre las que pueda darse una relación de tensión en la práctica” (Pérez Royo, 2005, p. 144).

El Tribunal Constitucional peruano ha dicho que en virtud del principio de concordancia práctica

(...) toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta "optimizando" su interpretación, es decir, sin "sacrificar" ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada "Constitución orgánica" se encuentran

¹¹ Para el Tribunal Constitucional, ni siquiera las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales pueden ser interpretados por sí mismos, como si se encontrasen aislados del resto de normas constitucionales (2002, STC Exp. N° 01091-2002-HC/TC, f. j. 4; 2005, STC Exp. N° 00045-2004-HC/TC, f. j. 3).

reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución). (STC Exp. N° 05854-2005-PA/TC, f. j. 12)

En ese sentido, ningún conflicto entre disposiciones constitucionales deberá ser resuelto con un juicio en abstracto, ya que eso significaría conferirle mayor valor a una disposición por encima de la otra y, con ello, asumir que existe una jerarquía entre ellas; por el contrario, los posibles conflictos entre disposiciones constitucionales deben ser resueltos en atención al principio de proporcionalidad, de tal forma que se coordine proporcionalmente cada disposición en conflicto sin que ninguna pierda su entidad, es decir optimizándolos (Hesse, 1992, pp. 45-46).

Se entiende que este principio de interpretación está referido exclusivamente a las posibilidades de conflicto entre normas constitucionales con carácter de principio, pues aquellos conflictos entre normas constitucionales con carácter de reglas no serán resueltos en atención al principio de proporcionalidad, sino bajo sus propios criterios de interpretación a través de meta reglas¹² o, en su defecto, reconduciendo las reglas a los principios de las cuales

¹² "(...) siempre es posible que haya otra norma que resulte aplicable y prevea una solución distinta. Si este es el caso, surge una cuestión previa. La respuesta a esta cuestión podría ser resuelta por medio de la ponderación, pero no es ese el caso. Usualmente, resultan aplicables meta-reglas, como: *lex superior derogat legi inferiori*, *lex posterior derogat legi priori* o *lex specialis derogat legi generali*. A efectos de llegarse a una solución, debe realizarse una segunda subsunción sobre la base de una meta-regla. Se puede llamar a esta segunda subsunción: 'metasubsunción'" (Alexy, 2009, pp. 40 y ss).

emanan, solucionando el conflicto por medio de la ponderación (v. gr. principio de proporcionalidad).

2.1.3. El carácter de interdependencia de los DD.FF.

La doctrina y el constante desarrollo del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos¹³ (v. gr. derechos fundamentales), les ha reconocido a estos últimos ciertos caracteres particulares, tales como su imprescriptibilidad, inalienabilidad, irrenunciabilidad, universalidad, inviolabilidad, efectividad e interdependencia¹⁴; características que los definen y diferencian de otras facultades jurídicas (García Becerra, 1991, pp. 20-21).

Precisamente, aquel último carácter, el de interdependencia, se refiere a la comprensión de los derechos fundamentales como un todo sistémico, relacionados entre sí (García Becerra, 1991, p. 21).

Al respecto, la Comisión Nacional [mexicana] de los Derechos Humanos (2016) ha dicho que:

Los derechos humanos son interdependientes, es decir están vinculados entre ellos y son indivisibles, que no pueden separarse o fragmentarse unos de otros. Todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales deben comprenderse como un conjunto. Lo

¹³ La CIDH (1999, f. 115) ha señalado que: “El *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)”.

¹⁴ La Conferencia Internacional de Derechos Humanos, mediante la *Proclamación de Teherán* (1968), declaró en su punto 13 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”. Por su parte, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, mediante la *Declaración y programa de acción de Viena* (1993), aprobó en su punto 5 que: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí”.

anterior, también implica que el goce y ejercicio de un derecho está vinculado a que se garantice el resto de derechos; así como la violación de un derecho pone también en riesgo los demás derechos. (p.10).

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que “todos los derechos humanos constituyen un complejo integral único e indivisible, con el que los diferentes derechos se encuentran necesariamente interrelacionados y son interdependientes entre sí” (2004, STC Exp. N° 02016-2004-AA/TC, f. j. 10).

Por citar un ejemplo, resulta impensable que derechos de contenido civil y político (v. gr. derecho a la vida) se satisfagan de forma plena sin que previamente se hayan satisfecho otros derechos de contenido económico y social (v. gr. derecho a la salud, derecho a la alimentación, etc).

Al considerar la interdependencia de los derechos humanos, asumimos que la satisfacción de uno de estos derechos tendría como correlato la satisfacción de otros derechos de igual naturaleza vinculados al primero; y, *contrario sensu*, la afectación a un derecho humano, también supondría la afectación de otros derechos que se le vinculen.

García Becerra (1991, p. 21) sostiene que el carácter de interdependencia de los derechos humanos “evita una visualización parcial y mutilante del contenido de estos derechos”. Y razón no le falta, pues -como se verá más adelante- la realidad de la práctica jurídica ha puesto en evidencia, sobre todo cuando

se trata de conflictos entre derechos fundamentales, que ampliar el panorama respecto a los derechos intervinientes en dicho conflicto conlleva a una solución más racional de la controversia¹⁵.

2.2. EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DD.FF.

2.2.1. Noción y naturaleza jurídica de los DD.FF.

Los derechos fundamentales, según Martin Borowski (2003, pp. 33-37), adquieren diversas connotaciones y conceptualizaciones, a saber, desde una acepción formal, material e -incluso- procedimental. En ese sentido, desde una acepción formal son derechos fundamentales aquellos que están incluidos en un catálogo de derechos dentro texto constitucional (Borowski, 2003, p. 34).

De otro lado, la acepción material de los derechos fundamentales se centra en que suponen un intento por positivizar los derechos humanos dentro de un Estado, de transformarlos en derecho constitucional (Borowski, 2003, pp. 35-36). Al respecto, la doctrina ha diferenciado -como bien señala Borowski- entre derechos fundamentales para hacer referencia a aquellos reconocidos en sede constitucional, de los derechos humanos para hacer referencia a aquellos reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); aunque, en el fondo, su contenido

¹⁵ Al respecto, conviene revisar el trabajo de Robert Alexy (2017, pp. 490-493), respecto a su versión de la "fórmula del peso extendida", técnica de argumentación jurídica que permite evaluar el conflicto entre principios (v. gr. derechos fundamentales) cuando de un lado y/o del otro se encuentran dos o más de estos.

dogmático sigue siendo el mismo, diferenciando su reconocimiento en distinta sede¹⁶ (Sagües, 2007, p. 613).

Por último, la acepción procedimental de los derechos fundamentales implica quién es el legitimado para reconocerlos y decidir sobre su contenido: el constituyente o el legislador parlamentario ordinario, donde se concluye que el primero es el facultado para hacerlo (Borowski, 2003, pp. 36-37).

Sin perjuicio de lo advertido, la doctrina mayoritaria conviene en contemplar a los derechos fundamentales como derechos subjetivos, es decir como posiciones jurídicas¹⁷ posibles de hacerse efectivos ante el aparato jurisdiccional (Borowski, 2003, pp. 42-43). Es así como para Robert Alexy (1993, p. 186), el sistema de posiciones jurídicas fundamentales, desde la base de la teoría analítica de los derechos, tiene una triple división: (i) derecho a algo; (ii) libertades; y, (iii) competencias; siendo que los derechos

¹⁶ Para algunos autores (Cfr. Aguilar Cavallo, 2010, pp. 15-71), la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos tiende a mermar el goce efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales.

¹⁷ "(...) en el debate sobre el concepto de derecho subjetivo sobresalen las teorías de la voluntad y del interés, que se contraponen mutuamente. La teoría del interés fue defendida en Alemania sobre todo por RUDOLF VON JHERING, al paso que la teoría de la voluntad lo fue por BERNHARD WINDSCHEID. Algo correlativo se encuentra en la teoría del derecho anglosajona, en la clásica controversia entre JEREMÍAS BENTHAM (la teoría del interés) y JOHN AUSTIN (la teoría de la voluntad), que en ningún caso ha perdido aún su actualidad. En la clásica teoría general del derecho alemana, esta controversia aún no resuelta condujo a diferentes variantes de la llamada teoría combinada. Con todo, el derecho subjetivo no 'es' conceptualmente ni un poder de la voluntad ni un interés protegido, sino una posición jurídica. Ser un poder de la voluntad y ser un interés digno de protección, son razones que deben tenerse en cuenta para que existan derechos subjetivos en el sentido de posiciones jurídicas" (Borowski, 2003, p. 43).

fundamentales deben ser vistos como un todo, es decir “un haz de posiciones iusfundamentales” (Alexy, 1993, p. 241).

Los derechos a algo significan una relación triádica entre el portador del derecho (*a*), el destinatario del derecho (*b*) y el objeto del derecho (*G*), de tal forma que se colige el enunciado “*a* tiene frente a *b* un derecho a *G*” (Alexy, 1993, pp. 186-187). Los derechos a algo se clasifican entonces en: (i) derechos a acciones negativas o derechos de defensa, es decir los derechos de los ciudadanos frente al Estado, para garantizar el no impedimento de acciones, la no afectación de propiedades y situaciones, y la no eliminación de posiciones jurídicas (Alexy, 1993, pp. 189-194); y, (ii) derechos a acciones positivas, por los cuales los ciudadanos se relacionan con el Estado a efectos de que este último tome acciones fácticas y normativas para la protección de la persona humana (Alexy, 1993, pp. 194-196).

Las libertades están definidas por una acepción de libertad vinculada a lo jurídicamente permisible (Alexy, 1993, p. 211), es decir a aquello que permite un hacer o un omitir y que adquiere protección jurídica estatal por medio del texto constitucional y demás normas de desarrollo (Alexy, 1993, pp. 225-227).

Por su parte, las competencias o poder jurídico, como la posibilidad fáctica de hacer algo amparado en el sistema jurídico, esto es las instituciones jurídicas de derecho privado como el matrimonio, la

posibilidad de formar asociaciones, contratar, etc. (Alexy, 1993, pp. 227-240).

2.2.2. La dignidad humana como fundamento de los DD.FF.

a) El concepto de dignidad humana

La noción de dignidad humana en la civilización occidental se vinculó inicialmente al pensamiento judeocristiano de creación del hombre a imagen y semejanza de Dios (Génesis 1:26). Esto cambió con el tiempo y la idea de dignidad humana se recondujo del origen divino de la humanidad a la distinción de sus capacidades respecto de las de los animales (Seifert, 2002, pp. 18 y ss.), especialmente en cuanto a su raciocinio y autonomía.

Es así como Emmanuel Kant señala que

La razón refiere, pues, toda máxima de la voluntad como universalmente legisladora a cualquier otra voluntad y también a cualquier acción para consigo misma, y esto no por virtud de ningún otro motivo práctico o en vista de algún provecho futuro, sino por la idea de la *dignidad* de un ser racional que no obedece a ninguna otra ley que aquella que él se da a sí mismo. (...) La *autonomía* es, pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional. (Kant, 2007, pp. 47 y 49)

Aquello se deriva de la segunda formulación del imperativo categórico propuesta por Kant en su *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, donde postula que la naturaleza racional del ser humano lo convierte en un fin en sí mismo, lo que exige el imperativo práctico siguiente: “*obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio*” (Kant, 2007, p. 42).

Con todo, es cierto que el concepto de dignidad humana es muy denso, sin embargo, desde la filosofía del derecho y la filosofía moral, se han hecho denodados esfuerzos por delimitarlo y esclarecer sus implicancias prácticas.

Al respecto, José Luis Pérez Triviño (2007, pp. 160-161) identifica la estrecha vinculación entre los conceptos de dignidad y respeto, como dos caras de una misma moneda, pues, en tanto comprendemos a todos los seres humanos como fines en sí mismos, les debemos respeto, es decir estamos obligados a ser conscientes de su dignidad y a comportarnos de determinada forma frente a ellos por poseer dignidad. Esto se condice con lo expuesto por el norteamericano Ronald Dworkin, para quien:

Cualquiera que declare que se toma los derechos en serio, y que elogie a nuestro Gobierno por respetarlos, debe tener alguna idea de qué es ese algo. Debe aceptar, como mínimo, una o dos ideas importantes. La primera es la idea, vaga pero poderosa, de la dignidad humana. Esta idea, asociada con Kant, pero que defienden filósofos de diferentes escuelas, supone que hay maneras de tratar a un hombre que son incongruentes con el hecho de reconocerlo cabalmente como miembro de la comunidad humana, y sostiene que un tratamiento tal es profundamente injusto. (Dworkin, 1989, p. 295)

En consecuencia, cualquier acción, ya sea del Estado o de un particular, que pretenda desconocer la naturaleza humana de un individuo deviene en un trato indigno¹⁸.

¹⁸ De más está referir que la historia de la humanidad abunda en ejemplos de cómo se ha negado su condición natural a sendos grupos humanos para justificar su instrumentalización. Sin duda, el caso más sensible es el de la esclavitud, flagelo cultural que aún azota a muchas regiones de orbe.

Pero, además, la condición de respeto por la dignidad de todos los seres humanos incluye al propio sujeto, quien se debe autorrespeto, impidiéndosele llevar a cabo acciones perjudiciales contra él mismo (*v.gr.* autodegradación, servilismo, etc.), que supongan tenerse por medio y no por un fin en sí mismo (Pérez Triviño, 2007, p. 162).

Sin embargo, cualquier acción de desconocimiento de la dignidad humana, ya sea por terceros o por uno mismo, no significa vulnerarla, porque, en tanto es una propiedad inherente a la condición humana, ninguna actuación externa puede afectarla, mermarla o, peor aún, destruirla; entonces, cualquier acción de desconocimiento de la dignidad humana, supone no respetarla, sea un tercero o uno mismo quien lo haga (Pérez Triviño, 2007, p. 161).

b) Dignidad humana y derecho

El concepto filosófico de dignidad humana es fácilmente transportable al plano jurídico. De hecho, la preocupación por esta asimilación conceptual surge luego de la segunda guerra mundial, momento histórico donde el irrespeto por la condición humana y su dignidad estuvieron ausentes.

Es así como el 24 de octubre de 1945 nació la Organización de las Naciones Unidas y, tras ella, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* del 10 de diciembre de 1948. Y aunque la declaración no fuera vinculante para los Estados integrantes de la ONU, supuso un marco moral común para la humanidad, donde los principios de dignidad humana y universalidad de los derechos

consignados en ella eran reconocidos sin distinción alguna a todos los miembros de la comunidad humana. En efecto, el artículo 1 de la Declaración señala que: “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”.

Nótese como la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* asume la concepción kantiana de dignidad, pues denota la condición humana a partir de su razón y conciencia, de tal forma que se entiende a la dignidad como un atributo consustancial a dicha condición y, por ende, reconocible a todos los seres humanos.

La positivización de la dignidad humana no es exclusiva del derecho internacional. En el mismo contexto, las constituciones de los Estados fueron adoptando el reconocimiento de la dignidad humana como valor superior. Ese es el caso de la vigente Constitución Política del Perú de 1993 que, a diferencia de su antecesora Constitución Política del Perú de 1979, incorpora a la dignidad humana en el artículo 1, al reconocer que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”¹⁹.

¹⁹ La Constitución Política del Perú de 1979 prescribía en su artículo 1 que: “La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla”.

La dignidad humana se constituye así en un mínimo inalienable dentro del ordenamiento jurídico²⁰, ya que al ser consustancial al ser humano es extensible a todos sin distinción, por ello es también sustrato material que permite la convivencia en sociedad²¹. Pero, además, la dignidad humana es el presupuesto ontológico de los derechos fundamentales²², fuente de la que irradian, sustento lógico y axiológico de estos²³.

Esto es lo que razona Gregorio Peces-Barba (1994, p. 625) cuando sostiene que la universalidad de los derechos humanos (*v.gr.* derechos fundamentales) es, desde un enfoque racional, la moralidad básica de los derechos, que tiene como punto de partida la idea de dignidad humana. En ese sentido:

²⁰ "(...) en ningún caso puede ser permitido desconocer la personalidad del individuo y, por ende, su dignidad... La dignidad, así, constituye un *mínimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover" (Tribunal Constitucional, 2002, STC Exp. N° 00010-2002-AI/TC, f. j. 218).

²¹ "(...) la defensa de la persona humana y su dignidad, conforme lo establece el artículo 1 de la Constitución, no representa solo el fin supremo del orden estatal, sino también el sustrato material de convivencia de la sociedad. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional que ha calificado en reiteradas ocasiones a la Constitución no solo como la norma fundamental del Estado, sino también como la Ley Fundamental de la Sociedad" (Tribunal Constitucional, 2009, STC Exp. N° 00228-2009-PA/TC, f. j. 22).

²² "[L]a dignidad de la persona humana es el valor superior dentro del ordenamiento y, como tal, presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales (...)" (Tribunal Constitucional, 2003, STC Exp. N° 02209-2002-AA/TC, f. j. 14).

²³ Así también ha sostenido que: "La dignidad humana es una cualidad inherente a la persona en cuanto ser humano, forma parte de ella y es inseparable de ella. Su reconocimiento expreso en el texto constitucional supone que la fundamentación del ordenamiento jurídico no depende de un valor suprapositivo o de un poder político determinado; todo lo contrario, tal configuración jurídica significa que la dignidad humana es el *prius* lógico y axiológico de todo el sistema constitucional. Desde esta perspectiva, la dignidad de la persona se erige como el fundamento ontológico de los derechos fundamentales, desplegando su proyección hacia ellos, y a la vez, como el valor supremo del ordenamiento jurídico en su conjunto" (Tribunal Constitucional, 2012, STC Exp. N° 00020-2012-PI/TC, f. j. 75).

Son los valores morales que hacen posible una vida social conforme con esa dignidad humana, a través de una organización social democrática y que desarrolla esa moralidad pública en forma de principios de organización social y de derechos humanos, lo que es universal. (Peces-Barba Martínez, 1994, p. 625)

Aceptar que la dignidad humana es el presupuesto ontológico de los derechos fundamentales, conlleva a afirmar que estos son inherentes a la naturaleza humana, por lo que su existencia no está condicionada por su positivización en el ordenamiento jurídico. Asumir lo contrario significaría someter la existencia de los derechos fundamentales al libre albedrío del poder político de turno (Bidart Campos, 2002, p. 111) y la experiencia humana ha dado abundantes muestras de los males que ello acarrea.

La Constitución Política del Perú ha asumido tal posición en su artículo 3, donde prescribe que

La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

La dignidad humana es pues el fundamento de los derechos fundamentales²⁴, por lo que el reconocimiento de estos últimos no está supeditado a su mera positivización sino a validar inductivamente su relación con aquella. Se infiere entonces, que

²⁴ En la doctrina hay quienes cuestionan la validez de la premisa de la dignidad humana como fundamentación de los derechos fundamentales (*cfr.* Sosa Sacio, 2015); sin embargo, el texto constitucional peruano sí la asume como válida, por lo que es inoficioso abordar estos cuestionamientos, aunque se recomiende su lectura por el mérito académico que poseen.

los derechos fundamentales nacen de la dignidad humana y vuelven a ella en tanto la concretizan; de ahí que no se pueda limitar su eficacia al reconocimiento en el ordenamiento jurídico positivo, ni mucho menos proscribirse.

2.2.3. DD.FF. enumerados y DD.FF. no enumerados

Se ha dicho líneas arriba que restringir el reconocimiento y la fuerza vinculante de los derechos fundamentales solo a lo dispuesto en el texto constitucional, apareja el riesgo de identificar al sistema de derechos con la voluntad política del Estado (Bidart Campos, 2002, p. 111). Es así como se distingue de un lado a los derechos fundamentales enumerados o expresos, es decir aquellos reconocidos positivamente en el texto constitucional; mientras que, de otro lado, se identifica a los derechos fundamentales no enumerados o implícitos, es decir aquellos que, sin estar reconocidos por la constitución, obtienen vigencia a partir de su reconocimiento vía interpretación en sede jurisprudencial.

En el Perú ha existido un amplio desarrollo del catálogo de derechos fundamentales a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional²⁵, donde incluso se ha dado el caso en que un derecho reconocido en sede jurisdiccional, como el derecho

²⁵ Solo como ejemplos de la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional peruano, a efectos del reconocimiento de derechos no enumerados, tenemos al derecho a la verdad (STC Exp. 09477-2006-PHD/TC; STC Exp. 00002-2010-CC/TC; STC Exp. 00024-2010-PI/TC), el derecho a la proscripción de la prueba prohibida (STC Exp. N° 00655-2010-PHC/TC; STC Exp. 000001-2012-PI/TC), el derecho a la vivienda digna y adecuada (STC Exp. N° 00007-2012-PI/TC), el derecho a la ejecución de sentencias (Exp. N° 02598-2010-PA/TC), el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (STC Exp. N° 01126-2012-PA/TC).

fundamental al agua potable (2007, STC Exp. N° 06546-2006-AA/TC), se ha incorporado posteriormente de forma expresa en el texto constitucional²⁶.

Esta es una clara muestra de que la jurisdicción constitucional ha cobrado vital importancia, no solo en tanto ha procurado la concreción de los derechos en el plano fáctico, sino también, porque a partir de ella se han reconocido e incorporado sendos derechos al ordenamiento jurídico, aun cuando estos no hayan sido reconocidos por la norma positiva²⁷.

El reconocimiento de estos derechos no enumerados radica, precisamente con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3 de la CPP, en el fundamento de la dignidad humana como presupuesto ontológico de los derechos fundamentales (Castillo Córdova, 2009, pp. 143-144), pero también se incluyen como fuentes al principio de soberanía del pueblo, el principio del Estado democrático de derecho y el principio de la forma republicana de gobierno. Sin

²⁶ Tras diez años desde que se expidió la STC Exp. N° 6546-2006-AA/TC, el Congreso de la República promulgó la Ley N° 30588 (Ley de reforma constitucional que reconoce el derecho de acceso al agua como derecho constitucional), publicada el 22 de junio de 2017 en el Diario Oficial *El Peruano*, en virtud de la cual se incorpora el artículo 7-A de la Constitución Política del Perú, que a tenor literal dice: “El Estado reconoce el derecho de toda persona a acceder de forma progresiva y universal al agua potable. El Estado garantiza este derecho priorizando el consumo humano sobre otros usos.

El Estado promueve el manejo sostenible del agua, el cual se reconoce como un recurso natural esencial y como tal, constituye un bien público y patrimonio de la Nación. Su dominio es inalienable e imprescriptible”.

²⁷ Con justa razón, Zagrebelsky (2011, p. 150) dice que: “La unidad del derecho, según las exigencias del Estado constitucional, nos ha llevado a reconocer la excepcional importancia de la función jurisdiccional. Podríamos así terminar considerando a los jueces como los actuales ‘señores del derecho’, pues en ellos, en efecto, se dan cita todas las dimensiones del derecho: la ley, los derechos y la justicia”.

perjuicio de ello, la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú acude a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los demás tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú como parámetro de interpretación en materia de derechos fundamentales²⁸.

En efecto, como bien anota José Antonio García Becerra (1991, pp. 39-42), las fuentes normativas de los derechos fundamentales se pueden clasificar, de acuerdo a su procedencia, en fuentes internas y fuentes externas. Las primeras están referidas a las declaraciones de derechos hechas en la constitución, la legislación interna (al reglamentar los derechos constitucionalmente reconocidos para su mayor eficacia; así como para el caso de normas jurídicas que reconozcan derechos fundamentales o amplíen el contenido de derechos ya reconocidos), la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho. Por otro lado, las segundas fuentes están referidas a los tratados internacionales suscritos por el Estado.

La dicotomía derechos enumerados-derechos no enumerados obedece a una larga tradición americana en materia de reconocimiento de derechos (Gros Espiell, 2000, pp. 145-172), no es exclusividad del sistema constitucional peruano. La Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe en su artículo 29

²⁸ La IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú dice: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

literal c) que: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”.

La Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica señala en su IX enmienda que: “La enumeración de ciertos derechos en la Constitución no se interpretará para negar o desestimar otros retenidos por el pueblo”²⁹.

Por su parte, la Constitución de la Nación Argentina establece en su artículo 33 que: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

También la Constitución de la República Oriental del Uruguay prescribe en su artículo 72: “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

Como último ejemplo, la Constitución Política de Colombia determina en su artículo 94 que: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios

²⁹ El texto original señala lo siguiente: “*The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*” (Traducción propia).

internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

Los ejemplos citados convergen en no limitar el reconocimiento de derechos fundamentales a lo señalado únicamente en la constitución, sino que posibilitan el reconocimiento de otros derechos que deriven del principio de la dignidad humana³⁰, del principio de soberanía popular, del principio democrático, del principio de forma republicana de gobierno e, inclusive, de la interpretación acorde al derecho internacional de los derechos humanos.

Queda claro que el reconocimiento de derechos fundamentales no se limita a la voluntad política (legislativa), pues responden a principios ordenadores del propio Estado, por lo que la existencia de los derechos, en tanto categoría de validez, no se restringe a su reconocimiento, pero su eficacia sí lo está (Bidart Campos, 2002, pp. 104-106), razón por la cual es importante que el propio ordenamiento genere mecanismos adecuados que hagan posible su reconocimiento, ya sea a través de la reforma constitucional o la jurisdicción constitucional.

³⁰ Se considera que los textos que hacen referencia a aquellos derechos “inherentes al ser humano” o “inherentes a la personalidad humana” o “inherentes a la persona humana”, están aludiendo a la dignidad humana como fuente de los derechos que se le atribuyen al individuo.

2.2.4. Derechos núcleo y derechos derivados

El reconocimiento de los derechos fundamentales no se limita a lo que señale expresamente el texto constitucional, resulta perfectamente válido atender a ciertos principios para validar el reconocimiento de derechos fundamentales no enumerados, y con ello, dotarlos de eficacia frente al ordenamiento jurídico.

Pero en el reconocimiento de nuevos derechos se plantean dos posibilidades: i) un primer escenario donde, en puridad, se incorpore un nuevo derecho fundamental al ordenamiento jurídico, independiente y que no haya nacido como expresión o contenido de ningún otro; y ii) un segundo escenario donde, existiendo un derecho ya reconocido (derechos enumerados), puedan redefinirse su contenido conforme a nuevas necesidades históricas³¹ (Bidart Campos, 2002, pp. 104-105; Pérez Luño, 1987, p. 56), que bajo los postulados normativos ya analizados deberán corresponderse con el principio de dignidad humana³².

Haciendo uso de los planteamientos formulados por Joseph Raz, el español Francisco Laporta (1987, p. 31) propone que en un

³¹ El Tribunal Constitucional peruano define a los derechos fundamentales como "...bienes susceptibles de protección que permiten a la persona la posibilidad de desarrollar sus potencialidades en la sociedad. Esta noción tiene como contenido vinculante presupuestos éticos y componentes jurídicos que se desenvuelven en clave histórica" (2005, STC Exp. N° 00050-2004-AI/TC, f. j. 72).

³² Otra perspectiva estudia a las necesidades históricas en el devenir de los derechos fundamentales, como necesidades básicas fundamentales, entendidas como "(...) capacidades o condiciones de vida, cuya falta de satisfacción o realización hacen imposible una vida humana sin daños graves, padecimientos u opresiones", siendo que "...la satisfacción de las necesidades humanas básicas permite la supervivencia física en condiciones saludables, que cada quien elija y cumpla los planes de vida que considere valiosos, así como el autogobierno y la participación (activa) en la comunidad política" (Sosa Sacio, 2015, p. 94).

sistema normativo existen derechos núcleo y derechos derivados. Los derechos núcleo son entendidos como aquellos derechos desarrollados por el ordenamiento normativo (entiéndase de forma expresa, ya sea constitucional o legalmente), mientras que los derechos derivados se consideran implicados en los derechos núcleo y se obtienen de estos últimos por medio del razonamiento deductivo.

En el sentido expuesto, todo ordenamiento jurídico cuenta con derechos fundamentales núcleo, expresamente reconocidos en la constitución; y, a su vez, de estos derechos núcleo se pueden deducir una serie de derechos derivados que redefinan el contenido de los primeros. Un ejemplo clásico es el del derecho al debido proceso (artículo 139 inc. 3 de la Constitución Política del Perú), el cual es un derecho núcleo del que se derivan derechos como: el derecho al plazo razonable, el derecho al *ne bis in idem*, el derecho a probar, el derecho a la defensa, etc.

2.3. EL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DE LOS DD.FF.

2.3.1. La teoría de los límites de los derechos

a) Teoría de los límites externos

La teoría de los límites externos propone la existencia de conflictos entre derechos fundamentales, para cuya resolución es necesario identificar sus límites desde la práctica, es decir desde la interacción de los derechos. Para tal fin, esta teoría identifica dos

momentos diferentes, el primero de ellos con la aparición de los derechos *prima facie* como aquellos derechos que suponen un conflicto, pero aún no han sido limitados, por lo tanto, son derechos en su estado puro; mientras que el segundo momento está referido al procedimiento de delimitación de los derechos (Bernal Pulido, 2003, pp. 226 y ss.; Borowski, 2003, pp. 66-68).

Entonces, “existe, primero, el *derecho en sí*, que no está restringido, y, segundo, lo que queda del derecho cuando se le añaden las restricciones, es decir, el *derecho restringido*” (Alexy, 1993, p. 268).

Para la teoría de los límites externos la restricción de los derechos se da en la práctica, cuando interactúan con otros derechos. De ahí que no exista relación directa entre el concepto de derecho y el de restricción (Alexy, 1993, p. 268). Y es que -en efecto- para esta teoría, los derechos existen en el ordenamiento jurídico sin restricción alguna (derechos *prima facie*), pero son restringidos en tanto se ejercen y entran en conflicto con otros derechos³³.

b) Teoría de los límites internos

La teoría de los límites internos plantea que los derechos poseen fronteras inmanentes por su propia naturaleza (Borowski, 2003, p. 68). Es decir, las delimitaciones del derecho ya no se generan en la práctica, sino que surgen internamente, en abstracto y, por lo

³³ No existe una relación directa entre derecho y restricción, sino que está condicionada a la práctica porque asiste de forma funcional a la propia teoría, que no es otra que una teoría de la legitimidad de las restricciones de los derechos fundamentales (Maldonado Muñoz, 2016, p. 107).

tanto, es incorrecto hablar de restricciones, pues todo aquello que está afuera de los límites naturales también está afuera del derecho y no forma parte de él (Serna & Toller, 2000, pp. 70 y ss.).

A diferencia de la teoría de los límites externos, ya no preocupa saber si el derecho debe o no ser limitado, sino más bien importa saber cuál es su contenido, por eso aquí ya no se habla solamente de restricciones, sino de restricciones immanentes (Alexy, 1993, p. 269).

2.3.2. La teoría del contenido esencial de los DD.FF.

La teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales propone dividir el contenido de los derechos en aquello que resulta disponible e indisponible, identificando al contenido esencial con esto último (Maldonado Muñoz, 2016, p. 108).

En líneas generales, esta teoría adopta la idea de que existen una suerte de círculos concéntricos que determinan el contenido de un derecho fundamental, donde el círculo interno representa el contenido esencial (indisponible), mientras el círculo externo es el contenido periférico del derecho (disponible).

El origen de esta tesis se remite a la Ley Fundamental de Bonn (1949), en cuyo artículo 19 se precisaba que “[e]n ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”. Posteriormente, la Constitución española de 1978 refería en su artículo 53.1 que “[l]os derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del presente Título [derechos fundamentales], vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá

respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”.

En el Perú fue recogida por el vigente Código Procesal Constitucional, en cuyo artículo 5 inc. 1 se prescribe que: “No proceden los procesos constitucionales cuando: 1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”³⁴.

Pero, además, el cuerpo adjetivo establece en el artículo V de su Título Preliminar una regla de interpretación del contenido de los derechos en función a lo dispuesto en la Declaración Universal de Derechos Humanos, tratados internacionales sobre la materia, así como por las decisiones de los órganos jurisdiccionales supranacionales que decidan sobre la materia y a los que el Estado peruano se encuentre sometido³⁵.

a) Teoría absoluta del contenido esencial

La teoría absoluta formula la existencia de un contenido nuclear y otro periférico de todo derecho fundamental, donde el primero sería el contenido esencial. Este contenido es el que distingue al derecho de cualquier otro, siendo consustancial e indisponible y, por ende,

³⁴ En referencia al proceso de amparo, el artículo 38 del Código Procesal Constitucional establece que: “No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”.

³⁵ Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional: “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”. *Cfr.* IV Disposición Final y Transitoria de la CP.

no admite limitación alguna, por lo que no es posible de regulaciones legislativas o decisiones judiciales (Cianciardo, 2007, p. 261-263).

De otro lado se encuentra la parte periférica o no esencial del derecho, la cual es posible de ciertas limitaciones, siempre y cuando con ello se busque salvaguardar otro derecho fundamental o principio constitucional (Castillo Córdoba, 2014, p. 148).

En síntesis, el contenido esencial del derecho es en estricto imponderable (Michael, 2009, p. 108), mientras su contenido periférico sí lo es según las circunstancias.

b) Teoría relativa del contenido esencial

La teoría relativa apunta a que el contenido esencial del derecho es móvil y, por lo tanto, varía en cada caso concreto donde el derecho interactúa con otro en situación de conflicto. De esa forma, el contenido esencial de un derecho es aquel contenido que ha sido expuesto a un test de proporcionalidad³⁶, por lo que cualquier restricción proporcionada no supone la afectación del contenido esencial, sino de su parte disponible (Michael, 2009, p. 177).

Esta teoría busca generar un ámbito de ejercicio razonable del derecho, el cual al ser ponderado tendrá como resultado la

³⁶ Aunque algunos doctrinarios sostengan la existencia de una “teoría de la inalterabilidad del contenido de los derechos” (Maldonado Muñoz, 2016, pp. 108-109), la misma que identifica el contenido del derecho fundamental con su ejercicio razonable, queda claro que el parámetro de razonabilidad viene dado por la proporcionalidad como ejercicio argumentativo y, como tal, hablamos de una teoría semejante o parte de la teoría relativa, razón por la cual no ha sido tocada individualmente en este apartado.

identificación de su contenido esencial, que no admite excepción en su satisfacción (Serna & Toller, 2000, p. 47).

2.3.3. Crítica a la teoría del contenido esencial

Sea cual fuere la arista desde la cual se pretenda abordar la teoría (clásica) del contenido esencial, queda claro que para dicha teoría el derecho fundamental tiene dos partes: una esencial y otra no esencial. La crítica a esta formulación aborda dos principales falencias en las que incurre a partir de la mencionada división.

Primero, la falta de un parámetro realmente objetivo para delimitar qué parte del derecho es esencial y cual no, pues, de alguna forma, en mayor o menor medida, esta fragmentación acabará en arbitrariedades (Castillo Córdova, 2014, p. 148). El segundo cuestionamiento estriba en que, al afectarse la parte no esencial del derecho fundamental, se está afectando contenido de rango constitucional, con lo que se contraviene a la propia fuerza normativa de la constitución³⁷ (Castillo Córdova, 2014, p. 148).

En ese sentido, sacrificar, restringir o limitar un derecho fundamental, por más que sea en su contenido no esencial, es una inconsecuencia con la propia naturaleza de estos. Se entiende que por definición los derechos fundamentales son expresión de la

³⁷ En palabras del Tribunal Constitucional, la fuerza normativa de la constitución se refiere a que “[l]a interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto” (2005, STC Exp. N° 05854-2005-PA/TC, f. j. 12e).

dignidad humana³⁸, la misma que en su concepción kantiana (adoptada por la gran mayoría de sistemas constitucionales y de derechos humanos) supone concebir al ser humano como fin último de toda realización y no como un medio (Kant, 2007, pp. 47-49).

Así pues, restringir un derecho fundamental en su contenido (no esencial) para satisfacer el derecho fundamental de otra persona es instrumentalizar a la primera de ellas, convirtiéndola en un medio de realización para la satisfacción de la segunda persona, afectando su dignidad como ser humano (Castillo Córdova, 2014, p. 149; Serna & Toller, 2000, p. 94).

2.3.4. El contenido esencial como contenido constitucional

La crítica sobre la teoría (clásica) del contenido esencial, replantea la concepción del contenido de los derechos fundamentales desde la llamada teoría armonizadora (Castillo Córdova, 2014, p. 149), que en buena cuenta no es otra cosa que un punto de convergencia entre la teoría de los límites internos y la teoría relativa del contenido esencial.

Para la teoría armonizadora, el contenido de un derecho fundamental viene dado por su contenido constitucional (o constitucionalmente protegido), el cual es calificado de esencial

(...) no para diferenciarlo de un supuesto contenido constitucional no esencial, sino para significar que todo él brota de la esencia del derecho que se trate, es decir, de aquello por lo cual el derecho es el que es y no es uno diferente. (Castillo Córdova, 2014, p. 149).

³⁸ Cfr. Tribunal Constitucional. (2003). *STC Exp. N° 02209-2002-AA/TC*, f. j. 14.

En consecuencia, los derechos fundamentales están delimitados por un contenido único y limitado *per se*, orientado a cumplir con ciertos fines que en última instancia no son otros que satisfacer la dignidad humana. De esa forma, es imposible hablar en *strictu sensu* de conflicto entre derechos fundamentales, donde se deba limitar o restringir su contenido; sino más bien de un conflicto aparente, donde lo relevante es identificar el contenido constitucional de los derechos (contenido esencial) a efectos de determinar cuál de ellos es ejercido fuera de los márgenes de dicho contenido (Castillo Córdova, 2014, pp. 149-150).

Queda claro, entonces, que la delimitación -a la que se refiere la teoría armonizadora- no se puede realizar bajo un análisis en abstracto, sino de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto, bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad que identifiquen cuando estamos o no ante un ejercicio legítimo del derecho fundamental (Castillo Córdova, 2014, p. 150), entendido como el ejercicio dentro del margen de su contenido.

2.3.5. Determinación del contenido constitucional

Luis Castillo Córdova (2014, pp. 151-152) desarrolla cinco criterios hermenéuticos para definir el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales: i) interpretación literal; ii) interpretación sistemática constitucional; iii) interpretación sistemática desde la normativa internacional; iv) interpretación teleológica; e, v) interpretación práctica. Bajo un estudio

comparativo, estos criterios pueden ser divididos en dos bloques; de un lado aquellos que abordan el contenido constitucional de los derechos fundamentales en abstracto y, de otro lado, aquellos que abordan el contenido constitucional de los derechos fundamentales desde su ejercicio práctico.

a) Determinación en abstracto del contenido constitucional

El primer criterio referido a la interpretación literal del texto constitucional, como es evidente, nunca resulta suficiente para definir el contenido de un derecho, pues los textos constitucionales se encuentran redactados en forma de enunciados normativos de reconocimiento de derechos, mas no de su desarrollo.

El segundo criterio a emplear -según Luis Castillo Córdova- es el de interpretación sistemática de la constitución, donde se deberá recurrir al principio de unidad de la constitución.

Por su parte, el tercer criterio viene dado como consecuencia del segundo, pues está referido a la consideración de las normas internacionales sobre derechos humanos vinculantes para el Perú; criterio que deriva de la exigencia contenida en la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, además del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

El cuarto criterio está referido a la interpretación teleológica del derecho fundamental, el cual ha de remitirse al bien humano que se pretende tutelar con el reconocimiento del derecho. Sobre esto, queda claro que el *telos* de los derechos fundamentales es la concreción de la dignidad humana y, por lo tanto, todos estos

derechos acaban por reconducirse a ella; esta razón es suficiente para concluir que una interpretación teleológica deviene en inoficiosa cuando se trata de definir el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales.

b) Determinación práctica del contenido constitucional

Por último, el quinto criterio está definido por el principio de concordancia práctica, en virtud del cual se ha de tomar en consideración las circunstancias concretas de cada caso. Sobre el particular, este criterio hermenéutico es el que más se condice con la citada teoría armonizadora del contenido esencial, pues, a diferencia del primer, segundo y tercer criterio expuesto³⁹, requiere de un análisis fáctico y no abstracto de los derechos. Y es que, si bien es cierto resulta pertinente definir primero el contenido del derecho desde un análisis estrictamente normativo y, por ende, abstracto, tampoco puede obviarse que las normas -a si sean constitucionales- están dirigidas a regular ciertas circunstancias prácticas de la realidad, por lo que también es indispensable analizar cómo se comportan en la práctica y definir su contenido a partir de ello⁴⁰.

³⁹ Respecto al cuarto criterio hermenéutico aportado por Luis Castillo Córdova, referido a la interpretación teleológica de la norma *iusfundamental*, ya se expresó de forma tajante que resulta inoficioso.

⁴⁰ “El contenido de una norma constitucional no puede por lo regular realizarse sobre la sola base de las pretensiones contenidas en la norma (sobre todo expresadas en forma de un texto lingüístico), y ello tanto menos cuanto más general, incompleto e indeterminado se halle redactado el texto de la norma. Por eso, a fin de poder dirigir la conducta humana en cada una de las situaciones, la norma en mayor o menor medida fragmentaria necesita ‘concretización’. La cual sólo será posible cuando se tomen en consideración en dicho proceso, junto al contexto

Este razonamiento no es ajeno a la interpretación dada por el Tribunal Constitucional, para quien

(...) la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse *a priori*, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona.

En tal sentido, el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites que sobre la base de éste resultan admisibles, forman una unidad (Häberle, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1997, p. 117); por lo que, en la ponderación que resulte necesaria a efectos de determinar la validez de tales límites, cumplen una función vital los principios de interpretación constitucional de 'unidad de la Constitución' y de 'concordancia práctica', cuyo principal cometido es optimizar la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en su conjunto. (2005, STC Exp. N° 01417-2005-AA/TC, f. j. 21)

El efecto inmediato de esta última consideración estriba en determinar cuál es la técnica correcta que permita colegir las implicancias prácticas que coadyuvan a la definición del contenido de los derechos en aparente pugna.

La dogmática elaborada a partir de la argumentación jurídica propone a la ponderación o principio de proporcionalidad como técnica argumentativa capaz de resolver -aparentes- conflictos entre derechos fundamentales (Alexy, 2017, pp. 459 y ss.). El

normativo, las singularidades de las relaciones vitales concretas sobre las que la norma pretende incidir" (Hesse, 1992, p. 27).

Tribunal Constitucional ha utilizado el principio de proporcionalidad en sendas causas, formando parte de abundante jurisprudencia en la que se lo designa como criterio preferente para la interpretación de derechos fundamentales⁴¹, donde opera a partir de sus tres subprincipios de idoneidad⁴², razonabilidad⁴³ y ponderación⁴⁴, siendo que el ejercicio de un derecho fundamental o la aplicación de una medida “restrictiva” de derechos es proporcional en cuanto logre superar los tres subprincipios.

2.4. EL DERECHO AL OLVIDO DIGITAL

2.4.1. Aspectos definitorios del derecho al olvido digital

El derecho al olvido digital surge como una respuesta a las dos características más importante del ciberespacio: su memoria

⁴¹ Cfr. Tribunal Constitucional. (2003). *STC Exp. N° 00016-2002-AI/TC*; (2003). *STC Exp. N° 00008-2003-AI/TC*; (2005). *STC Exp. N° 00048-2004-AI/TC*.

⁴² Para el Tribunal Constitucional, la idoneidad es definida como la relación de causalidad de medio a fin (2005, *STC Exp. N° 00045-2004-PI/TC*, f. j. 38). A través del subprincipio de idoneidad se procura obtener una conclusión razonable de que la implementación de la medida aplicada va a servir para la concreción de la finalidad buscada (Sar Suárez, 2010, pp. 320-321), es decir se procura saber si la medida por la cual se pretende ejercer el derecho fundamental aportará a su propia concreción.

⁴³ El subprincipio de necesidad es la comparación entre medios que alcanzan el mismo fin (Tribunal Constitucional, 2005, *STC Exp. N° 00045-2004-PI/TC*, f. j. 39), exigiéndose siempre el empleo del medio que resulte menos invasivo del otro derecho en pugna (Sar Suárez, 2010, p. 332). En ese sentido, el ejercicio de un derecho fundamental está sujeto a la comparación de medidas que procuren de forma idéntica la satisfacción del derecho, superando el criterio de necesidad cuando no existan otras medidas igualmente satisfactorias o cuando estas otras medidas sean más nocivas para el otro derecho invocado que la que se pretende ejercer.

⁴⁴ Por último, el subprincipio de ponderación o proporcionalidad en estricto consiste en la comparación entre el grado de satisfacción u optimización del derecho invocado y el grado de “afectación” del ejercicio del otro derecho en juego (Tribunal Constitucional, 2005, *STC Exp. N° 00045-2004-PI/TC*, f. j. 40), es decir se analiza si el beneficio que se obtiene con la satisfacción del ejercicio de un derecho compensa el “sacrificio” que supone dejar de aplicar la medida por la que se pretende ejercer el otro derecho en pugna (Sar Suárez, 2010, pp. 322 y ss.).

absoluta y la universalización de la información que en él se contiene (Taberero Martín, 2014, p. 12).

En efecto, internet no puede olvidar, pero tampoco deja que otros olviden, posibilita almacenar información a perpetuidad⁴⁵ y la hace de alcance público para todo aquel que cuente con un terminal de acceso (Hernández Ramos, 2013, p. 7; Taberero Martín, 2014, p. 12). En pocas palabras el internet se erige como “el gran panóptico digital en el que, revestidos de un cierto anonimato más o menos evidente, todos lo vemos todo en un presente omnicomprendivo” (Cobacho López, 2019, p. 201).

Precisamente, cuando la información contenida en internet se refiere a datos personales, aumenta la posibilidad de que genere alguna eventual transgresión a derechos fundamentales.

El riesgo más común estriba en el desajuste informativo sobre el dato contenido en internet y la realidad de la persona sobre la que versa el dato, de tal forma que pudiese ocasionarle algún perjuicio porque la información no se corresponde con su actual percepción social⁴⁶ (Mieres Mieres, 2014, p. 6; Taberero Martín, 2014, p. 12).

De ahí que se defina al derecho al olvido como “el fundamento

⁴⁵ Como bien señala Ángel Cobacho López (2019): “(...) Internet ha cambiado las reglas del juego en lo que hace referencia a la memoria y al olvido. En el ser humano, el olvido siempre ha sido un mecanismo de defensa frente a la acumulación innecesaria e inservible de datos. Las personas olvidamos muchos más datos de los que recordamos, aunque es obvio que no somos conscientes del proceso. Sin embargo, con la irrupción de Internet, la frágil memoria humana va camino de ser sustituida por la poderosa memoria digital” (pp. 200-201).

⁴⁶ “El recuerdo constante de aquello que hicimos, y querríamos olvidar, constituye una rémora para desarrollar en libertad y autonomía nuestro proyecto vital, bien porque nos obliga a dar razón de los sucesos pasados, bien porque, conocidos por otros fuera de su contexto, pueden dar lugar a una imagen falsa que nos perjudique” (Mieres Mieres, 2014, p. 10).

jurídico que permite que ciertas informaciones del pasado no sean actualmente difundidas cuando son capaces de provocar más daños que beneficios” (Leturia, 2016, p. 96).

Cuando se hace referencia al derecho al olvido digital, es imposible dejar de advertir la variedad de posiciones sobre su correspondencia a derechos fundamentales ya reconocidos. Ese es el caso de la dicotomía conformada de una parte por el bloque de los derechos a la intimidad y al honor, y de otra por el derecho a la autodeterminación informativa o a la protección de datos personales (Cobacho López, 2019, p. 204; Mieres Mieres, 2014, p. 12).

Quienes sostienen que al hablar de derecho al olvido en realidad se habla del derecho a la cancelación u oposición como contenido del derecho a la protección de datos personales o autodeterminación informativa (Eslava Morales, 2016, p. 124; Manzanero Jiménez & Pérez García-Ferrería, 2015, pp. 254 y ss.), lo hacen -en principio- porque entienden que el olvido busca la eliminación (cancelación) de datos personales de determinado motor de búsqueda de internet o, que en su defecto, se impida al motor de búsqueda tratar la información personal contenida en una fuente distinta (oposición). Pero, además, porque el ámbito de protección es mucho más amplio que el del primer bloque de derechos, pues el derecho a la autodeterminación informativa tiene por objeto el tratamiento de todo dato que identifique o permita identificar a una persona al margen de si este afecta o no la

intimidad o el honor de la persona titular del dato (Mieres Mieres, 2014, p. 13).

Para Karin Castro Cruzatt (2009), el derecho al olvido es una manifestación del principio de caducidad o temporalidad, en virtud del cual:

(...) el registro de la información personal adversa o socialmente reprobable debe encontrarse sujeto a un límite temporal, siendo inadmisibles su conservación indefinida. Consecuentemente, transcurrido un *plazo razonable*, el titular de dichos datos tiene el derecho a exigir la cancelación de la información del respectivo archivo. (Castro Cruzatt, 2009, p. 226)

Ejemplo de esto último es el desarrollo del registro de datos negativos, realizado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (1997), para la cual:

La permanencia de los datos en el sistema de referencia de los sectores financiero y comercial debe ser razonable, y la existencia de un término de caducidad del dato -tal que permita la rehabilitación de quien incurrió en mora-, forma parte de esa razonabilidad (...). (f. j. 2.2)

En el ámbito de la LPDP se ha identificado al principio de caducidad dentro del principio de calidad, de tal forma que el artículo 8 de la citada ley refiere que los datos se deberán conservar “de forma tal que se garantice su seguridad y solo por el tiempo necesario para cumplir con la finalidad del tratamiento”.

Al respecto, Luis Javier Mieres Mieres (2014) sostiene que la capacidad de cambiar, “de emprender una vida futura discontinua con el pasado es el atributo que nos define como personas libres” (p. 10); y, a partir de ello, controlar la propia información personal

como precaverse frente al comportamiento irracional de los demás, lo cual puede generar reacciones adversas hacia el titular de la información, comprometiendo su vida en sociedad (Mieres Mieres, 2014, p. 10).

El argentino Oscar Puccinelli (2012) sostiene que el derecho de cancelación se puede ejercer -entre otros casos- cuando se produce la caducidad del dato negativo, “que en un término más generalizado y absolutamente gráfico se conoce como el ‘derecho al olvido’, que en definitiva responde a los principios de ‘limitación en el tiempo’ y de ‘finalidad’ del tratamiento de los datos personales” (p. 4).

El principio de limitación en el tiempo encuentra asidero -nuevamente- en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (1992), quien ha dicho lo siguiente:

(...) Los datos tienen por su naturaleza misma una vigencia limitada en el tiempo la cual impone a los responsables o administradores de bancos de datos la obligación ineludible de una permanente actualización a fin de no poner en circulación perfiles de "personas virtuales" que afecten negativamente a sus titulares, vale decir, a las personas reales.

De otra parte, es bien sabido que las sanciones o informaciones negativas acerca de una persona no tienen vocación de perennidad y, en consecuencia, después de algún tiempo tales personas son titulares de un verdadero derecho al olvido (...). (f. j. 5)

Precisamente la defensa de esa libertad de conducencia de la propia información a través de la caducidad del dato negativo, se corresponde con el mismo *telos* que inspira la prescripción de la responsabilidad penal o administrativa, las cuales limitan la

capacidad del poder público para sancionar conductas que han quedado atrás en el tiempo e incluso con los registros de antecedentes a efectos de los fines resocializadores cuya incidencia es importante cuando se trata de reincidencia o habitualidad del sentenciado, así como con los registros de sanciones disciplinarias para el caso del derecho administrativo; pues la constante persecución en el tiempo es una amenaza para la libertad (Mieres Mieres, 2014, pp. 10-11).

Para el caso de internet, el principio de caducidad significaría un freno patente contra la memoria digital que en muchos casos acaba siendo “un monstruo al que diariamente alimentamos de datos personales, propios o de terceros, y cuyos estragos, a juzgar por la inconsciencia de la que muchos usuarios hacen gala, un amplio sector de la población prefiere no prever” (Cobacho López, 2019, p. 203).

Por otra parte, el principio de finalidad ha sido definido por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1990) en la Resolución 45/95 de la siguiente forma:

La finalidad de un fichero y su utilización en función de esta finalidad deberían especificarse y justificarse y, en el momento de su creación, ser objeto de una medida de publicidad o ponerse en conocimiento de la persona interesada a fin de que ulteriormente sea posible asegurarse de que: a) Todos los datos personales reunidos y registrados siguen siendo pertinentes a la finalidad perseguida; b) Ninguno de esos datos personales es utilizado o revelado sin el consentimiento de la persona interesada, con un propósito incompatible con el que se haya especificado; c) El período de conservación de los datos personales no excede del necesario para alcanzar la finalidad con que se han registrado.

Por su parte, el artículo 6 de la LPDP comprende al principio de finalidad en los siguientes términos:

Los datos personales deben ser recopilados para una finalidad determinada, explícita y lícita. El tratamiento de los datos personales no debe extenderse a otra finalidad que no haya sido la establecida de manera inequívoca como tal al momento de su recopilación, excluyendo los casos de actividades de valor histórico, estadístico o científico cuando se utilice un procedimiento de disociación o anonimización.

Para Guillermo Peyrano (2004), las circunstancias que justifican la aplicación del derecho al olvido se extienden a los siguientes motivos:

a) tratarse de informaciones obsoletas que carecen de interés actual; b) resultar informaciones que han sido olvidadas por la memoria colectiva, y cuya recordación no se encuentra fundada en intereses públicos o colectivos; c) ser informaciones que revelan datos sensibles del titular, y que han perdido su carácter “público” por el transcurso del tiempo; d) resultar informaciones aptas por su contenido, para hacer conocer datos de su titular con virtualidad para establecer “perfiles” que induzcan actitudes o tratos discriminatorios a su respecto, y que el paso del tiempo ha impedido sean recordadas, etc. (p. 20)

En buena cuenta, el derecho al olvido posibilita que los datos de las personas dejen de ser accesibles en la web, por petición y decisión de las mismas, comprendiendo el derecho a retirarse del sistema y eliminar la información personal que la red contiene (Simón Castellano, 2011, p. 395).

2.4.2. La experiencia supranacional europea

a) La Directiva 95/46/CE

La Directiva 95/46/CE relativa a la protección de personas físicas en lo respectivo al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos, también llamada Directiva de Protección de Datos Personales, es una directiva de la Unión Europea (UE) adoptada el 24 de octubre de 1995, cuyo propósito fue regular el procesamiento de datos personales en los países miembros de la unión.

La iniciativa en torno a esta directiva surgió de la necesidad de unificar las dispersas legislaciones nacionales sobre protección de datos personales, teniendo como influencia a las Recomendaciones del Consejo respecto a las directrices que gobiernan la protección de datos personales, también llamadas Directrices de Privacidad, emitidas por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) el 23 de septiembre de 1980.

Pese a que en esta Directiva no se reguló expresamente el derecho al olvido, sí se recogieron algunas disposiciones normativas vinculadas a él. Así pues, el artículo 6 inc. 1 literal d) prescribía que:

Los Estados miembros dispondrán que los datos personales sean: (...) exactos y, cuando sea necesario, actualizados; deberán tomarse todas las medidas razonables para que los datos inexactos o incompletos, con respecto a los fines para los que fueron recogidos o para los que fueron tratados posteriormente, sean suprimidos o rectificadas (...).

Por su parte, el artículo 12 literal b) dispuso que:

Los Estados miembros garantizarán a todos los interesados el derecho de obtener del responsable del tratamiento: (...) en su caso, la rectificación, la supresión o el bloqueo de los datos cuyo tratamiento no se ajuste a las disposiciones de la presente Directiva, en particular a causa del carácter incompleto o inexacto de los datos (...).

Como se colige de las disposiciones citadas, el derecho al olvido se encontraba regulado conceptualmente por la Directiva, aunque no haya sido formulado taxativamente en ella. No obstante, el ejercicio del derecho referido a la supresión o bloqueo de los datos debido a su inexactitud (concreta o temporal) tampoco es ilimitado.

La propia Directiva precisa en su artículo 3 inc. 2 que sus disposiciones no serán aplicables:

(...) en cualquier caso, al tratamiento de datos que tenga por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado (incluido el bienestar económico del Estado cuando dicho tratamiento esté relacionado con la seguridad del Estado) y las actividades del Estado en materia penal (...)

De otro lado, sostiene que es factible tratar los datos con fines históricos, estadísticos o científicos, además de otros fines que considere la legislación interna de los Estados, siempre y cuando sean tratados de manera legítima, lícita, leal, explícita y acorde a dichos fines⁴⁷.

⁴⁷ El artículo 6 de la Directiva 95/46/CE (Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea, 1995) establecía que: "1. Los Estados miembros dispondrán que los datos personales sean: a) tratados de manera leal y lícita; b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no sean tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines; no se considerará incompatible el tratamiento posterior de datos con fines históricos, estadísticos o científicos, siempre Y cuando los Estados miembros establezcan las garantías oportunas; c) adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que se

b) La Sentencia C-131/12 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El caso más emblemático sobre el derecho al olvido digital se generó en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en el connotado caso Mario Costeja vs. Google, resuelto por la Sentencia C-131/12 del 13 de mayo de 2014.

En la citada sentencia el tribunal resuelve amparar el reclamo del ciudadano español Mario Costeja, interpuesto a través de la Agencia Española de Protección de Datos contra la compañía gestora del motor de búsqueda Google y su filial en España. En ella se logra precisar la responsabilidad de los buscadores de internet referente a la protección de los datos personales, poniendo fin a la serie de afectaciones a las personas producto de la negativa de Google (y otros motores de búsqueda) a someterse a la normativa reguladora de la materia (Guasch Portas & Soler Fuensanta, 2015, p. 1001).

Mario Costeja solicitaba que Google deje de brindar información sobre la subasta de sus propiedades por impuestos impagos,

traten posteriormente; d) exactos y, cuando sea necesario, actualizados; deberán tomarse todas las medidas razonables para que los datos inexactos o incompletos, con respecto a los fines para los que fueron recogidos o para los que fueron tratados posteriormente, sean suprimidos o rectificadas; e) conservados en una forma que permita la identificación de los interesados durante un período no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos o para los que se traten ulteriormente. Los Estados miembros establecerán las garantías apropiadas para los datos personales archivados por un período más largo del mencionado, con fines históricos, estadísticos o científicos.

2. Corresponderá a los responsables del tratamiento garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado”.

situación que se había suscitado en el año 1998 y que a la fecha quería que fuese olvidada⁴⁸.

La sentencia resolvió interpretando extensivamente sendas disposiciones normativas de la Directiva 95/46/CE, disponiendo que la actividad realizada por los motores de búsqueda de internet se interprete como tratamiento de datos personales y, por lo tanto, sean responsables por dicho tratamiento, pese a que solo se limiten a indexar información subida a la web por terceros⁴⁹ (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2014, decisión 1).

También precisó que cuando la empresa dedicada al tratamiento de datos personales crea una sucursal en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea y, además, su actividad se dirige a los habitantes de estos países, se lleva a cabo tratamiento de datos personales, por lo que es responsable y le aplica la normativa

⁴⁸ Al interponer la queja inicial ante la autoridad administrativa corría el año 2009.

⁴⁹ El artículo 2 de la Directiva 95/46/CE (Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea, 1995) establecía que: “A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: ...b) ‘tratamiento de datos personales’ (‘tratamiento’): cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción; ...d) ‘responsable del tratamiento’: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que sólo o conjuntamente con otros determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales; en caso de que los fines y los medios del tratamiento estén determinados por disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales o comunitarias, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrán ser fijados por el Derecho nacional o comunitario”.

correspondiente⁵⁰ (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2014, decisión 2).

Además, se dijo que el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de su lista de resultados los vínculos a páginas web publicadas por terceros, a partir de la búsqueda del nombre de una persona, cuando contienen información relativa a ella; lo dicho aplica aun cuando el nombre de la persona o la información relativa a ella no se borren previa o simultáneamente de aquellas páginas web, e incluso a pesar de que la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2014, decisión 3).

Por último, se precisó que no es necesario que la persona interesada demuestre el perjuicio ocasionado por la publicación de la información para que logre la supresión del dato, pues esto último le asiste en función a los derechos a la privacidad y a la protección de datos personales, reconocidos en los artículos 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵¹,

⁵⁰ El artículo 4 de la Directiva 95/46/CE (Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea, 1995) establecía que: “1. Los Estados miembros aplicarán las disposiciones nacionales que haya aprobado para la aplicación de la presente Directiva a todo tratamiento de datos personales cuando: a) el tratamiento sea efectuado en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento en el territorio del Estado miembro. Cuando el mismo responsable del tratamiento esté establecido en el territorio de varios Estados miembros deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que cada uno de dichos establecimientos cumple las obligaciones previstas por el Derecho nacional aplicable”.

⁵¹ El artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea dice lo siguiente: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”.

El artículo 8 inc. 1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea dice lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan”.

respectivamente; en ese sentido, aquellos derechos prevalecen *prima facie* sobre el interés económico del motor de búsqueda y del derecho a la información del público que hace uso de este, exceptuándose casos concretos como los relacionados al interés público (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2014, decisión 4).

En cuanto a la dogmática desarrollada sobre el derecho al olvido, la sentencia precisó en su fundamentación que los derechos fundamentales a la protección de datos personales y a la privacidad engloban el derecho al olvido⁵², razonamiento coherente con la decisión del TJUE desarrollada en el párrafo anterior.

Huelga decir que aunque el reclamo de Mario Costeja fue atendido favorablemente por el TJUE, el derecho al olvido no fue tutelado íntegramente, pues la finalidad de un reclamo fundado en él estriba en que se elimine del conocimiento público el dato perjudicial para la persona; sin embargo, luego de que el TJUE expidiera la sentencia, Mario Costeja y el dato que quería eliminar, han sido bastante mediatizados, no solo por la significancia del caso como un precedente importante en materia jurídica, sino además por el revuelo que causa haber vencido a una compañía multimillonaria como Google.

⁵² “El Sr. Costeja González y los Gobiernos español e italiano son de la opinión de que el interesado puede oponerse a la indexación de sus datos personales por un motor de búsqueda cuando la difusión de estos datos por la intermediación de éste le perjudica y de que sus derechos fundamentales a la protección de dichos datos y de respeto a la vida privada, que engloban el ‘derecho al olvido’, prevalecen sobre los intereses legítimos del gestor de dicho motor y el interés general en la libertad de información” (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2014, f. j. 91).

c) **El Reglamento (EU) 2016/679**

El Reglamento relativo a la protección de datos 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, también llamado Reglamento general de protección de datos, es un reglamento aprobado por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea el 14 de abril de 2016, el cual entró en vigencia para los países miembros de la Unión Europea desde el 25 de mayo de 2018.

Como se advierte de su propia denominación, el Reglamento general de protección de datos derogó a la Directiva 95/46/CE y supone un gran avance en cuanto a la regulación internacional europea en materia de protección de datos personales, ampliando sus alcances regulatorios a todas las compañías extranjeras que tratan datos de residentes de la Unión Europea⁵³.

A diferencia de su antecesora Directiva 95/46/CE, el Reglamento sí reconoce expresamente el derecho al olvido y lo homologa con el derecho de supresión. Así pues, el artículo 17, denominado derecho de supresión (“el derecho al olvido”), prescribe en su inc. 1 que:

El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos

⁵³ Si bien es cierto la Directiva 95/46/CE no contempló expresamente tal protección, la interpretación de su artículo 4 por parte del TJUE en el caso *Mario Costeja vs. Google* sí lo permitió en sede jurisdiccional. Sin perjuicio de ello, cabe acotar que este cambio en la normativa internacional europea nació antes, con la propuesta de reglamento del 25 de enero de 2012; aunque, siempre cabe la posibilidad de que el fallo del TJUE haya influenciado determinadamente en la decisión para formulación del Reglamento.

personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo;
- b) el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), y este no se base en otro fundamento jurídico⁵⁴;
- 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 2⁵⁵;
- 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;

⁵⁴ El artículo 6 del Reglamento (EU) 2016/679 (Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea, 2016) establece que: “1. El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones: a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos (...)”

El artículo 9 del Reglamento (EU) 2016/679 (Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea, 2016) establece que: “1. Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexuales de una persona física.

2. El apartado 1 no será de aplicación cuando concorra una de las circunstancias siguientes: a) el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado (...)”.

⁵⁵ El artículo 21 del Reglamento (EU) 2016/679 (Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea, 2016) establece que: “1. El interesado tendrá derecho a oponerse en cualquier momento, por motivos relacionados con su situación particular, a que datos personales que le conciernan sean objeto de un tratamiento basado en lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, letras e) o f), incluida la elaboración de perfiles sobre la base de dichas disposiciones. El responsable del tratamiento dejará de tratar los datos personales, salvo que acredite motivos legítimos imperiosos para el tratamiento que prevalezcan sobre los intereses, los derechos y las libertades del interesado, o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

2. Cuando el tratamiento de datos personales tenga por objeto la mercadotecnia directa, el interesado tendrá derecho a oponerse en todo momento al tratamiento de los datos personales que le conciernan, incluida la elaboración de perfiles en la medida en que esté relacionada con la citada mercadotecnia (...)”.

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 1⁵⁶.

En ese sentido, en el considerando 65 del Reglamento se sostiene

que:

Los interesados deben tener derecho a que se rectifiquen los datos personales que le conciernen y un «derecho al olvido» si la retención de tales datos infringe el presente Reglamento o el Derecho de la Unión o de los Estados miembros aplicable al responsable del tratamiento. En particular, los interesados deben tener derecho a que sus datos personales se supriman y dejen de tratarse si ya no son necesarios para los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo, si los interesados han retirado su consentimiento para el tratamiento o se oponen al tratamiento de datos personales que les conciernen, o si el tratamiento de sus datos personales incumple de otro modo el presente Reglamento (...).

Por su parte, el considerando 66 del Reglamento dice 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 (...).

En suma, a efectos del Reglamento general de protección de datos, el derecho al olvido digital involucra la supresión de los enlaces a datos personales del banco de datos manejado por el responsable del tratamiento. En buena cuenta, esto quiere decir que el motor de

⁵⁶ El artículo 8 del Reglamento (EU) 2016/679 (Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea, 2016) establece que: “1. Cuando se aplique el artículo 6, apartado 1, letra a), en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Si el niño es menor de 16 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó (...)”.

búsqueda (responsable del tratamiento del dato) deberá eliminar los enlaces (links) de su banco de datos (búsqueda web) cuando concurren supuestos específicos que ameriten la protección de los datos de la persona interesada.

2.4.3. Marco legal de protección de los datos personales en el Perú

El 03 de julio de 2011 se publicó en el diario oficial El Peruano la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales. Con esta ley se ha pretendido regular la utilización de datos personales por parte de sendos bancos de datos, entre los que se encuentran los motores de búsqueda de internet.

El objetivo de la Ley y de su reglamento (aprobado por el D.S. N° 003-2013-JUS), es garantizar el derecho fundamental a la autodeterminación informativa, reconocido en el artículo 2 inc. 6 de la Constitución Política del Perú, respetando los demás derechos fundamentales que son reconocidos en ella⁵⁷.

De otro lado, se establece que la autoridad competente para conocer las reclamaciones en materia de protección de datos personales es la Dirección General de Protección de Datos Personales⁵⁸, que ejerce la Autoridad Nacional de Protección de

⁵⁷ El artículo 1 de la Ley N° 29733 dice: “La presente Ley tiene el objeto de garantizar el derecho fundamental a la protección de los datos personales, previsto en el artículo 2 numeral 6 de la Constitución Política del Perú, a través de su adecuado tratamiento, en un marco de respeto de los demás derechos fundamentales que en ella se reconocen”.

El artículo 3 del Reglamento de la Ley N° 29733 dice: “(...) Conforme a lo dispuesto por el numeral 6 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú (...), el presente reglamento se aplicará a toda modalidad de tratamiento de datos personales (...)”.

⁵⁸ El artículo 2 inc. 8 del Reglamento de la Ley N° 29733 dice: “Para los efectos de la aplicación del presente reglamento, sin perjuicio de las definiciones contenidas en la Ley,

Datos Personales⁵⁹, cuyas funciones son administrativas, orientadoras, normativas, resolutivas, fiscalizadoras y sancionadoras⁶⁰.

a) Ámbito de aplicación de la normatividad sobre protección de datos personales

El ámbito de aplicación de la normativa sobre protección de datos personales se circunscribe a los datos personales contenidos o destinados a ser contenidos en bancos de datos de administración pública o privada, esto es a cualquier soporte en el que se encuentre el dato, cuyo tratamiento se haga en el territorio nacional; exceptuándose aquellos contenidos en bancos creados por personas naturales para fines exclusivamente relacionados con su vida privada o familiar y en bancos de administración pública, cuando el tratamiento del dato sea necesario para la defensa nacional, seguridad pública y para el desarrollo de actividades en materia penal para la investigación y represión del delito⁶¹.

complementariamente, se entiende las siguientes definiciones: (...) 8. Dirección General de Protección de Datos Personales: Es el órgano encargado de ejercer la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales a que se refiere el artículo 32 de la Ley, pudiendo usarse indistintamente cualquiera de dichas denominaciones”.

⁵⁹ El artículo 32 de la Ley N° 29733 dice: “El Ministerio de Justicia, a través de la Dirección Nacional de Justicia, es la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales. Para el adecuado desempeño de sus funciones, puede crear oficinas en todo el país.

La Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales se rige por lo dispuesto en esta Ley, en su reglamento y en los artículos pertinentes del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia (...)”.

⁶⁰ El artículo 33 de la Ley N° 20733 dice: “La Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales ejerce las funciones administrativas, orientadoras, normativas, resolutivas, fiscalizadoras y sancionadoras siguientes (...)”.

⁶¹ El artículo 3 de la Ley N° 9733 dice: “La presente Ley es de aplicación a los datos personales contenidos o destinados a ser contenidos en bancos de datos personales de administración

b) El tratamiento de datos personales y los motores de búsqueda de internet

El artículo 2. inc. 4 de la Ley N° 29733 señala que los datos personales son “[t]oda información sobre una persona natural que la identifica o la hace identificable a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados”. Luego, en su artículo 2 inc. 19, define al tratamiento de datos personales bajo los siguientes términos:

Cualquier operación o procedimiento técnico, automatizado o no, que permite la recopilación, registro, organización, almacenamiento, conservación, elaboración, modificación, extracción, consulta, utilización, bloqueo, supresión, comunicación por transferencia o por difusión o cualquier

pública y de administración privada, cuyo tratamiento se realiza en el territorio nacional. Son objeto de especial protección los datos sensibles.

Las disposiciones de esta Ley no son de aplicación a los siguientes datos personales:

1. A los contenidos o destinados a ser contenidos en bancos de datos personales creados por personas naturales para fines exclusivamente relacionados con su vida privada o familiar.
2. A los contenidos o destinados a ser contenidos en bancos de datos de administración pública, solo en tanto su tratamiento resulte necesario para el estricto cumplimiento de las competencias asignadas por ley a las respectivas entidades públicas, para la defensa nacional, seguridad pública, y para el desarrollo de actividades en materia penal para la investigación y represión del delito”.

El artículo 3 del Reglamento de la Ley N° 29733 dice: “El presente reglamento es de aplicación al tratamiento de los datos personales contenidos en un banco de datos personales o destinados a ser contenidos en bancos de datos personales.

Conforme a lo dispuesto por el numeral 6 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú y el artículo 3 de la Ley, el presente reglamento se aplicará a toda modalidad de tratamiento de datos personales, ya sea efectuado por personas naturales, entidades públicas o instituciones del sector privado e independientemente del soporte en el que se encuentren.

La existencia de normas o regímenes particulares o especiales, aun cuando incluyan regulaciones sobre datos personales, no excluye a las entidades públicas o instituciones privadas a las que dichos regímenes se aplican del ámbito de aplicación de la Ley y del presente reglamento.

Lo dispuesto en el párrafo precedente no implica la derogatoria o inaplicación de las normas particulares, en tanto su aplicación no genere la afectación del derecho a la protección de datos personales”.

otra forma de procesamiento que facilite el acceso, correlación o interconexión de los datos personales.

Los motores de búsqueda son la puerta de acceso a internet y, como tales, desarrollan una función esencial de organización o indexación de la información contenida en ella (Mieres Mieres, 2014, p. 41). Pese a que la normativa no contempla literalmente la labor de indexación, se interpreta que esta se subsume en las labores de recopilación, registro, organización y almacenamiento, las cuales sí están contempladas en la definición normativa. Al respecto, cabe acotar que el Diccionario del español jurídico de la Real Academia Española define el verbo indexar como: “Registrar ordenadamente datos e informaciones para elaborar su índice”; y, esto es -precisamente- a lo que se refiere recopilar, registrar, organizar y almacenar datos⁶².

De otro lado, el artículo 2 inc. 16 de la Ley, define al titular de los datos personales como a la “[p]ersona natural a quien corresponde los datos personales”. Mientras, por su parte, el artículo 2 inc. 14 del Reglamento establece que el responsable del tratamiento “[e]s aquél que decide sobre el tratamiento de datos personales, aun cuando no se encuentren en un banco de datos personales”.

La relación en cuanto al tratamiento de datos personales involucra de una parte al titular de los datos, es decir la persona de quien se tiene la información y, de otra parte, al responsable del tratamiento,

⁶² Cfr. <https://dej.rae.es>

aquel que tiene el poder de decisión sobre el dato, sin que para ello sea necesario que se trate de un banco de datos personales⁶³, o sea basta con el mero dato referido a la persona, sin necesidad de su automatización, para que a efectos legales cuente como un banco de datos.

En ese sentido los motores de búsqueda deberían contar con la autorización del titular del dato para su tratamiento o ceñirse al principio de calidad del dato, por el cual no será necesario el consentimiento del interesado (Manzanero Jiménez & Pérez García-Ferrería, 2015, p. 253); de tal forma que, según lo prescrito en el artículo 8 de la LPDP, los datos personales a ser tratados deberán cumplir con “ser veraces, exactos y, en la medida de lo posible, actualizados, necesarios, pertinentes y adecuados respecto de la finalidad para la que fueron recopilados”.

c) La cancelación (supresión) y el bloqueo del dato

El artículo 2 inc. 3 del Reglamento define a la cancelación como “la acción o medida que en la Ley se describe como supresión, cuando se refiere a datos personales, que consiste en eliminar o suprimir los datos personales de un banco de datos”. Por su parte, el artículo 20 de la Ley prescribe que

El titular de datos personales tiene derecho a la actualización, inclusión, rectificación y supresión de sus datos personales materia de tratamiento, cuando estos sean parcial o totalmente inexactos, incompletos, cuando se

⁶³ La Ley 29733 define al banco de datos personales en su artículo 2 inc. 1 como el “[c]onjunto organizado de datos personales, automatizado o no, independientemente del soporte, sea este físico, magnético, digital, óptico u otros que se creen, cualquiera fuere la forma o modalidad de su creación, formación, almacenamiento, organización y acceso”.

hubiere advertido omisión, error o falsedad, cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a la finalidad para la cual hayan sido recopilados o cuando hubiera vencido el plazo establecido para su tratamiento.

Si sus datos personales hubieran sido transferidos previamente, el encargado de tratamiento de datos personales debe comunicar la actualización, inclusión, rectificación o supresión a quienes se hayan transferido, en el caso que se mantenga el tratamiento por este último, quien debe también proceder a la actualización, inclusión, rectificación o supresión, según corresponda.

Durante el proceso de actualización, inclusión, rectificación o supresión de datos personales, el encargado de tratamiento de datos personales dispone su bloqueo, quedando impedido de permitir que terceros accedan a ellos. Dicho bloqueo no es aplicable a las entidades públicas que requieren de tal información para el adecuado ejercicio de sus competencias, según ley, las que deben informar que se encuentra en trámite cualquiera de los mencionados procesos.

La supresión de datos personales contenidos en bancos de datos personales de administración pública se sujeta a lo dispuesto en el artículo 21 del Texto Único Ordenado de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, o la que haga sus veces.

Asimismo, el artículo 67 del Reglamento señala que:

El titular de los datos personales podrá solicitar la supresión o cancelación de sus datos personales de un banco de datos personales cuando éstos hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hayan sido recopilados, cuando hubiere vencido el plazo establecido para su tratamiento, cuando ha revocado su consentimiento para el tratamiento y en los demás casos en los que no están siendo tratados conforme a la Ley y al presente reglamento.

En principio, como se deduce de las disposiciones citadas, el término cancelación es utilizado para hacer referencia a la supresión o eliminación del dato; sin embargo, hay casos donde la cancelación no es automática, aun cuando se haya alcanzado tutela favorable por parte de la Autoridad Nacional de Protección

de Datos Personales o de la jurisdicción constitucional, pues, a efectos de determinar responsabilidades en el tratamiento de datos se dispone su bloqueo hasta que se cumpla con la finalidad requerida y se pueda proceder a la cancelación⁶⁴. Asimismo, el artículo 20 de la Ley prevé que mientras se tramite la solicitud de cancelación del dato, el encargado de su tratamiento debe disponer su bloqueo, quedando impedido de permitir que terceros accedan a ellos⁶⁵.

Se identifican entonces dos formas legales para utilizar el bloqueo. La primera de ellas está relacionada al bloqueo del dato como una suerte de tutela cautelar, en cuanto dure el procedimiento administrativo de cancelación (actualización, rectificación o inclusión) del dato. La segunda fórmula está referida a la tutela en favor de la cancelación del dato, pero a la permanencia del bloqueo en tanto se logren identificar responsabilidades a efectos de las

⁶⁴ El artículo 2 inc. 2 del Reglamento define al bloqueo como “(...) la medida por la que el encargado del banco de datos personales impide el acceso de terceros a los datos y éstos no pueden ser objeto de tratamiento, durante el periodo en que se esté procesando alguna solicitud de actualización, inclusión, rectificación o supresión, en concordancia con lo que dispone el tercer párrafo del artículo 20 de la Ley.

Se dispone también como paso previo a la cancelación por el tiempo necesario para determinar posibles responsabilidades en relación a los tratamientos, durante el plazo de prescripción legal o previsto contractualmente”.

Asimismo, el artículo 67 del Reglamento dice: “(...) Dentro de lo establecido por el artículo 20 de la Ley y el numeral 3) del artículo 2 del presente reglamento, la solicitud de supresión implica el cese en el tratamiento de los datos personales a partir de un bloqueo de los mismos y su posterior eliminación”.

⁶⁵ El artículo 20 de la Ley N° 29733 dice: “(...) Durante el proceso de actualización, inclusión, rectificación o supresión de datos personales, el encargado de tratamiento de datos personales dispone su bloqueo, quedando impedido de permitir que terceros accedan a ellos. Dicho bloqueo no es aplicable a las entidades públicas que requieren de tal información para el adecuado ejercicio de sus competencias, según ley, las que deben informar que se encuentra en trámite cualquiera de los mencionados procesos (...)”

sanciones correspondientes. En ambos casos el rasgo distintivo del bloqueo es su carácter temporal.

Sin perjuicio de esto último, como se verá más adelante, la Dirección General de Protección de Datos Personales ha dispuesto la utilización del bloqueo como medida definitiva, a diferencia de su uso legal que lo contempla como una medida temporal, específicamente en el caso de impedir el acceso a datos personales que se registran en los resultados de los motores de búsqueda de internet, sin que ello implique suprimir el dato de su fuente de origen.

d) Vía procedimental para la tutela de la protección de datos personales

El titular del dato tiene la posibilidad de recurrir, en busca de la tutela de los derechos reconocidos por la normatividad en materia de protección de datos personales, ante la Dirección General de Protección de Datos Personales, en la vía de reclamación, con las reglas establecidas para el procedimiento administrativo general. Pero, también es posible que el titular del dato recurra ante el Poder Judicial a efectos de interponer una demanda de hábeas data, sin que el procedimiento administrativo constituya vía previa para su procedencia⁶⁶.

⁶⁶ El artículo 24 de la Ley N° 29733 dice: “En caso de que el titular o el encargado del banco de datos personales deniegue al titular de datos personales, total o parcialmente, el ejercicio de los derechos establecidos en esta Ley, este puede recurrir ante la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales en vía de reclamación o al Poder Judicial para los efectos de la correspondiente acción de hábeas data.

Pese a que el titular del dato tiene la posibilidad de escoger entre la vía administrativa (que eventualmente lo hará llegar a la vía del proceso contencioso administrativo) o la vía judicial de la tutela constitucional, resulta evidente la problemática procesal que existe en cuanto a la procedencia de esta última.

El artículo 5 inc. 2 del Código Procesal Constitucional señala que: “No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus”.

El Tribunal Constitucional ha enfatizado en reiterada jurisprudencia el carácter residual de los procesos constitucionales, diciendo que se tratan de instrumentos procesales excepcionales y extraordinarios para la protección de los derechos constitucionales, por lo que al existir procedimientos que permitan tutelarlos de manera idónea, serán improcedentes los procesos constitucionales debiendo agotarse las vías procedimentales ordinarias (2007, RTC

El procedimiento a seguir ante la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales se sujeta a lo dispuesto en los artículos 219 y siguientes de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, o la que haga sus veces.

La resolución de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales agota la vía administrativa y habilita la imposición de las sanciones administrativas previstas en el artículo 39. El reglamento determina las instancias correspondientes.

Contra las resoluciones de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales procede la acción contencioso-administrativa”.

La sexta disposición complementaria final de la Ley N° 20733 dice: “Las normas establecidas en el Código Procesal Constitucional sobre el proceso de hábeas data se aplican en el ámbito constitucional, independientemente del ámbito administrativo materia de la presente Ley. El procedimiento administrativo establecido en la presente Ley no constituye vía previa para el ejercicio del derecho vía proceso constitucional”.

Exp. N° 02100-2007-PA, f. j. 4; 2007, RTC Exp. 3008-2007-PA, f. j. 4; 2007, RTC Exp. N° 5849-2007-PA, f. j. 7, etc.).

En efecto, los procesos constitucionales han sido concebidos como mecanismos de tutela urgente de derechos fundamentales, por lo que, si existe otra vía efectiva para satisfacer la exigencia del derecho afectado, no se deberá recurrir a aquellos sino a esta última (2004, STC Exp. N° 04196-2004-AA/TC, f. j. 6). Esto se condice con la idea de que en tanto los derechos fundamentales irradian sus efectos a todo el ordenamiento jurídico, la tutela ordinaria (judicial o administrativa) también pueden reconducirse teóricamente a la resolución de controversias en derechos fundamentales (2003, STC N° Exp. 00976-2003-AA/TC, f. j. 7).

El carácter residual del hábeas data, a efectos de lo dispuesto en la LPDP, se pierde cuando dicha norma especial faculta al recurrente para optar por la vía procedimental de su elección, enfatizando que el procedimiento administrativo no es vía previa para recurrir al hábeas data. Hasta ahí la problemática parece resuelta; sin embargo, la práctica forense siempre puede superar a la realidad normativa, pues, queda latente la posibilidad de que el interesado recurra a la vía del procedimiento administrativo y, sin esperar su culminación, acabe decantándose por el hábeas data; o, peor aún, que, habiendo culminado el trámite en sede administrativa con una resolución desfavorable, decida recurrir al hábeas data y no al proceso contencioso administrativo.

El primer supuesto advertido (que el interesado recurra a la vía del procedimiento administrativo y, sin esperar su culminación, acabe decantándose por el hábeas data) reconduce -nuevamente- la reflexión hacia lo dispuesto en la LPDP, pues si el procedimiento administrativo no constituye vía previa al hábeas data y además es vía alternativa, queda claro que el recurrente se debe decantar por alguna de las dos de forma excluyente. Sin embargo, esta conclusión preliminar no es acertada si se tiene en consideración que, de la lectura del CPC, no es posible calificar como proceso ordinario igualmente satisfactorio a un procedimiento administrativo o a uno de carácter privado (v.gr. arbitraje), sino únicamente a los procesos judiciales⁶⁷ (Castillo Córdoba, 2009, p. 156). Por esta razón, es totalmente factible que, a pesar de no concluir con un procedimiento administrativo de reclamación, el recurrente acuda a la vía del hábeas data.

El segundo supuesto planteado (que, habiendo culminado el trámite en sede administrativa con una resolución desfavorable, el interesado decida recurrir al hábeas data y no al proceso contencioso administrativo) ya no escapa a la advertencia dogmática del párrafo precedente, pues las opciones se reducen a

⁶⁷ Luis Castillo Córdoba (2009) sostiene que se debe entender como vía igualmente satisfactoria a aquella que cumpla con las siguientes características: “a) que sea una vía procedimental de naturaleza judicial; b) que sea una vía procedimental no general, sino específica para la protección de los derechos fundamentales; c) que sea igualmente satisfactoria, satisfacción que se define tanto formal como materialmente, lo que supone admitir que no basta una vía judicial simplemente apta (idónea) para la salvación del derecho constitucional, sino que debe tener previsto un trámite sumario que brinde una protección especialmente eficaz como la brindada por el amparo; y, d) que incluso prevea el beneficio de la cosa juzgada (artículo 6 CPConst.)” (pp. 156-157).

dos alternativas jurisdiccionales: i) el proceso contencioso administrativo, consecuencia de la culminación del procedimiento administrativo de reclamación; y, ii) el proceso de hábeas data. Aquí la respuesta ya no se obtendrá a partir de la lectura de la LPDP, sino más bien de lo dispuesto en el CPC, por lo que es evidente la improcedencia del hábeas data en tanto existe una vía procedimental igualmente satisfactoria para a tutela de los derechos invocados, la cual cumple con la característica de ser un proceso judicial y que, por lo tanto, afirma el carácter residual del proceso constitucional.

Sin perjuicio de ello, aunque los procesos constitucionales sean residuales, la obligación de recurrir a la vía ordinaria opera siempre como regla general y, como tal, admite excepciones. Precisamente, dada la naturaleza urgente de la tutela constitucional, cuando la vía ordinaria demuestre no ser idónea, satisfactoria, eficaz o no responda a la exigencia de urgencia en la protección del derecho, podrá acudir a los procesos constitucionales para tal efecto (2006, STC Exp. N° 04952-2006-PA/TC, f. j. 2; 2005, STC Exp. N° 00206-2005-PA/TC, f. j. 6; 2006, STC Exp. N° 03793-2006-PA/TC, f. j. 2.1).

Se colige de esto último que como regla general se debe preferir a la vía del proceso contencioso administrativo como procedimiento para tutelar la protección de datos personales, cuando se ha agotado la vía administrativa de reclamación; de lo contrario, si se interpone una demanda de hábeas data esta será improcedente.

Pero recurriendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desarrollada *ut supra*, y de forma excepcional, las circunstancias del caso vinculadas a la idoneidad, eficacia y urgencia de la tutela del derecho, el actor puede sostener que amerite el tratamiento de la controversia ante la jurisdicción constitucional.

Por último, es oportuno reiterar que no es exigible el agotamiento de la vía administrativa como vía previa a agotar para interponer la demanda de hábeas data en materia de protección de datos personales⁶⁸. Asimismo, tampoco es improcedente la demanda de hábeas data una vez iniciado el procedimiento administrativo, pues el artículo 5 inc. 3 del Código Procesal Constitucional señala que será improcedente el hábeas data cuando “[e]l agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional”, y dado que el procedimiento administrativo de reclamo no es un proceso judicial, la situación expuesta no es subsumible en esta causal de improcedencia; situación distinta sería si el agraviado activa primero la vía del proceso contencioso administrativo (una vez agotada la del procedimiento de reclamo) y luego pretende demandar el hábeas data, porque de esa forma incurriría en esta última causal de improcedencia.

⁶⁸ El artículo 5 inc. 4 del Código Procesal Constitucional dice: “No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por este Código y en el proceso de hábeas corpus”.

2.4.4. Derecho al olvido digital en la Resolución Directoral N° 026-2016-JUS/DGPDP

El referente de aplicación del derecho al olvido digital registrado en la experiencia jurídica peruana es el caso resuelto por la Resolución Directoral N° 026-2016-JUS/DGPDP, en cuyo mérito la Dirección General de Protección de Datos Personales sancionó a Google con una multa ascendente a 65 UIT, accediendo a la solicitud presentada por un ciudadano peruano que en el año 2009 fue imputado por la presunta comisión de un delito contra el pudor y, pese a que la causa en su contra se había sobreesido, la información al respecto difundida por la prensa nacional aún circulaba en la web, causándole un grave perjuicio dada su condición de funcionario público.

Es así como se ordenó a Google bloquear los datos personales (nombres y apellidos) del reclamante acerca de toda información o noticia relacionada con los hechos mencionados (Dirección General de Protección de Datos Personales, 2016).

La resolución bajo comentario es muy rica en cuanto a las precisiones realizadas. En ella se considera como tratamiento de datos personales a la actividad realizada por los editores de los sitios webs (administradores o *web masters*), pues son los responsables de subir la información a internet, pero también a la actividad realizada por los motores de búsqueda, en tanto son responsables de catalogar (indexar) y facilitar la información en internet.

La Dirección General de Protección de Datos Personales consideró que la actividad de los motores de búsqueda constituye tratamiento porque:

El buscador permite búsquedas empleando los nombres y los apellidos de una persona física, que dará como resultado acceso a información sobre ella.

El buscador ha tenido que organizar (mediante programas informáticos) la indexación de los sitios web de tal forma que cada palabra empleada como criterio de búsqueda tenga asignado un código específico para cada URL vinculada. Sino hiciera tal indexación los terceros no podrían acceder a los contenidos requeridos de la manera en la que están buscándose.

Que la actividad del buscador no incluya la edición de los contenidos de los sitios webs rastreados no la exime de responsabilidad ante el tratamiento que efectúa. En efecto, podría ser cierto que el buscador no tiene ningún control sobre los contenidos de los sitios web indexados, pero ello no significa que no realiza operaciones sobre ellos o que no tenga control sobre sus propias operaciones, del mismo modo que no significa que no pueda limitar los criterios de búsqueda a partir de los nombres y de los apellidos de una persona física, de modo que es perfectamente razonable que se haga cargo de las responsabilidades, que la forma de negocio que ha decidido realizar, acarrea. (Dirección General de Protección de Datos Personales, 2016, p. 26)

Asimismo, considera que el bloqueo de los datos del motor de búsqueda no contraviene los derechos a la libertad de expresión de los *web masters* o el derecho a la libertad de información de los usuarios, pues, la información no es suprimida del internet, no se elimina la URL, sino que se suprimen los resultados en el motor de búsqueda cuando se utilice como criterios de búsqueda los nombres y apellidos del titular del dato (Dirección General de Protección de Datos Personales, 2016, pp. 28-30).

Por otro lado, se diferencian los conceptos de cancelación y bloqueo del dato. De esa forma, la autoridad sostiene que

(...) el bloqueo es la medida por la que el responsable del tratamiento impide el acceso de terceros a los datos (...) La cancelación de los datos personales dará lugar al bloqueo definitivo de los mismos (...) En el presente caso, estamos frente a una reclamación dirigida a cesar un tratamiento (impedir un suministro) que implica un bloqueo de datos, de forma que no existe incongruencia, sino que por el contrario, esa es la forma efectiva de otorgar tutela al reclamante. (Dirección General de Protección de Datos Personales, 2016, p. 32)

Como se colige de esto último, la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales entiende que el artículo 20 de la Ley N° 29733 se interpreta en el sentido de aplicar el bloqueo y la cancelación como dos medidas que pueden ser complementarias, amparados por lo dispuesto literalmente en el tercer párrafo del artículo en cuestión, así como por lo establecido en el primer párrafo del artículo 2 inc. 2 del Reglamento⁶⁹, de tal forma que durante el proceso de cancelación del dato se bloquee temporalmente el acceso a este, operando como una suerte de tutela cautelar⁷⁰. La interpretación de la cancelación y el bloqueo como medidas complementarias aplicaría también para lo dispuesto en el segundo

⁶⁹ “Es la medida por la que el encargado del banco de datos personales impide el acceso de terceros a los datos y éstos no pueden ser objeto de tratamiento, durante el periodo en que se esté procesando alguna solicitud de actualización, inclusión, rectificación o supresión, en concordancia con lo que dispone el tercer párrafo del artículo 20 de la Ley”.

⁷⁰ Una lectura conjunta con el tercer párrafo del artículo 67 del reglamento corrobora esta posición: “Dentro de lo establecido por el artículo 20 de la Ley y el numeral 3) del artículo 2 del presente reglamento, la solicitud de supresión implica el cese en el tratamiento de los datos personales a partir de un bloqueo de los mismos y su posterior eliminación”.

párrafo del artículo 2 inc. 2 del reglamento⁷¹, donde se dice que el bloqueo se aplica como paso previo a la cancelación, a efectos de determinar responsabilidades.

Pero, por otra parte, la interpretación de la autoridad se expresa en el sentido de considerar al bloqueo y a la cancelación como medidas perfectamente aplicables por separado. Y precisamente esta es la forma en la que solucionan el caso *sub examine*, toda vez que no se ordena la cancelación del dato, es decir la eliminación de la URL que contiene la información, sino el bloqueo, entendido como acceso a la información por parte del motor de búsqueda (Google), de tal forma que al digitar en el buscador los nombres del titular del dato, la URL donde está contenido dicho dato no sea ubicable.

Cabe reconocer que la resolución bajo comentario no hizo mención expresa sobre el derecho al olvido, aunque sí toma como referente a la sentencia C-131/12 del TJUE, pero solo para precisar que en ella se evidencia un caso idéntico con la multinacional Google, deduciendo que dicha empresa despliega una defensa de diseño corporativo para evadir el cumplimiento de las normas sobre datos personales que rigen en cada país donde opera. Asimismo, el órgano administrativo refiere que la aludida sentencia del TJUE no ha sido determinante para resolver el caso, pues en él se ha

⁷¹ “Se dispone también como paso previo a la cancelación por el tiempo necesario para determinar posibles responsabilidades en relación a los tratamientos, durante el plazo de prescripción legal o previsto contractualmente”.

aplicado la Constitución Política del Perú, la Ley de Protección de Datos Personales y su Reglamento, así como las demás normas que rigen el procedimiento administrativo.

Por último, es importante mencionar que, a diferencia del texto resolutivo del TJUE, la Resolución Directoral N° 026-2016-JUS/DGPDP ha respetado plenamente la finalidad buscada por el recurrente al no hacer pública su identidad; de tal forma que, a pesar de ser un caso emblemático para el país, no se ha puesto en evidencia a la persona que lo originó.

2.5. LOS DD.FF. VINCULADOS AL DERECHO AL OLVIDO DIGITAL

2.5.1. El derecho a la intimidad

a) Marco normativo constitucional de la intimidad

El derecho a la intimidad, formulado como tal o como derecho a la privacidad, está reconocido en sendos tratados que forman parte del derecho internacional de los derechos humanos, los cuales han sido ratificados por el Perú; por lo que, con arreglo a lo prescrito en el artículo 55 y en la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, forman parte del derecho interno y poseen rango constitucional.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su artículo 12 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.

El artículo 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos contempla lo siguiente:

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.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos sostiene en su artículo 11 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.

Por su parte, la Constitución Política del Perú reconoce el derecho a la intimidad en su artículo 2 inc. 7, cuando refiere que:

Toda persona tiene derecho: (...)

7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.

Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

Esto se complementa con el artículo 2 inc. 6 de la Constitución, que exige lo siguiente: "Toda persona tiene derecho: (...) 6. A que los

servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar”.

Aunque esta última disposición constitucional haga referencia al llamado derecho a la autodeterminación informativa, no se puede dejar de lado que una lectura concordada del texto constitucional lleva a la conclusión de que es la intimidad la que lo sustenta.

b) ¿Intimidad o privacidad?

Una de las cuestiones más importantes al momento de definir el derecho a la intimidad es contrastar su contenido con el del derecho a la privacidad o derecho a la vida privada, pues se pueden distinguir según los propios conceptos de lo íntimo y lo privado, aunque sea común que la doctrina, e incluso la jurisprudencia, los confundan y tomen por idénticos.

La Real Academia Española⁷² define a la intimidad como la “[z]ona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”. Por otro lado, define a la privacidad como el “[á]mbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión”.

Se suele conceptuar a lo privado como todo aquello que no es público, identificando dentro del ámbito de lo privado a lo íntimo, siendo que “la intimidad acota las fronteras interiores del ‘ser persona’ y la vida privada, sus fronteras exteriores” (Martínez de

⁷² Cfr. <https://dle.rae.es>.

Vallejo Fuster, 1993, p. 197). Si adoptamos la gráfica de los círculos concéntricos, el círculo interior sería el de la intimidad, mientras que el exterior sería el de la privacidad⁷³ (García Toma, 2013, p. 333).

De esa forma, cuando se afecte la intimidad se estará afectando también a la privacidad, pero cuando se afecte la privacidad no se estará afectando necesariamente a la intimidad, pues cabe la posibilidad de que el ámbito de lo privado que se afecte no esté incluido en el ámbito de la intimidad, como -por ejemplo- el derecho a la inviolabilidad de domicilio (Martínez de Vallejo Fuster, 1993, p. 197).

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha manifestado que:

(...) La vida privada es un derecho fundamental en primordial relación con la intimidad. El último de ellos tiene una protección superlativa dado que configura un elemento infranqueable de la existencia de la persona; la vida privada, por su parte, la engloba y también incluye un ámbito en donde se admiten algunas intervenciones que habrán de ser consideradas como legítimas, vinculándose inclusive con otros derechos como la inviolabilidad de domicilio, prevista en el artículo 2º, inciso 9 de la Norma Fundamental. (2005, STC Exp. N° 06712-2005-HC/TC, f. j. 38).

Queda claro, entonces, que el ámbito de la privacidad o de la vida privada circunscribe al de la intimidad; sin embargo, existen aspectos definitorios para saber cuándo se está ante la intimidad o la vida privada.

⁷³ “En este sentido, y, aunque la vida privada supone por una parte un paso previo a la intimidad, por otra la comprende sin llegar a corresponderse totalmente con ella, encontrando a su vez su límite en el ámbito público” (Martínez de Vallejo Fuster, 1993, p. 197).

La intimidad se concreta en un aspecto bidimensional, conformado por un aspecto esfera espiritual y otro material; el primero de ellos se limita a pensamientos, creencias o sentimientos que no pueden ser identificados externamente y es precisamente esa característica de intangibilidad, propia de la esfera espiritual de la persona, la que impide su protección jurídica (Martínez de Vallejo Fuster, 1993, p. 198). Por el contrario, solo interesa al derecho el aspecto material de la intimidad, es decir todo aquello que es exteriorizado por la persona, aun cuando su origen último sea meramente espiritual (Martínez de Vallejo Fuster, 1993, p. 198).

De otra parte, la privacidad tiene que ver con el control selectivo de la interacción social del individuo y la información que se puede divulgar respecto de aquel. En ese sentido, la privacidad concierne “el secreto a las comunicaciones, documentos privados, la inviolabilidad del domicilio, el secreto bancario, la reserva tributaria, datos relativos a la edad, preferencias literarias o gastronómicas, tendencias de consumo en el mercado, etc.” (García Toma, 2013, pp. 332-333).

La ausencia de definición constitucional merma la posibilidad de generar una clara distinción entre lo íntimo y lo privado, razón por la que esos límites deben ser trazados en cada caso concreto, apelando a las características o parámetros mínimos y máximos de identificación (Martínez de Vallejo Fuster, 1993, pp. 211-212), los cuales se corresponden, como se ha ido desglosando, con un

análisis sistemático de la normativa legal, constitucional y convencional.

En suma, se deduce que el artículo 2 inc. 7 de la Constitución Política del Perú engloba tanto al derecho a la vida privada como al derecho a la intimidad, siendo que este último goza de una protección mayor que -incluso- abarca a la protección de la vida familiar (García Toma, 2013, p. 333).

Pero el ámbito de lo privado referido a un concepto objetivo de la información considerada sensible (creencias, emociones, salud, vida sexual, etc.) no bastan para definir el derecho a la privacidad o a la intimidad, porque además existe una connotación subjetiva de lo privado en cuanto al aspecto volitivo del titular de la información, quien no quiere que se divulgue la información personal por más irrelevante que sea (Mieres Mieres, 2014, p.13).

Esto último ha sido entendido así por el Tribunal Constitucional de España, para quien la protección de la intimidad garantiza

(...) un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. (Tribunal Constitucional de España, 1999, f. j. 5)

Es necesario acotar que la sola intromisión o perturbación a la privacidad o intimidad personal o familiar, así como la sola divulgación sin consentimiento de contenido vinculado a estos

bienes jurídicos⁷⁴, constituyen la violación del derecho. Por lo tanto, no es necesario que se ocasione daño o perjuicio producto de la afectación al derecho fundamental, pues basta la sola conducta atentatoria (Eguiguren Praeli, 2004, p. 79).

Sin perjuicio de la distinción dogmática anotada en este apartado, a efectos de esta investigación se empleará indistintamente preferentemente el término intimidad para hacer alusión tanto al ámbito de protección de la privacidad como de la intimidad propiamente dicha; ello, en virtud a que el propio texto constitucional (artículo 2 inc. 6 y 7) lo emplea en una significación genérica para ambos contenidos conceptuales.

c) Intimidad, era digital y olvido

Hablar de la intimidad en la era digital es redundar en las características propias de internet desarrolladas *ut supra*, las cuales ponen en evidente riesgo a estos bienes jurídicos protegidos como derechos fundamentales.

El derecho a la intimidad opera pues tanto en la realidad física como en la digital, aunque siempre existan intereses vinculados a relaciones internacionales públicas en las que se pretende separar ambas realidades con la finalidad de afectar este derecho en el campo digital⁷⁵. Pese a ello, el TEDH ha sido tajante al advertir el

⁷⁴ El artículo 14 del Código Civil prescribe lo siguiente: “La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden”.

⁷⁵ Vivian Newman (2013) denuncia que en la Asamblea de las Organización de las Naciones Unidas existen algunos Estados conocidos como los Cinco Ojos, quienes “[s]egún su propia

riesgo que suponen para el derecho a la intimidad el contenido y comunicaciones en la internet, siendo incluso mayor que el que representa la prensa, manifestando así que:

Es cierto que Internet es una herramienta de información y de comunicación que se distingue particularmente de la prensa escrita, principalmente en cuanto a su capacidad para almacenar y difundir información. Esta red electrónica, que comunica a millones de usuarios por todo el mundo, no es y posiblemente nunca sea sometida a las mismas reglas ni al mismo control. Seguramente, la comunicación online y su contenido corren más riesgo que la prensa de atentar contra el ejercicio y disfrute de los derechos y libertades fundamentales, en particular el derecho al respeto de la vida privada. (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2011, párr. 63)

Del mismo modo, la Asamblea General de las Naciones Unidas (2014, p. 6), a través del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ha dicho que:

(...) las revelaciones sobre la vigilancia digital en masa plantearon la duda de si esas medidas son compatibles con las normas jurídicas internacionales y si se precisan salvaguardias más sólidas para impedir las violaciones de los derechos humanos. En concreto, las medidas de vigilancia no deben injerirse arbitraria o ilegalmente en la privacidad, la familia, el domicilio o la correspondencia de un individuo; los gobiernos deben tomar medidas específicas para garantizar la protección de la ley contra tales injerencias.

En ese sentido, las injerencias a la intimidad, aun las que se produzcan en el mundo informático, solo se podrán sustentar en

versión de la territorialidad, [plantan que] los Estados sólo deberían respetar la intimidad de quienes se encuentran en su territorio y su jurisdicción. Así justificó parcialmente Obama la actuación de la NSA develada por Snowden. De manera que, alegando proteger la seguridad interior, un gobierno podría entrar legalmente en el mundo privado de quién suministra los servicios de comunicaciones y exigir, sin la autorización judicial debida, la revelación de todos los datos que giran en torno a un usuario con relaciones en el extranjero. Como si el internet funcionase con aduanas, visas y pasaportes”.

causales contempladas por la ley, que, a su vez, deberán estar en consonancia con las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos y -obviamente- la constitución, bajo criterios de razonabilidad (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2014, p. 8).

La Asamblea General de las Naciones Unidas advierte, además, que un riesgo para la privacidad de los usuarios en internet consiste en suministrar voluntariamente información personal a cambio de un servicio específico, cuando en realidad ni siquiera pueden llegar a tener pleno conocimiento de los datos que están compartiendo, menos aún del uso que se hará de ellos (2014, p. 7). Este es el caso de las redes sociales, donde, conscientes o no, los usuarios suministran y comparten voluntariamente abundante información personal e incluso familiar, la cual luego es administrada de forma indebida por el servidor a cargo del banco de datos⁷⁶.

El reto para superar los riesgos a la privacidad en internet, pasa, en principio, por el control estatal que provea de un ordenamiento jurídico suficiente para su protección, así como por dotar de mecanismo adecuados que garanticen el efectivo cumplimiento de dicha normativa (Asamblea de las Naciones Unidas, 2014, p. 18). Por otro lado, mucho dependen del interés de los propios usuarios de internet por proteger su privacidad, haciendo una adecuada

⁷⁶ Una investigación del *The New York Times* reveló cómo la red social *Facebook* compartió información de sus usuarios con 150 compañías multinacionales con la finalidad de interconectar sus redes de mercadeo (Pérez Colomé, 2018).

revisión de las políticas de privacidad de las plataformas que utilizan, así como de la debida diligencia en la información que comparten y suministran (García Ricci, 2009, pp. 198-199). En suma, la protección de la privacidad en la realidad digital debe ser asumida por el gobierno, el administrador del banco de datos, pero también por el propio usuario que comparte su información.

Ahora bien, se ha dicho que la disociación entre la información pública y privada no solo se limita a datos objetivos que deban escapar de la primera esfera, sino también al aspecto subjetivo (volitivo) del titular de la información personal, quien no desea que dicha información sea divulgada.

En ese sentido, la noción de intimidad en público no es contradictoria, pues bajo la decisión de reserva de la información, pese a encontrarse en un lugar público, es legítima la pretensión de quien quiere que sus actos, palabras o presencia no se divulguen más allá de la audiencia que se escoge como adecuada, de tal forma que se produciría una transgresión a la intimidad si se le somete a una audiencia que no quiere (Mieres Mieres, 2014, p. 14). De ahí que el Tribunal Constitucional haya dicho que el derecho a la intimidad “está constituido por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño” (2005, STC Exp N° 06712-2005-HC/TC, f. j. 38).

La intimidad en público no solo protege el derecho a la intimidad de la persona sino -sobre todo- el derecho a su imagen personal, derechos que se encuentran estrechamente vinculados y que, en palabras del Tribunal Constitucional español admiten la existencia de barreras de reserva con la finalidad de que

(...) la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia —y previa— conducta de aquél o las circunstancias en las que se encuentre inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél. (Tribunal Constitucional de España, 1994, f. j. 5)

De ese modo las personas tienen la posibilidad de comportarse ante determinado grupo de forma distinta a como lo harían generalmente en público,

(...) a través del uso de barreras físicas (por ejemplo, un lugar apartado), barreras conductuales (un comportamiento que supone el rechazo de una intromisión, como, por ejemplo, callarse cuando un tercero irrumpe en una conversación privada) o barreras basadas en normas sociales (por ejemplo, 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). (Mieres Mieres, 2014, p. 14)

La existencia de estas barreras de reserva, según la posición de Luis Mieres (2014), hacen posible que el paso del tiempo genere en la persona una expectativa razonable de intimidad respecto a su información, porque ha dejado de ser actual y no es objeto de atención pública, por lo que se debe considerar como reservada y no como *res nullius* pasible de ser publicado por cualquiera en cualquier momento (p. 14); pero, además, el derecho al olvido también puede cubrir la expectativa de salvaguarda de la intimidad

respecto de supuestos de reiteración o multiplicación de la difusión de información o datos íntimos que han sido objeto de una divulgación inicial ilícita (pp. 15-16).

Sobre esto último, el Tribunal Constitucional español ha dicho que:

(...) será de destacar que la publicación ilícita de elementos a todas luces incluidos en el ámbito reservado propio de la intimidad (...) es decir, no permite la reiteración de la publicación, que sigue integrando lesión del derecho, manteniendo en la memoria pública el dato e incluso ampliando el campo de personas que llegan a conocerlo. (Tribunal Constitucional de España, 2002, f. j. 8).

O como bien refiere Joaquín Urías citado por Mieres Mieres (2014), “[e]l efecto multiplicador de la publicidad de un dato que nunca debió dejar de ser íntimo da lugar, a partir del derecho a la intimidad, a un ‘derecho al olvido especialmente cualificado’” (p. 16).

En suma, es perfectamente válido generar una expectativa de protección a la intimidad contra información pasada que pueda lesionar la apreciación actual sobre la persona, pero con mayor incidencia cuando dicha información pasada lesionó desde el principio, con la primera publicación, el derecho en cuestión; de tal forma que, para cualquier caso, el conflicto con las libertades de expresión e información solo se pueda resolver en atención al interés público vigente que justifique la intromisión en la intimidad (Mieres Mieres, 2014, p. 39).

2.5.2. El derecho a la identidad

a) Marco normativo constitucional de la identidad

El artículo 8 inc. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. El inc. 2 del mismo artículo continúa: “Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

El Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos ha comentado aquellas normas, refiriendo que la Convención establece expresamente el derecho a la identidad del niño, derecho que obviamente acompaña a la persona en forma permanente, a lo largo de todas las etapas de su vida (2007, párr. 11.1). Asimismo, precisa que si bien es cierto la Convención Americana sobre Derechos Humanos no consagra expresamente el derecho a la identidad, sí contempla el derecho al nombre, a la nacionalidad y el derecho relativo a la protección de la familia, los cuales conforman el derecho a la identidad (Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos, 2007, párr. 11.2-11.3), derecho que no nace con el reconocimiento de las dimensiones indicadas, pues preexiste como derecho fundamental autónomo, atributo de la dignidad humana

cuyo ejercicio debe estar garantizado por los Estados (Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos, 2007, párr. 13 y 18.3).

El argumento expuesto en el párrafo anterior bien sirve al mismo propósito, cuando se haga referencia a la Declaración Universal de los Derechos Humanos o el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, sobre todo cuando este último reconoce en su artículo 16 que: “Todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”⁷⁷. Estos instrumentos de derecho internacional que también reconocen el derecho al nombre, a la nacionalidad, entre otros iguales que conforman el derecho a la identidad. Todos estos tratados, parte del derecho internacional de los derechos humanos, han sido ratificados por el Perú; por lo que, con arreglo a lo prescrito en el artículo 55 y en la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, forman parte del derecho interno y poseen rango constitucional.

Por su lado, el artículo 2 inc. 1 de la Constitución Política del Perú establece que: “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”.

⁷⁷ El Tribunal Constitucional ha dicho que: “El artículo 2.1 de la Constitución expresamente refiere que toda persona tiene derecho a la identidad (...) que comprende (...) el derecho a un nombre -conocer a sus padres y conservar sus apellidos-, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica” (2005, STC Exp. N° 02432-2005-PHC/TC, f. j. 4).

b) Complejidad de la identidad personal

Todas las personas son, por definición, iguales y no hay mayor sustento para ello que su sola condición humana y la correspondiente dignidad que les es inherente. Sin embargo, la particularidad de los seres humanos también debe ser respetada como condición de ser entendidos como fin en sí mismo y, por ende, capaces de autorrealizarse, proyectando su propia identidad⁷⁸.

Se puede definir el derecho a la identidad como el derecho que tiene toda persona a ser uno mismo y a no ser confundido con otros como condición de su particularidad (Elizondo Breedy & Carazo Vicente, 1998, p. 378; Sagües, 2007, pp. 660).

En palabras del Tribunal Constitucional peruano, el derecho a la identidad es

(...) el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.). (2005, STC Exp. N° 02273-2005-HC/TC, f. j. 21)

⁷⁸ El Tribunal Constitucional ha dicho que: “Todas las personas son iguales por el solo hecho de su condición humana y de la dignidad que les es inherente; sin embargo, aun siéndolo, no existen dos o más personas idénticas, pues cada una responde a las características individuales o autodeterminativas que le son propias, y tienen derecho a que las mismas sean respetadas o en su caso, defendidas” (2010, STC Exp. N° 00550-2008-PA/TC, f. j. 10).

El derecho a la identidad resulta por tanto un derecho complejo, el cual inicia con la vida misma de la persona y que se desarrolla a través del reconocimiento de su personalidad jurídica, su derecho al nombre e inclusive libertades que contribuyen a su configuración como la libertad religiosa, la libertad de pensamiento y la libertad de opinión, el libre desarrollo de la personalidad, además del derecho a la privacidad, a la propia imagen, al honor, entre otros (Rubio Correa, 1999, p. 128; Elizondo Breedy & Carazo Vicente, 1998, pp. 379-380).

Sin perjuicio de aquello, la identidad no se puede reducir a uno solo de los derechos que la conforman, ni mucho menos a la sumatoria de estos, sino que debe ser reconocido como un derecho autónomo que se nutre de las normas de derecho internacional y del ordenamiento jurídico interno, las cuales concurren para conformar la especificidad del individuo, como un ser único, singular e identificable (Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos, 2007, párr. 14.1, 14.2 y 15).

Queda claro que la complejidad de la identidad, al igual que la del ser humano, hace difícil -cuando no imposible- la tarea de definir su contenido, pues buscando dicho cometido se corre el riesgo de obviar aspectos relevantes para tal fin. No obstante, siguiendo la línea generalizadora que precede, se puede anotar que la identidad comprende diversos aspectos de la persona que van desde los estrictamente físicos, como su genotipo y fenotipo, hasta aquellos

de mayor desarrollo espiritual, como su conciencia, cultura, valores, entre otros⁷⁹ (Rubio Correa, 1999, p. 127).

c) Identidad dinámica y derecho al olvido

La complejidad de la identidad de la persona humana ha llevado a la doctrina, en un afán sintetizador, a postular su bidimensionalidad. Para Carlos Fernández Sessarego (2015, pp. 116-117), el derecho a la identidad es entendido en su acepción estática cuando el sujeto ha sido identificado primariamente, a través de su nombre, imagen, genotipo o fenotipo; pero también es entendido en su acepción dinámica, cuando el conjunto de atributos y características de la persona permiten su identificación en sociedad.

Por su parte, Juan Espinoza Espinoza (2004, p. 256) sostiene la existencia de una identidad consolidada, producto de antiguas militancias, y de una identidad reciente, como desenvolvimiento de la personalidad hacia una nueva conciencia e imagen⁸⁰. Estas dimensiones de la identidad, componen, a su vez, a la identidad dinámica a la que hace alusión Fernández Sessarego (2015, p. 226), dimensiones que se diferencian por el paso del tiempo y, con

⁷⁹ El Tribunal Constitucional ha dicho que “(...) cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras. Aun cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres, o las creencias (por citar otros dos casos)” (2005, STC Exp. N° 02273-2005-HC/TC, f. j. 23).

⁸⁰ Guido Alpa, citado por Juan Espinoza (2004, pp. 257-258), sostiene que la identidad debe ser considerada en su sentido actual, pero también es el reflejo de una serie sucesiva de diversas identidades, facultándosele para cambiar aspectos de su identidad, por lo que cabría hablar del derecho al olvido.

él, el correspondiente cambio del individuo, lo que hace posible hablar de un real derecho al olvido (Espinoza Espinoza, 2004, pp. 256-258).

Distinguir a la identidad estática de la identidad dinámica no es otra cosa que reconocer la propia naturaleza humana, en la que convergen *soma* y *psique* como elementos ontológicos que exigen una protección integral de la persona humana (Fernández Sessarego, 2015, pp. 226-227).

La identidad dinámica se sustenta entonces en el aspecto espiritual, psíquico de la persona humana y, como tal, posee una fuerte carga subjetiva que se manifiesta en el libre desarrollo de la personalidad como resultado de un proyecto de vida y de la realidad existencial del ser humano. El libre desarrollo de la personalidad, reconocido también en el artículo 2 inc. 1 de la Constitución Política del Perú,

(...) protege a la persona en dos aspectos complementarios: el primero en mantener sus potencialidades como tales, es decir, establece el derecho de que no se le cierren posibilidades en la sociedad. El segundo en tomar las acciones que la conduzcan a desarrollarse dentro del cumplimiento de sus deberes y de los límites que imponen las leyes (Rubio Correa, 1999, p. 133).

Este carácter binario de la identidad conlleva a afirmar que la identidad, en cuanto interacción social, posee cuatro características principales: i) *integridad*, en virtud de la cual se reconoce al individuo en todas las facetas de su existencia y coexistencia social develada públicamente; ii) *realidad*, implica el

reconocimiento real y correspondiente entre los comportamientos sociales más notorios de una persona y la genuina representación de su personalidad; iii) *exterioridad*, que significa reconocer como representación social solamente aquellos rasgos distintivos que hayan sido proyectados por el individuo en su interacción social; y, iv) *mutabilidad subjetiva*, implica la posibilidad permanente del individuo para cambiar su cosmovisión, comportamiento, escala de valores, entre otras, siempre que se haya hecho notoriamente público (García Toma, 2013, pp. 150-151).

Precisamente, en cuanto a las características de exterioridad y mutabilidad subjetiva, el paso del tiempo puede presentar un efecto distorsionador sobre la consideración social de la persona, afectando con ello su honor al tratarse de un dato falso que perjudica su percepción social o incluso al tratarse de información verdadera pero pretérita y que ocasiona el mismo efecto, falseando la imagen actual de la persona según su pasado (Mieres Mieres, 2014, pp. 16-18).

El derecho al libre desarrollo de la personalidad garantiza entonces una libertad general de actuación del ser humano en relación con el desarrollo de su personalidad, libertad que se traduce en las potestades consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de la persona (Tribunal Constitucional, 2010, STC Exp. N° 00002-2010-CC/TC, f. j. 29), sin que ello suponga -claro está- la afectación a otros derechos fundamentales,

disposiciones constitucionales o principios que informen al Estado constitucional.

d) Problemática jurisprudencial sobre la identidad dinámica

La identidad dinámica sustenta su impronta en la posibilidad del individuo de definirse a sí mismo en sociedad. Este corolario ha traído serias consecuencias en la práctica judicial, donde su aplicación ha requerido de un análisis profundo por parte de la magistratura.

Por citar un ejemplo, en un caso de impugnación de paternidad donde, pese a sustentarse la pretensión impugnatoria en la prueba de ADN que determina la filiación (identidad estática), se resolvió en favor de la identidad dinámica del menor, a quien se le permite conservar el nombre con el que se le ha venido reconociendo en sociedad (Corte Suprema, 2016, Cas. 950-2016, Arequipa).

Situación más controvertida es la del cambio de sexo en el DNI. En la sentencia que recae en el Exp. N° 00139-2013-PA/TC, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda de amparo de una persona transexual que pedía que le sea asignado el sexo femenino y no el masculino, como figuraba, pues ante el Poder Judicial ya había obtenido una sentencia favorable respecto al cambio de prenombre y ahora solicitaba a la RENIEC le sea asignado el sexo con el cual se identificaba según ese nuevo nombre. El sustento de la resolución (que en virtud del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional fue

declarada como doctrina constitucional vinculante obligatoria⁸¹)

estriba en que, para el TC:

(...) el sexo viene a ser el sexo biológico, el sexo cromosómico o genético instaurado en el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, que determina el sexo femenino o masculino: cromosomas XX (femenino), cromosomas XY (masculino). La diferencia entre los sexos responde, pues, a una realidad extrajurídica y biológica que debe ser constitucionalmente respetada por fundarse en "la naturaleza de las cosas " (artículo 103 de la Constitución), y en tanto que la ciencia aporta que el sexo cromosómico no se puede cambiar, el sexo es indisponible para el individuo. (2014, STC Exp. N° 00139-2013-PA/TC, f. j. 5)

Posteriormente, este criterio fue cambiado con la sentencia recaída en el Exp. N° 06040-2015-PA/TC, en la cual se resuelve dejar sin efecto la doctrina jurisprudencial señalada en la sentencia precedente y, aunque declara improcedente la demanda de cambio de nombre y sexo en el DNI de una persona transexual por existir una vía igualmente satisfactoria del derecho (proceso civil), deja a salvo su derecho para hacer valer su pretensión en ella. El cambio de criterio adoptado por el TC, implica reconocer que:

(...) existe una fuerte tendencia de reconocer que existe un derecho a la identidad de género, el cual forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la identidad personal. Este hace referencia al conjunto de vivencias que denotan una expresión propia del ser humano, y que, por ello, le permiten distinguirla de otras personas. La forma en que ella decide no seguir los patrones convencionales que, dentro de las prácticas sociales, permiten identificar a una persona como "hombre" o "mujer", es, ineludiblemente, un aspecto esencial de la manera en que ha decidido desarrollar su vida, y que, en ese sentido,

⁸¹ El artículo VI del T.P. del Código Procesal Constitucional dice: "(...) Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional".

merece tutela constitucional al formar parte de su identidad.
(2016, STC Exp. N° 06040-2015-PA/TC, f. j. 14)

La jurisprudencia expuesta demuestra la tendencia de los operadores jurídicos a primar la identidad dinámica, como definición o construcción social del ser humano, por sobre la identidad estática, referida a la determinación biológica de la persona.

2.5.3. El derecho a la autodeterminación informativa

a) Marco normativo constitucional de la autodeterminación informativa

El derecho a la autodeterminación informativa es un derecho fundamental de configuración reciente. Sus orígenes se remontan a una respuesta por tutelar la privacidad en el contexto de internet, aunque, posteriormente, ha adquirido autonomía, en tanto involucra la protección de datos personales no frente a su registro y utilización informática, sean de naturaleza privada o no, considerándolos objeto de preservación, control y defensa (Eguiguren Praeli, 2004, p. 151). Es por eso que no ha llegado a ser reconocido expresamente por los instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos, ni tampoco cuenta con mayores antecedentes en los textos constitucionales de Perú, siendo incorporado recién en la Constitución Política de 1993 (Rubio Correa, 1999, p. 227).

La Constitución Política del Perú establece en su artículo 2 inc. 6 que: “Toda persona tiene derecho: (...) 6. A que los servicios

informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar”.

b) Aspectos definitorios de la autodeterminación informativa

El derecho a la autodeterminación informativa, también conocido como derecho a la protección de datos personales, fue inicialmente una respuesta de protección a la privacidad en la realidad digital, la cual supuso dejar atrás las barreras espaciales y temporales que limitaban la utilización y acumulación de la información (Castro Cruzatt, 2009, p. 213); sin embargo, conforme se fue desarrollando, adquirió autonomía propia como un derecho que

supone la protección de los datos personales tanto mediante la prohibición del registro de los datos de tipo íntimo o sensible, como a través de la rigurosa regulación del recojo, elaboración, almacenamiento y transmisión de los datos restantes; a fin de garantizar su veracidad y proporcionalidad con relación al fin para el que se obtienen, así como el control de los interesados sobre la información que los afecta. (Eguiguren Praeli, 2004, p. 160)

La autodeterminación informativa implica la potestad de decidir qué datos personales proporcionar a un tercero y cuáles pueden ser almacenados por aquel, saber quién posee sus datos y para qué los tiene, pudiéndose oponer a su posesión y uso (Hernández Ramos, 2013, p. 21). O como lo definición el Tribunal Constitucional español:

(...) consiste en un poder de disposición y de 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 el 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 oponerse a esa posesión y usos (...). (Tribunal Constitucional de España, 2001, f. j. 7)

En buena cuenta, la autodeterminación informativa representa un límite al poder que significa la acumulación de información por parte de los bancos de datos, pues “el registro indiscriminado de datos personales, su interrelación y posterior transmisión descontrolada confiere un alto poder de control sobre los titulares de dichos datos, llegando a representar una nueva forma de dominio social a la que se ha denominado *Poder Informático*” (Castro Cruzatt, 2009, p. 214); recortando dicho poder a límites razonables que permitan a los individuos retomar su calidad de agrupación de iguales⁸² en sociedad (Rubio Correa, 1999, p. 229).

Es un derecho que surge con la finalidad de que los individuos que consideren afectado su autodeterminación informativa por una manipulación indebida de sus datos personales, puedan tener un

⁸² Por ejemplo: “con el registro no consentido de la filiación política de una persona que tiene expectativas de acceder a un puesto de trabajo y el posterior acceso de su potencial contratante a dicho dato, se podría generar una afectación a su derecho a la no discriminación y eventualmente una afectación a su derecho al trabajo” (Castro Cruzatt, 2009, p. 214).

mecanismo jurídico de protección⁸³ (Eslava Morales, 2016, p. 102), logrando la exclusión de dichos datos de algún banco de datos, permitiéndosele además oponerse a su transmisión, registro y difusión (Tribunal Constitucional del Perú, 2007, STC Exp. N° 04739-2007-HD/TC, f. j. 4). En buena cuenta, “busca solventar la tensión existente entre el uso generalizado -y necesario- de la informática y el riesgo que dicho uso supone en el disfrute de los derechos de las personas” (Castro Cruzatt, 2009, p. 215).

Tampoco puede obviarse la complejidad de la autodeterminación informativa, en tanto posee implicancias prácticas en la satisfacción de otros derechos fundamentales, como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional al decir que “tiene por objeto proteger la intimidad, personal o familiar, la imagen y la identidad frente al peligro que representa el uso y la eventual manipulación de los datos a través de los ordenadores electrónicos” (2003, STC Exp. N° 01797-2002-HD/TC, f. j. 3).

El contenido de la información, es decir el dato que se desea proteger, no va a estar relacionado necesariamente a contenidos privados de la persona, es más, puede que en un principio el propio individuo haya autorizado la utilización del dato y luego, simplemente, ya no desea su utilización por terceros; asimismo,

⁸³ Para el Tribunal Constitucional, el derecho a la autodeterminación informativa “(...) consiste en la serie de facultades que tiene toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros ya sean públicos, privados o informáticos, a fin de enfrentar las posibles extralimitaciones de los mismos” (2007, STC Exp. N° 04739-2007-HD/TC, f. j. 2).

tampoco es necesario que el dato afecte el honor, la buena reputación o la imagen de la persona, pues basta con que ésta se oponga a la utilización del dato para que sea amparable el derecho (Garriga Domínguez, 2004, p. 22).

La regulación y contenido de la autodeterminación informativa adquiere así una dimensión superadora del derecho a la intimidad⁸⁴, que lo hace distinto y autónomo de este y otros derechos, aunque con su satisfacción se suelen satisfacer a su vez otros tantos (Manzanero Jiménez & Pérez García-Ferrería, 2015, p. 252).

c) Los derechos ARCO en la Ley de Protección de Datos Personales

Para Francisco Eguiguren, el derecho a la autodeterminación informativa proporciona al titular un cúmulo de facultades, entre las que se encuentran:

- a) Acceso o conocimiento a las informaciones y datos relacionados con su persona, existentes en archivos, registros o bancos de datos informatizados.
- b) Actualización de informaciones o datos personales contenidos en los archivos, bancos de datos o registros.
- c) Rectificación o aclaración de informaciones o datos inexactos.
- d) Exclusión o supresión de "datos sensibles", de carácter íntimo o privado, y de datos personales que no deben ser objeto de almacenamiento o registro, a fin de salvaguardar la intimidad personal o de impedir la eventual discriminación.
- e) Confidencialidad de informaciones y oposición a la transmisión de datos personales que, por su carácter

⁸⁴ Cierta sector de la doctrina considera que la autodeterminación informativa bien puede significar una redefinición del derecho a la intimidad y no un derecho fundamental autónomo (Cfr. Ruiz Miguel, 1994, 241-242; Martínez de Vallejo Fuster, 1993, p. 212).

reservado, no debe permitirse su difusión a terceros. (Eguiguren Praeli, 2004, pp. 177-178)

Pese al desarrollo dogmático del contenido del derecho a la autodeterminación informativa, el artículo 2 inc. 6 de la CP se limita en estricto a la facultad de evitar el suministro de información personal a través de medios informáticos, cuando dicha información afecta la intimidad personal o familiar del titular⁸⁵; es decir, cuando se trate de datos sensibles, los cuales aluden a cuestiones íntimas de la persona y “cuya divulgación o comunicación a terceros puede dar lugar a prácticas discriminatorias” (Castro Cruzatt, 2009, p. 219).

La fórmula empleada por el texto constitucional restringe en demasía el alcance del derecho y no se condice con los aspectos definitorios del mismo (Eguiguren Praeli, 2004, pp. 178-181); sin embargo, la LPDP supone un avance en cuanto a la configuración legal del derecho, pues extiende la protección de la autodeterminación afirmativa a su real significado.

El artículo 2 de la LPDP, encargado de definir ciertos términos relevantes para sus efectos, distingue a los datos personales de los datos sensibles, entendiendo a estos últimos en su estrecha

⁸⁵ “En síntesis, esta norma constitucional, si nos atenemos a su tenor literal, sólo se limitaría a proteger a la persona evitando que los servicios informáticos suministren datos o informaciones que afectan la intimidad personal, desatendiendo aparentemente todas las otras posibilidades de cobertura de este derecho. Incluso podría pretenderse dejar fuera de la prohibición la difusión de datos que, sin vulnerar la intimidad personal o familiar, se refieran a aspectos reservados o privados de la personalidad o cuya divulgación pueda conllevar formas de discriminación o contribuir a ésta” (Eguiguren Praeli, 2004, p. 182).

vinculación con la intimidad personal o familiar del titular⁸⁶. Con ello se logra ampliar la protección a todos los datos personales y precisar que “ningún dato personal es *neutro o irrelevante* por lo que la facultad de sus titulares de controlar su acopio y posterior uso debe garantizarse en todos los casos” (Castro Cruzatt, 2009, p. 215).

En doctrina se utiliza las siglas ARCO para hacer referencia a las facultades que comprende el derecho a la autodeterminación informativa, estos son los derechos de: acceso, rectificación, cancelación y oposición.

El derecho de acceso está referido a la facultad de la persona para averiguar en el banco de datos si estos están siendo utilizados, la forma en la que fueron obtenidos y para qué se los está usando. El TC sostiene que tiene por objeto permitir “conocer qué es lo que se encuentra registrado, para qué y para quién se realizó el registro de información, así como la (o las) persona(s) que recabaron dicha información” (2007, STC Exp. N° 03052-2007-HD/TC, f. j. 3).

El artículo 19 de la LPDP dice lo siguiente respecto al derecho de acceso:

El titular de datos personales tiene derecho a obtener la información que sobre sí mismo sea objeto de tratamiento

⁸⁶ El artículo 2 de la Ley N° 29733 dice: “Para todos los efectos de la presente Ley, se entiende por: (...) 4. Datos personales. Toda información sobre una persona natural que la identifica o la hace identificable a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados. 5. Datos sensibles. Datos personales constituidos por los datos biométricos que por sí mismos pueden identificar al titular; datos referidos al origen racial y étnico; ingresos económicos, opiniones o convicciones políticas, religiosas, filosóficas o morales; afiliación sindical; e información relacionada a la salud o a la vida sexual (...)”.

en bancos de datos de administración pública o privada, la forma en que sus datos fueron recopilados, las razones que motivaron su recopilación y a solicitud de quién se realizó la recopilación, así como las transferencias realizadas o que se prevén hacer de ellos.

Por su parte, el artículo 61 del Reglamento establece lo siguiente:

Sin perjuicio de lo señalado en el artículo 19 de la Ley, el titular de los datos personales tiene derecho a obtener del titular del banco de datos personales o responsable del tratamiento la información relativa a sus datos personales, así como a todas las condiciones y generalidades del tratamiento de los mismos.

El derecho de acceso actúa como presupuesto para el ejercicio de las demás facultades que integran el derecho a la autodeterminación informativa, pues “conociendo el contenido de la información personal registrada, se podrá detectar su uso inexacto, desactualizado o erróneo, tras lo cual será exigible su rectificación, actualización o eventual exclusión” (Castro Cruzatt, 2009, p. 224).

El derecho de rectificación permite actualizar, corregir o completar los datos personales que hagan falta para su tratamiento en el banco de datos. Su objeto estriba en “corregir información consignada de forma errada, o la modificación de aquella que es presentada de manera imprecisa o inexacta” (Castro Cruzatt, 2009, p. 225). Pero, además, permite la actualización del dato, es decir poner al día la información “que ha dejado de ser cierta debido al cambio de circunstancias acaecido con el transcurso del tiempo” (Castro Cruzatt, 2009, p. 225).

El artículo 20 de la LPDP reconoce así que:

El titular de datos personales tiene derecho a la actualización, inclusión, rectificación y supresión de sus datos personales materia de tratamiento, cuando estos sean parcial o totalmente inexactos, incompletos, cuando se hubiere advertido omisión, error o falsedad, cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a la finalidad para la cual hayan sido recopilados o cuando hubiera vencido el plazo establecido para su tratamiento (...).

Asimismo, los artículos 64, 65 y 66 del Reglamento prevén los derechos a la actualización⁸⁷, rectificación⁸⁸ e inclusión⁸⁹ de datos, respectivamente, reconociendo que estas tres acciones conforman el derecho a la rectificación de datos personales.

El derecho a la cancelación, exclusión o supresión del dato también está reconocido en el artículo 20 de la Ley de Protección de Datos Personales y básicamente consiste en la eliminación del dato del banco en el que se encuentra. En ese sentido, el artículo 67 del Reglamento contempla lo siguiente:

El titular de los datos personales podrá solicitar la supresión o cancelación de sus datos personales de un banco de datos personales cuando éstos hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hayan sido recopilados, cuando hubiere vencido el plazo establecido para su tratamiento, cuando ha revocado su consentimiento para el tratamiento y en los demás casos en los que no están

⁸⁷ El artículo 64 del Reglamento de la Ley N° 29733 dice: “Es derecho del titular de datos personales, en vía de rectificación, actualizar aquellos datos que han sido modificados a la fecha del ejercicio del derecho (...)”.

⁸⁸ El artículo 65 del Reglamento de la Ley N° 29733 dice: “Es derecho del titular de datos personales que se modifiquen los datos que resulten ser inexactos, erróneos o falsos (...)”.

⁸⁹ El artículo 66 del Reglamento de la Ley N° 29733 dice: “Es derecho del titular de datos personales que, en vía de rectificación, sus datos sean incorporados a un banco de datos personales, así como que al tratamiento de sus datos personales se incorpore aquella información faltante que la hace incompleta, omitida o eliminada en atención a su relevancia para dicho tratamiento (...)”.

siendo tratados conforme a la Ley y al presente reglamento (...).

En suma, el derecho a la cancelación del dato confiere al titular la posibilidad de solicitar la eliminación de sus datos personales cuando se trate de información sensible sin que medie consentimiento del titular o justificación legal, cuando se conserve información que ya es caduca o cuando su registro sea impertinente en relación con la finalidad del respectivo banco de datos y, por último, cuando el propio titular revoque el consentimiento brindado inicialmente para su tratamiento (Castro Cruzatt, 2009, pp. 227-228).

El derecho de oposición está referido a la restricción del uso de datos personales para determinado fin, según la voluntad del titular.

En ese sentido, el artículo 22 de la Ley de Protección de Datos Personales señala:

Siempre que, por ley, no se disponga lo contrario y cuando no hubiera prestado consentimiento, el titular de datos personales puede oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En caso de oposición justificada, el titular o el encargado de tratamiento de datos personales, según corresponda, debe proceder a su supresión, conforme a ley.

Por su parte, el artículo 71 del Reglamento prescribe:

El titular de datos personales tiene derecho a que no se lleve a cabo el tratamiento de sus datos personales o se cese en el mismo, cuando no hubiere prestado su consentimiento para su recopilación por haber sido tomados de fuente de acceso al público.

Aun cuando hubiera prestado consentimiento, el titular de datos personales tiene derecho a oponerse al tratamiento de sus datos, si acredita la existencia de motivos fundados y

legítimos relativos a una concreta situación personal que justifiquen el ejercicio de este derecho.

En caso que la oposición resulte justificada el titular del banco de datos personales o responsable de su tratamiento deberá proceder al cese del tratamiento que ha dado lugar a la oposición.

El derecho de oposición contemplado en la ley se encuentra estrictamente vinculado a la restricción del suministro de datos personales del banco de datos a un tercero, por solicitud del titular, el cual consiste en impedir el suministro de dicha información a terceros cuando se trate de información recaída en datos sensibles o cuando se procure dar un tratamiento distinto a la finalidad para el cual fue autorizado (Castro Cruzatt, 2009, pp. 225-226). Así es como la ley ha regulado el derecho a impedir el suministro, sin perjuicio de que esta sea una manifestación del derecho de oposición⁹⁰.

d) Autodeterminación informativa y olvido digital

Hay quienes sostienen que al hablar de derecho al olvido en realidad se habla del derecho a la cancelación como contenido del derecho a la autodeterminación informativa (Eslava Morales, 2016, p. 124).

El sustento de tal afirmación estriba en la consideración de que

(...) el factor tiempo tiene una incidencia evidente sobre los datos que son objeto de tratamiento por un tercero, en la medida en que su paso puede hacer que el tratamiento de

⁹⁰ El artículo 21 de la Ley N° 29733 dice: “El titular de datos personales tiene derecho a impedir que estos sean suministrados, especialmente cuando ello afecte sus derechos fundamentales. El derecho a impedir el suministro no aplica para la relación entre el titular del banco de datos personales y el encargado de tratamiento de datos personales para los efectos del tratamiento de estos”.

datos obsoletos resulte inadecuado, impertinente o excesivo, dando lugar a que el titular pueda ejercer su derecho de cancelación, oposición o rectificación. (Mieres Mieres, 2014, p. 19)

Precisamente, la vinculación del derecho a la cancelación respecto del derecho al olvido es lo que en doctrina se ha denominado cancelación del dato negativo, el cual responde a los principios de limitación en el tiempo o principio de caducidad y al principio de finalidad del dato (Oscar Puccinelli, 2012, p. 4).

El principio de caducidad demanda que el registro de la información personal que suponga reproche social al titular deba estar sujeta a un límite de tiempo para su permanencia en el banco de datos, de tal forma que al transcurrir un plazo razonable aquel pueda pedir su cancelación (Castro Cruzatt, 2009, p.226).

Por su parte, el principio de finalidad del dato sugiere que este sea tratado conforme al fin con el que fue recabado y una vez cumplido su cometido deba ser eliminado del banco donde se encuentra (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1990).

De otro lado, la jurisprudencia norteamericana asume que hay gran dificultad para definir estándares objetivos que determinen cuándo el paso del tiempo hace posible la pérdida del interés público sobre determinada información, es más, sostiene que todo dato ingresado al flujo de información permanece ahí por siempre (Leturia, 2016, p. 98); razón por la cual los principios anotados carecen de efectividad.

En todo caso, siempre queda claro que la vinculación de la autodeterminación informativa con el derecho al olvido hace que “los derechos de cancelación y oposición proyectados sobre Internet permiten proteger el interés de las personas a obtener el olvido digital de datos pasados que les pueden perjudicar” (Mieres Mieres, 2014, p. 20).

e) Límites a la autodeterminación informativa

El Estado constitucional no prevé la existencia de derechos absolutos y la autodeterminación informativa no es la excepción a ello. Los derechos fundamentales pueden limitarse a través del propio texto constitucional o en la práctica, según su intervención con otros derechos o principios constitucionales.

Como ya se adelantó, la configuración constitucional de la autodeterminación informativa en el Perú es bastante restrictiva en cuanto a su definición dogmática y a la que ha alcanzado en otros textos constitucionales. Sin embargo, el desarrollo legislativo dado en la Ley de Protección de Datos Personales ha logrado condecir el contenido del derecho a la autodeterminación informativa con su regulación en el ordenamiento jurídico. En ese sentido, es en el desarrollo legal del derecho a la autodeterminación informativa, donde también subyacen sus límites intrínsecos.

En primer término, la protección de datos personales no involucra la protección de los datos personales contenidos en bancos de datos creados por personas naturales para fines exclusivamente

relacionados con su vida privada o familiar⁹¹. Por ejemplo, este es el caso de una persona que conserve datos personales propios y de su familia con la finalidad de que se les practique estudios genealógicos, incluso también de los propios genealogistas que manejan sendos bancos de datos de distintas personas y sus correspondientes familias.

En segundo lugar, se encuentran fuera de los límites de la autodeterminación informativa los datos contenidos en los bancos de datos a cargo de las entidades públicas a las que la ley les asigna competencia para la defensa nacional, seguridad pública, y para el desarrollo de actividades en materia penal para la investigación y represión del delito⁹². Por citar un ejemplo, este sería el caso de los datos personales contenidos en el Registro Nacional de Condenas o del Registro Nacional Judicial, órganos adscritos al Poder Judicial, cuya finalidad es registrar las sentencias condenatorias remitidas por los órganos jurisdiccionales.

Por otro lado, el derecho a la cancelación de datos personales contenidos en bancos de datos de la administración pública, se debe ejercer conforme a lo dispuesto en el artículo 21 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806 (Ley de Transparencia y

⁹¹ *Cfr.* Artículo 3 inc. 1 de la Ley N° 29733.

⁹² *Cfr.* Artículo 3 inc. 2 de la Ley N° 29733.

Acceso a la Información Pública)⁹³, referido a la conservación de la información, que a tenor literal dispone:

Es responsabilidad del Estado crear y mantener registros públicos de manera profesional para que el derecho a la información pueda ejercerse a plenitud. En ningún caso la entidad de la Administración Pública podrá destruir la información que posea.

La entidad de la Administración Pública deberá remitir al Archivo Nacional la información que obre en su poder, en los plazos estipulados por la Ley de la materia. El Archivo Nacional podrá destruir la información que no tenga utilidad pública, cuando haya transcurrido un plazo razonable durante el cual no se haya requerido dicha información y de acuerdo a la normatividad por la que se rige el Archivo Nacional.

Asimismo, el derecho a la autodeterminación informativa no implica la facultad del titular de los datos personales para ejercer los derechos ARCO cuando existan razones fundadas en la protección de derechos e intereses de terceros, cuando el ejercicio de dichas facultades pueda obstaculizar actuaciones judiciales o administrativas en curso vinculadas a la investigación sobre el cumplimiento de obligaciones tributarias o previsionales, a investigaciones en materia penal, al desarrollo de funciones de control de la salud y del medioambiente, a la verificación de infracciones administrativas y en otros supuestos previstos por la ley⁹⁴. En estos casos, el banco de datos (público o privado) puede denegar el ejercicio de las facultades previstas en los derechos ARCO.

⁹³ Cfr. Artículo 20 *in fine* de la Ley N° 29733.

⁹⁴ Cfr. Artículo 27 de la Ley N° 29733.

Por último, no es redundante precisar que el derecho a la autodeterminación pueda tener implicancias prácticas que lo contrapongan con otros derechos fundamentales como la libertad de expresión e información. En estos casos, la actuación judicial deberá ser quien determine en el caso concreto si el alegado ejercicio del derecho a la autodeterminación informativa se encuentra o no dentro de sus límites.

2.5.4. La libertad de expresión e información

a) Marco normativo constitucional de la libertad de expresión e información

La libertad de expresión e información está reconocida en sendos tratados que forman parte del derecho internacional de los derechos humanos, los cuales han sido ratificados por el Perú; por lo que, con arreglo a lo prescrito en el artículo 55 y en la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, forman parte del derecho interno y poseen rango constitucional.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su artículo 19 que:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 19 señala lo siguiente:

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad 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.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por ley y ser necesarias para:

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

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece lo siguiente en su artículo 13:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de

expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y

difundir información 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 a la reputación de los demás; o
- b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación o la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Esto último lo complementa el derecho a la rectificación y respuesta contenido en el artículo 14 de la Convención, el cual prescribe:

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiere incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión, tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

Por su lado, la Constitución Política del Perú reconoce el derecho a libertad de expresión e información en su artículo 2 inc.4, al decir que:

Toda persona tiene derecho: (...)

4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.

Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.

Pero la Constitución además profundiza en el derecho de acceso a la información pública, cuando en el artículo 2 inc. 5 señala:

Toda persona tiene derecho: (...)

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

b) Aspectos definitorios de la libertad de expresión e información

Las normas desglosadas en el acápite anterior no hacen otra cosa que exponer el estrecho vínculo entre la libertad de expresión y la libertad de información; sin embargo, cualquier intento por distinguir las ayudará a delimitar su contenido e implicancias prácticas.

Mientras -de una parte- la libertad de expresión garantiza que las personas transmitan libremente sus ideas, pensamientos, juicios valorativos u opiniones; -de otra- la libertad de información comprende las facultades de buscar, recibir y difundir información de toda índole verazmente (Tribunal Constitucional, 2007, STC Exp. N° 00013-2007-PI/TC, f. j. 2).

Una forma práctica de distinguir estas libertades es adicionar a la ecuación una libertad más, la libertad de pensamiento.

Pensar es consustancial al ser humano, por más irrelevante que pueda parecer determinado pensamiento, es incuestionable afirmar que todo ser humano piensa⁹⁵. En ese sentido, el derecho a la libertad de pensamiento garantiza que toda persona pueda pensar, formarse un juicio propio, sin interferencia del Estado o particulares (Sagües, 2007, p. 692).

Resulta evidente que pensar es una actividad plena, pues es materialmente imposible interferir en el fuero interno de la persona obligándola a pensar de tal o cual forma. Cuando se habla de la libertad de pensamiento, solo es factible la autolimitación. Distinto es limitar las formas y el contenido de lo que se expresa como manifestación del pensamiento. Es ahí donde interviene la libertad de expresión, la cual permite al individuo expresarse sin mayores limitaciones que las establecidas en el propio ordenamiento jurídico⁹⁶.

Por su parte, la libertad de información comprende alimentar al pensamiento, accediendo a todo tipo de fuentes de contenido que no estén restringidas por el ordenamiento jurídico, pero también implica difundir dicho contenido de forma veraz. Al respecto, el

⁹⁵ Pensar es la actividad mental por la cual la persona configura un sistema de ideas y categorías abstractas respecto de todo aquello que le resulta de interés (Mosquera, 2004, p. 16).

⁹⁶ El Tribunal Constitucional ha dicho que la libertad de expresión es “el derecho de todas las personas a manifestar sus opiniones sin restricciones injustificadas” (2005, STC Exp. N° 00027-2005-AI/TC, f. j. 19).

Tribunal Constitucional ha distinguido un ámbito positivo-activo de la libertad de información, entendido como la posibilidad de difundir las noticias; un ámbito negativo-pasivo, relacionado con la capacidad de las personas para recibir información; y, por último, un ámbito negativo-activo, el cual se encuentra definido por la capacidad de las personas de poder acceder libremente a la información que considere necesaria (2007, STC Exp. N° 09477-2006-PHD/TC, f. j. 10).

A estas alturas la distinción entre la libertad de expresión y la capacidad de difundir información como parte de la libertad de información se puede complicar, pues ambas implican acciones comunicativas; sin embargo, el Tribunal Constitucional parece haber zanjado ese asunto cuando señaló que:

Tener presente el distinto programa normativo de la libertad de expresión y la libertad de información es vital a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de estas libertades. Y lo es porque mientras en el caso de la libertad de información, la veracidad del hecho noticioso está sometida a prueba; en cambio, la expresión de opiniones o juicios de valor no se presta a ninguna demostración de exactitud. (...) ello se debe al hecho de que, por su propia naturaleza, los juicios de valor, las opiniones o las ideas que cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente subjetivas y, en ese sentido, no pueden ser objetos de un test de veracidad; a diferencia de lo que sucede con los hechos noticiosos, que por su misma naturaleza de datos objetivos y contrastables, sí lo pueden ser (2013, STC Exp. N° 02976-2012-PA/TC, f. j. 7)

La diferencia entre el aspecto positivo-activo de la libertad de información y la libertad de expresión, estaría determinada por el contenido del dato a comunicar. Mientras con la libertad de expresión se transmite el pensamiento propio, con la libertad de

información se transmiten -además- datos que pueden no estar referidas a nuestras convicciones (Rubio Correa, 1999, p. 204). En ese sentido, la libertad de información exige un deber de veracidad en el contenido de lo que se quiere comunicar, elemento claramente diferenciador entre ella y la libertad de expresión (Eguiguren Praeli, 2004, pp. 202-203).

En suma, como bien anota Francisco Eguiguren (2004, p. 13) el derecho a la libertad de expresión e información comprende los siguientes aspectos:

- a) La libertad de expresión, es decir, el derecho de expresar y difundir libremente las opiniones, ideas o pensamientos de cualquier índole e informaciones; ya sea por medio oral, escrito, audiovisual o por cualquier procedimiento elegido por el emisor, sin necesidad de autorización ni censura previa.
- b) El derecho de recibir libremente las expresiones o informaciones producidas por otros o existentes, sin interferencias que impidan su circulación, difusión o acceso a los usuarios o receptores.
- c) El derecho a procurar, buscar, investigar y obtener informaciones, así como a difundirlas.

Estos aspectos de la libertad de expresión e información procuran una clara interrelación práctica entre ambas libertades, aunque siempre se puedan distinguir teóricamente, conforme se ha hecho líneas arriba.

c) La libertad de expresión e información en el Estado constitucional

La filosofía aristotélica plantea que el ser humano es gregario por naturaleza y, como tal, busca interactuar con sus semejantes.

Interactuar con sus pares permite al hombre transmitir su pensamiento, ideas y opiniones, situación que exige reconocer un marco de amplia libertad, en aras de permitir al ser humano expresar su individualidad; negar este ámbito de libertad supone negar la posibilidad de autorrealización personal plena y, con ello, la dignidad misma (Castillo Córdova, 2006, p. 21).

La libertad de expresión e información constituye uno de los derechos más relevantes de la persona en el Estado constitucional de derecho, su reconocimiento y adecuada protección es el rasgo distintivo de toda sociedad democrática, pluralista y tolerante (Eguiguren Praeli, 2004, p. 30). En efecto, la importancia de estas libertades es tal, que el propio Tribunal Constitucional se ha referido a ellas como libertades preferidas, en la medida que su ejercicio contribuye con el debate sobre las cosas que interesan a todos y, por lo tanto, requieren de un margen de optimización intenso (2006, STC Exp. N° 06204-2006-PHC/TC, f. j. 4).

El valor de estas libertades, como lo ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1985, f. 70), estriba en que constituyen

una piedra angular en la existencia misma de una sociedad más democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales y, en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada.

En síntesis, la libertad de expresión e información en el contexto del Estado constitucional, se comporta como una garantía de la democracia, en tanto promueve la formación de la opinión pública, como proceso en el que intervienen todos, cuya trascendencia se expresa en la voluntad política. Pero además representa una garantía al ciudadano como límite frente al poder del Estado, en la medida que la transparencia de la información pública le confiere control sobre su actuación⁹⁷.

d) El derecho de acceso a la información pública

La CP reconoce en su artículo 5 inc. 2 el derecho de acceso a la información pública y, aunque la CADH no haga lo propio, la CIDH ha señalado que está contenido en el derecho a buscar y recibir información consagrado en el artículo 13 de la Convención (Castro Cruzatt, 2009, p. 196).

En ese sentido, la CIDH expresó lo siguiente en el caso Claude Reyes y otros vs. Chile:

(...) la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la

⁹⁷ “Los fundamentos de la libertad de expresión han sido elaborados desde diversas perspectivas y enfoques, que resaltan la importancia de la difusión de ideas e informaciones para el desarrollo del ser humano y su autonomía individual, el fortalecimiento de la democracia, la formación de una opinión pública libre, la garantía de otros derechos fundamentales, como el derecho a la igualdad, y la creación de un libre mercado de ideas” (Huerta Guerrero, 2010, p. 320).

Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006, párr. 77)

De igual forma, el derecho de acceso a la información pública ha sido entendido por el TC como una afirmación de la libertad de información contenido en el artículo 2 inc. 4 de la CP, al sostener que “se encuentra estrechamente vinculado a uno de los contenidos protegidos por la libertad de información” (2003, STC Exp. N° 01797-2002-HD/TC, f. 10). Sin embargo, como bien anota Karin Castro Cruzatt (2009, p. 198), el reconocimiento autónomo del derecho de acceso a la información pública obliga a tratarlo como un derecho autónomo y, por ende, con un ámbito de protección distinto. De ahí la posibilidad de darles un tratamiento diferenciado, pese a tener un mismo *telos* referido a la transmisión de la información.

Una de las características principales del acceso a la información pública es la no sujeción a la expresión de causa para requerirla, tal como lo expresa el propio texto constitucional, a lo que deberá sumarse la obligación estatal de responder al requerimiento en el plazo estimado por la ley (Castro Cruzatt, 2009, p. 198). Por otro

lado, si bien es cierto, el Estado actúa como sujeto obligado a brindar la información, lo hace a través de las entidades públicas señaladas en el artículo I del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444): el Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía, las demás entidades, organismos, proyectos especiales, y programas estatales, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y, las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia⁹⁸.

Las entidades públicas tienen la obligación de brindar la información que produzcan, pero también aquella que se encuentre en su poder pese a no haber sido producida por la entidad, a lo que se denomina principio de posesión (Castro Cruzatt, 2009, pp. 200-201), el cual se encuentra recogido en el artículo 10 de la Ley de

⁹⁸ El artículo 2 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Ley N° 27806) señala textualmente: “Para efectos de la presente Ley se entiende por entidades de la Administración Pública a las señaladas en el Artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General”.

Transparencia y Acceso a la Información (Ley N° 27806) que a tenor literal dispone:

Las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control.

Asimismo, para los efectos de esta Ley, se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las actas de reuniones oficiales.

El principio de posesión es complementario con el de presunción de publicidad, en virtud del cual se presume que toda información en poder del Estado es pública, salvo aquella expresamente exceptuada por la Constitución y la ley (Castro Cruzatt, 2009, p. 210). Las excepciones a las que atañe este principio serán desarrolladas más adelante, cuando se traten las excepciones del derecho de acceso a la información pública.

Antes de analizar las excepciones a la información en poder del Estado, previstas por la normativa vigente, es necesario hacer referencia al contenido de la información, pues el TC ha manifestado que esta debe ser de calidad y con ello se refiere a que “no solo se afecta el derecho de acceso a la información cuando se niega su suministro, sin existir razones constitucionalmente legítimas para ello, sino también cuando la información que se proporciona es fragmentaria, desactualizada,

incompleta, imprecisa, falsa, no oportuna o errada” (2003, STC Exp. N° 01797-2002-HD/TC, f. j. 16).

Pero no toda información es pública y por eso el artículo 3 inc. 1 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información (Ley N° 27806) dispone que: “Toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por el artículo 15 de la presente ley”. Y más adelante, precisa en su artículo 18 que:

Los casos establecidos en los artículos 15, 16 y 17 son los únicos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretados de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental. No se puede establecer por una norma de menor jerarquía ninguna excepción a la presente Ley (...).

Es decir, la propia interpretación sistemática de la ley *in comento* exige considerar como excepciones al derecho de acceso a la información pública los supuestos previstos en el artículo 14, 16 y 17 de la citada ley; pero, además establece la reserva de ley para la (de)limitación de este derecho, en tanto es un derecho fundamental. Es preciso hacer hincapié en el hecho de que la CP también delimita el derecho de acceso a la información pública en su artículo 2 inc. 5, cuando la información en poder del Estado está referido a la intimidad de terceros, la seguridad nacional, el secreto bancario y la reserva tributaria, por lo que no es posible acceder a ella; asimismo, contempla las restricciones legales que puedan positivarse, estableciendo también la reserva de ley para ello.

Por último, la información pública que escapa a la protección del derecho de acceso a la información pública está referida a la información pública clasificada, reservada y confidencial.

e) La libertad de expresión e información en la era digital

La libertad de expresión e información ha trascendido su origen liberal, donde se le reconoce una dimensión esencialmente individual (posibilidad de expresar ideas, opiniones o pensamientos), para asumir una dimensión social, donde tanto la persona como la sociedad en su conjunto tienen derecho de ser receptores de la información que otros emiten, así como el poder acceder libremente a dicha información; situación que ha sido propiciada por la sociedad informática y el adelanto de las nuevas tecnologías de la información (Eguiguren Praeli, 2004, p. 14).

Como se mencionó *ut supra*, las libertades comunicativas, concretamente la libertad de información ha adquirido una nueva dimensión negativa-activa, donde ya no prima tanto la emisión y recepción del dato a partir de una relación directa entre emisor-receptor, sino más bien la capacidad de las personas de poder acceder libremente a la información que considere necesaria⁹⁹ (2007, STC Exp. N° 09477-2006-PHD/TC, f. j. 10).

⁹⁹ “El derecho a la libertad de expresión e información ha sufrido un importante proceso de ampliación en su contenido y alcances. Así, además de su tradicional referencia al derecho que asiste a toda persona de emitir y difundir libremente ideas, opiniones, pensamientos o informaciones, sin necesidad de autorización ni censura previa, asumiendo las responsabilidades que de ello se pueda derivar; se han sumado otros dos componentes: El derecho de todos a recibir libremente la información que otros emiten o producen, sin interferencias que impidan su

El contexto de internet ha sido fecundo en cuanto al desarrollo de esta dimensión negativa-activa de la libertad de información, permitiendo precisamente que cuantiosa información esté al alcance de cualquiera, es decir internet ha democratizado la información¹⁰⁰. Sin embargo, “también ha supuesto nuevos riesgos y amenazas para otros derechos fundamentales como el de la intimidad, el honor, la propia imagen y la protección de datos” (Hernández Ramos, 2013, p. 11).

Por esta razón el uso de internet tiene ciertas restricciones, las cuales no son otras que las limitaciones a la libertad de expresión e información, pues como todo ejercicio de derechos fundamentales, no puede ser absoluto¹⁰¹. Y es que, en efecto, la propia dinámica de internet permite que cualquiera pueda subir a la red todo tipo de contenido, el cual puede ir más allá del legítimo

circulación, difusión o el acceso a ella por parte de los usuarios o receptores. Y también el derecho a procurar, buscar, investigar y obtener informaciones, así como a difundirlas. Se puede entonces afirmar que las libertades de expresión e información suponen actualmente el reconocimiento de un derecho a la información y a la comunicación” (Eguiguren Praeli, 2004, p. 202).

¹⁰⁰ “Internet ha facilitado exponencialmente el ejercicio de la libertad de expresión en todas sus dimensiones, diversificando y multiplicando los medios de comunicación, la audiencia - potencialmente global-, disminuyendo los costos y los tiempos, además de ofrecer condiciones inmejorables para la innovación y ejercicio de otros derechos fundamentales.

El mayor impacto de Internet sobre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión está en la forma en la que ha aumentado la capacidad de las personas de recibir, buscar y difundir información” (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p. 37).

¹⁰¹ “Las limitaciones al funcionamiento de los sitios *web*, *blogs*, aplicaciones, u otros sistemas de difusión de información en internet, electrónicos, o similares, incluyendo sistemas de apoyo, como PSI, o motores de búsqueda, serán admisibles sólo en la medida en que sean compatibles con las condiciones previstas para la limitación de la libertad de expresión” (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p. 38).

ejercicio de la libertad de expresión e información, hasta incluso vulnerar derechos fundamentales.

f) Censura y límites a las libertades de expresión e información

Se ha dicho que la libertad de expresión e información contempla la posibilidad de expresarse libremente, es decir sin censura previa; pero, además, trae consigo la necesidad de responder, según lo establezca el ordenamiento jurídico, por el abuso que se cometa en su ejercicio (Rubio Correa, 1999, 203).

El artículo 2 inc. 4 de la Constitución Política del Perú establece que no se requiere autorización previa para comunicar (información u opiniones), ni tampoco el Estado o algún privado puede censurar previamente dicha comunicación. Pero, el propio texto constitucional señala que dicha libertad, aparentemente plena, puede acarrear responsabilidad para quien la ejerce, responsabilidad que se asigna bajo reserva de ley y que más adelante, es ampliada al precisar la responsabilidad penal en el contexto de la libertad de expresión e información¹⁰².

De otro lado, siempre sobreviven las restricciones por razones de seguridad nacional, orden público, el respeto por los derechos fundamentales y toda otra que haya sido establecida por la ley (Rubio Correa, 1999, p. 211). Pero estas restricciones han de ser

¹⁰² En efecto, el Código Penal tiene tipificados los siguientes delitos vinculados a las libertades de expresión e información: difamación (artículo 132), publicidad indebida de correspondencia (artículo 164), delitos contra los derechos de autor (artículo 216 y 219), reproducción de no autorizada de modelos o diseños industriales registrados (artículo 223), ultraje y ofensa a los símbolos y valores de la patria (artículo 344).

impuestas luego de la comunicación y nunca antes de ella, lo contrario sería afectar la proscripción constitucional y convencional de toda forma de censura previa, esto es

cualquier forma de control o interferencia que impide, condiciona o supedita la difusión de informaciones o ideas, sea sometiendo su contenido a una revisión o aprobación previa antes de su divulgación, o imponiéndole restricciones, exclusiones parciales y hasta prohibiciones totales a su difusión (Eguiguren Praeli, 2004, p. 47).

Excepcionalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos contempla en su artículo 13.4 que, para el caso de espectáculos públicos, se puede aplicar la censura pública atendiendo a razones de moral pública en salvaguarda de los niños y adolescentes.

No hay proscripción de la censura, entonces, cuando el impedimento de la comunicación o el suministro de la información es cancelado luego de que se hayan corroborado la transgresión a los límites de la libertad de expresión e información; en este caso, se está ante una censura legítima, no proscrita. Sin perjuicio de ello, y de forma excepcional, es posible censurar previamente un espectáculo público por razones de moral pública.

2.5.5. El derecho a la verdad

a) Marco normativo constitucional del derecho a la verdad

El derecho a la verdad no cuenta con reconocimiento expreso en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni en algún otro texto normativo parte del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos. Sin perjuicio de ello, la CIDH ha

desarrollado desde hace mucho abundante jurisprudencia al respecto y tiene al derecho a la verdad como un derecho de reconocimiento convencional y de implicancias directas para los Estados partes de la Convención.

Lo mismo ocurre con la Constitución Política del Perú, donde no hay un reconocimiento expreso de este derecho, pero donde, a partir del caso Villegas Namuche, el Tribunal Constitucional reconoció al derecho a la verdad como un derecho fundamental (2004, STC Exp. N° 02488-2002-HC/TC, f. j. 13).

Por otro lado, es preciso hacer mención que tanto la CIDH como el TC peruano han vinculado el derecho a la verdad como contenido de otros derechos fundamentales ya reconocidos tanto por la Convención como por la Constitución, situación que se desarrollara *ut infra*.

b) Aspectos definitorios del derecho a la verdad

Desde la doctrina se define al derecho a la verdad como “el derecho inalienable a conocer los hechos y circunstancias en las que se produjo vulneraciones a los derechos humanos, así como conocer a los autores y destino final de las víctimas” (Grández Mariño, 2016, p. 342).

El 24 de septiembre de 2008 la ONU reconoció la importancia de garantizar el derecho a la verdad para contribuir a acabar con la impunidad y proteger los derechos humanos; y, básicamente, lo relaciona con el derecho que asiste a las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos y a sus familiares de conocer

la verdad sobre los sucesos ocurridos, en particular la identidad de los autores de los hechos que dieron lugar a tales violaciones (Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, 2008).

Pese a su falta de reconocimiento en los tratados internacionales sobre derechos humanos y en las constituciones de los Estados, el contexto posterior a las violaciones de derechos humanos producto del paso de gobiernos autoritarios o de cualquier tipo de crisis humanitaria deja en el aire la incertidumbre sobre el ¿qué pasó con las víctimas? ¿cómo y por qué ocurrieron los hechos? ¿dónde se están las víctimas? Estas interrogantes planteadas por las víctimas y sus familiares resultan comprensibles desde cualquier aspecto, pues pretenden una respuesta institucionalizada que satisfaga su inquietud, pero además las respuestas son esperadas por toda la sociedad en su conjunto para el registro de su propia historia (Bernal Rojas, 2016, p. 264), por lo que además suponen la obligación estatal de esclarecer los hechos y, de ser oportuno, asegurar una adecuada investigación judicial (Grández Mariños, 2016, p. 342) .

Respecto a esto último, la CIDH ha manifestado lo siguiente:

El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que

el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1988, párr. 181)

El derecho a la verdad se presenta como un derecho de carácter dual, con una dimensión colectiva y otra dimensión individual (Grández Mariño, 2016, p. 342). La dimensión individual del derecho a la verdad implica reconocer el “derecho intrínseco de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y sus familiares a conocer la verdad respecto a los hechos lesivos a sus derechos fundamentales” (Grández Mariño, 2016, p. 342). Así es como lo ha entendido la CIDH en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, donde afirmó la existencia de un “derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1988, párr. 217).

Por su parte, la dimensión colectiva está referida precisamente a la necesidad social de conocer los acontecimientos que marcan su propia historia, tal como lo precisa la CIDH en el caso La Rochela vs. Colombia:

(...) la satisfacción de la dimensión colectiva del derecho a la verdad exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007a, párr. 195)

En ese contexto, el derecho a la verdad “no sólo beneficia a los familiares de las víctimas sino también a la sociedad como un todo,

de manera que al conocer la verdad en cuanto a tales crímenes tenga la capacidad de prevenirlos en el futuro” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002, párr. 77).

c) La autonomía del derecho a la verdad

La jurisprudencia de la CIDH es bastante uniforme al sostener que el derecho a la verdad integra el contenido del derecho de acceso a la justicia¹⁰³, como en el Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela, donde refiere que:

En cuanto al derecho a conocer la verdad, la Corte recuerda que éste se encuentra subsumido fundamentalmente en el derecho de la víctima o de sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención (...). (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, párr. 240)

Sin embargo, hay voces como las de Gerardo Bernales Rojas (2016) que sostiene la autonomía del derecho a la verdad estriba en el conocimiento de la verdad material (histórica) de los acontecimientos que constituyen violaciones a los derechos humanos y no la verdad procesal que se puede limitar por las formalidades propias del proceso (pp. 278 y ss.).

Lo sostenido no contradice a la jurisprudencia de la CIDH, pues, en los albores del desarrollo del derecho a la verdad, ya ha manifestado que la obligación del Estado de dar a conocer la verdad a la víctima y a sus familiares sobre los acontecimientos que

¹⁰³ *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* (1988); *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (2010); *Caso Uzcátegui y Otros vs. Venezuela* (2012); entre otros.

configuraron violaciones a los derechos humanos es una obligación persistente al margen de si se puede o no sancionar a los responsables en un proceso (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1988, párr. 181).

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha expresado que:

(...) si bien detrás del derecho a la verdad se encuentra comprometidos otros derechos fundamentales, como la vida, la libertad o la seguridad personal, entre otros, éste tiene una configuración autónoma, una textura propia, que la distingue de los otros derechos fundamentales a los cuales se encuentra vinculado, debido tanto al objeto protegido, como al *telos* que con su reconocimiento se persigue alcanzar. (2004, STC Exp. N° 02488-2002-HC/TC, f. j. 14)

Este es el sustento para el valor que se la propia CIDH les ha asignado a las comisiones especiales para el esclarecimiento de hechos históricos vinculados a la vulneración de derechos humanos, porque, aunque sus efectos no son jurisdiccionales en cuanto punitivos, sí coadyuvan “a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de hechos y la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados períodos históricos de una sociedad” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007b, párr. 128).

2.6. ESCENARIOS DE CONFLICTO

2.6.1. Censura y posverdad

La Sociedad Interamericana de Prensa (2016) manifestó que el derecho al olvido es una grave amenaza a la libertad de expresión,

mientras otras voces en el ámbito nacional sugieren que el derecho al olvido no existe (o no debería existir) pues se trata de una suerte de censura (Borgioli, 2016; Sifuentes, 2016).

Los críticos sostienen que las relaciones sociales se basan en buena cuenta sobre la información que se tiene de las personas con las cuales se interactúa y, por lo tanto, pretender que la información pasada de una persona no se pueda conocer, trastoca esto en gran medida; por el contrario, lo que se plantea es la necesidad de un cambio cultural frente a los avances de la tecnología, donde las personas asuman mayor responsabilidad por su propia información¹⁰⁴ y donde se adquieran nuevas formas de empatía dejando de lado la percepción social que tengan sobre uno, asumiendo que existirán huellas digitales que nos perseguirán siempre (Mieres Mieres, 2014, p. 25). En ese mismo sentido, la jurisprudencia norteamericana es abundante respecto a que todo dato ingresado al flujo de información permanece ahí por siempre y no puede ser borrado, pues lo contrario significa vulnerar las libertades de expresión e información (Leturia, 2016, p. 98).

Por otro lado, la principal crítica contra el derecho al olvido radica en la posibilidad que representa de borrar o reescribir la historia,

¹⁰⁴ “Se trate o no de una visión demasiado exagerada, lo que consideramos que no ofrece ninguna duda es que Internet cuenta con la complicidad, de inicio acrítica, de la mayoría de sus usuarios. Esto supone un problema cuando son esos mismos usuarios los que, tras experimentar en sí mismos los nocivos efectos de virtualizar demasiado su propia identidad personal, de volcar datos de forma inconsciente, o de asumir riesgos en red, deciden enfrentarse a la misma realidad a la que hasta justo entonces se habían entregado sin los miramientos ni las cautelas necesarias” (Cobacho López, 2019, pp. 220-221).

modificando el contenido de cierta información o imposibilitando su libre acceso (Mieres Mieres, 2014, p. 25).

El riesgo que se corre con dicha tratativa de la información orbita en posibilitar una puerta abierta a la posverdad como reinterpretación de la historia a partir del manejo emocional de la opinión pública producto de la supresión de acontecimientos otrora conocidos (Rouco, 2016; Caro Figueroa, 2016). Dicho de otro modo, se acusa la posibilidad de emplear el derecho al olvido como un mecanismo para erradicar de la memoria histórica acontecimientos importantes (Sifuentes, 2016), acontecimientos que incluso pueden estar vinculados a violaciones de derechos humanos y cuya restricción o eliminación significarían transgredir el derecho a la verdad de las personas afectadas por el acontecimiento en cuestión¹⁰⁵.

Es seguro que las libertades de expresión e información tienen una importante consideración para el Estado constitucional; sin embargo, tampoco se puede dejar de pensar en estas libertades bajo la lógica de los derechos fundamentales, los cuales no gozan de carácter absoluto, sino que se limitan por otros principios constitucionales (Zagrebelsky, 2011, p. 14), dejando a salvo la posibilidad para que otros derechos coadyuven en su delimitación (Leturia, 2016, p. 97; Cobacho López, 2019, p. 207).

¹⁰⁵ Este es el caso del “discurso jurídico de olvido” promovido por cierto sector de la política argentina con la finalidad de generar concesiones a los agentes de la dictadura militar, para evitar sus sanciones penales por crímenes de lesa humanidad, bajo la fachada de la reconciliación nacional (Bergalli, 1987, pp. 381-395).

Este es el razonamiento que se emplea -por ejemplo- en la eliminación de los antecedentes penales a efectos del principio de resocialización de la pena, el cual impide argumentar desde la libertad de información para acceder a ellos, aplicando el derecho al olvido sobre cualquier noticia que aborde información al respecto (Eslava Morales, 2016, p. 261; Leturia, 2016, pp. 99-102; Mieres Mieres, 2014, pp. 11-12).

Pero, además, ciertos estudiosos del derecho al olvido, plantean que su aplicación no trasciende a la afectación de las libertades de expresión e información, pues esta implica la eliminación de los datos personales en los resultados del motor de búsqueda, pero no su eliminación en la fuente (URL), de tal forma que la información seguirá siendo accesible mediante la introducción de otros términos en el motor de búsqueda o accediendo directamente a la fuente de la información (Manzanero Jiménez & Pérez García-Ferrería, 2015, p. 255).

2.6.2. Intimidad, publicidad y olvido

La difusión de la información personal canalizada a través de motores de búsqueda supone serios riesgos por cuanto estos multiplican, estructuran y sistematizan la información relativa a una persona, bastando solo con digitar su nombre para acceder a todo ese cúmulo de información ordenada, “lo cual provoca que se deba atender con más intensidad a los derechos de los interesados, a la hora de ponderarlos con otros intereses que entran en conflicto” (Cobacho López, 2019, p. 212).

Cuando se trató el derecho a la intimidad y su desarrollo en el ámbito digital, se dijo que su protección corría de cuenta por la autoridad estatal, el administrador del banco de datos y, también, por el propio titular del dato en la medida que puede ejercer control sobre la información que comparte. Sin perjuicio de ello, la tutela del derecho a la intimidad se vincula con su contraparte referida al interés público, pues este último alcanza protección en tanto legitima el ejercicio de la libertad de expresión e información; dicho de otro modo:

(...) respecto a hechos de la vida social el elemento decisivo para la información no puede ser otro que la trascendencia pública del hecho del que se informa -por razón de la relevancia pública de una persona o del propio hecho en el que ésta se ve involucrado, como antes se ha dicho- pues es dicho elemento el que le convierte en noticia de general interés. Con la consecuencia de que, en tal caso, el ejercicio del derecho a comunicar libremente información gozará de un carácter preferente sobre otros derechos, incluido el derecho al honor, pues contribuye a la función institucional que aquel cumple en una sociedad democrática. (Tribunal Constitucional de España, 1992, f. j. 3)

Ese razonamiento conlleva a legitimar cualquier posibilidad de aplicación del derecho al olvido cuando no se trate de información de relevancia pública, *contrario sensu*, no habría olvido cuando se trata de personajes o hechos públicos (Manzanero Jiménez & Pérez García-Ferrería, 2015, p. 256). Sin embargo, el propio paso del tiempo, que es uno de los sustentos del derecho al olvido, propone algunos escenarios analizables a partir de la jurisprudencia comparada.

a) El pasado de personajes públicos

La difusión de la información sobre el pasado público de una persona está comprendida dentro de la libertad de expresión e información, pues siguiendo a la locución inglesa *public men are public property*, que una persona haya dejado la esfera pública no determina que deje de ser persona pública en cuanto a sus acciones pasadas que sí se circunscriben a la esfera pública; en ese sentido, es legítimo volver a informar sobre ese período de vida del personaje, dado que subsiste el interés por evaluar retrospectivamente la ejecutoria de un cargo público y extraer conclusiones sobre la corrección de la gestión pública (Mieres Mieres, 2014, p. 29).

b) El pasado de personajes de notoriedad pública

Quienes optan por ejercer una profesión de proyección pública aceptan voluntariamente la reducción de la zona de reserva en todo lo relativo y vinculado a su actividad profesional, ya sea si se refiere a sucesos pasados o actuales, por lo que su difusión es legítima (Mieres Mieres, 2014, p. 29).

No obstante, “si bien los personajes con notoriedad pública inevitablemente ven reducida su esfera de intimidad, no es menos cierto que, más allá de esa esfera abierta al conocimiento de los demás su intimidad permanece” (Tribunal Constitucional de España, 2000, f. j. 9).

c) El pasado de personajes privados involucrados en hechos públicos

La figura del *involuntary public figure* cobra especial relevancia porque significa que no es la persona sino el hecho donde se ve involucrada el que adquiere relevancia pública. Este es el caso de los acontecimientos delictivos que -por su propia naturaleza- suscitan el interés público (Tribunal Constitucional de España, 1993, f. j. 4).

Precisamente, cuando se trata de acontecimientos de esa naturaleza, el encargado de difundir la información está en la obligación de valorar si el contenido de lo divulgado queda justificado por la concurrencia de un interés público, de tal forma que pueda satisfacer la libertad de expresión e información divulgando hechos o información de trascendencia pública y obviando la información excesiva o innecesaria (Mieres Mieres, 2014, p. 30).

d) El pasado de personas fallecidas

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España (1996) ha referido que el honor de las personas fallecidas no se extingue con su muerte, sino que adquiere eficacia *post mortem* en la medida que su tutela inmiscuye también a personas de su entorno personal.

En el caso peruano, tal situación es distinta pues el propio Tribunal Constitucional (2005) ha señalado que “la vida es la condición necesaria para que pueda titularizarse un derecho fundamental (...)

no pudiendo los difuntos ser titulares de derechos fundamentales, no podrían resultar lesionados de los mismos” (STC Exp. N° 00256-2003-HC/TC, f. j. 2).

Sin embargo, es cierto que las propias normas legales facultan a terceros vinculados con el fallecido para que accionen frente a algún delito contra el honor (memoria) de una persona fallecida. Así es como lo ha contemplado el artículo 138 del Código Penal que a la letra dice: “(...) Si la injuria, difamación o calumnia ofende a la memoria de una persona fallecida, presuntamente muerta, o declarada judicialmente ausente o desaparecida, la acción penal podrá ser promovida o continuada por su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos”.

Por otro lado, la LPDP en Perú no hace referencia a la posibilidad de la reclamación por el tratamiento de datos personales de una persona fallecida, a diferencia de la española Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, en cuyo artículo 3 se señala:

1. Los herederos de una persona fallecida que acrediten tal condición mediante cualquier medio válido conforme a Derecho, podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella y, en su caso, su rectificación o supresión.

Como excepción, los herederos no podrán acceder a los datos del causante, ni solicitar su rectificación o supresión, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley.

2. El albacea testamentario, así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello también podrá solicitar, con arreglo

a las instrucciones recibidas, el acceso a los datos personales de éste y, en su caso su rectificación o supresión.

Mediante real decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de estos mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos.

3. En caso de fallecimiento de menores, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada.

En caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades también podrán ejercerse, además de por quienes señala el párrafo anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo.

Sin perjuicio de lo anotado, es claro que, en todo caso, el interés público siempre deberá ser el sustento para la difusión de información relacionada a una persona fallecida, cuya relevancia adquiere además un cariz de investigación histórica (Mieres Mieres, 2014, p. 31).

2.6.3. Situaciones resistentes al olvido

Para Francisco Leturia (2016) existen circunstancias en las cuales el solo paso del tiempo no es suficiente para legitimar la aplicación del derecho al olvido, exigiendo un especial análisis de ponderación entre los intereses en juego, principalmente aquellos vinculados a la libertad de expresión e información (pp. 103-107).

a) La vigencia del interés público de un hecho pasado

Como ya se vio en el apartado 2.6.2., el interés público marca la pauta relevante al momento de determinar si es factible la aplicación del derecho al olvido respecto de determinada información personal; incluso se presentaron escenarios en los que

se puede advertir la existencia de un legítimo interés público vinculado a acontecimientos pasados.

Y es que es perfectamente válido que “algunas circunstancias vuelvan actual la información pasada (...) Este tipo de situaciones nos muestran que el solo paso del tiempo no permitirá inclinar la balanza a favor del olvido, volviendo necesario el ejercicio de balanceo” (Leturia, 2016, p. 103).

b) La necesidad de conservar determinados antecedentes

Esta necesidad de naturaleza histórica está vinculada a la proscripción de censura, sustentada en el estudio de información pasada que tuvo relevancia pública en su momento, lo que hace imprescindible su conservación y difusión (Leturia, 2016, p. 104).

Es así como el Tribunal Constitucional de España ha señalado que las valoraciones históricas son inevitables y necesarias, pues permite a los contemporáneos formarse una propia visión del mundo a partir de la valoración de experiencias pasadas y ajenas (2004, f. j. 4).

c) Necesidades de seguridad pública

Los registros públicos de infractores con antecedentes penales o de sanciones administrativas, incluso -en el caso peruano- de deudores alimentarios se encuentran comprendidos en necesidades de seguridad pública (Leturia, 2016, p. 104). Bajo estas circunstancias, los registros alcanzan legitimidad y resistencia al olvido durante el lapso de tiempo que dure la permanencia en el registro.

Bajo este mismo supuesto se comprenden a las actuaciones judiciales de naturaleza pública, las cuales también son almacenadas en banco de datos propios de las entidades gubernamentales correspondientes.

2.6.4. El derecho al olvido digital y la fuente directa de la información

Como se ha venido sosteniendo a lo largo del presente trabajo, el derecho al olvido digital está orientado -en principio- a la eliminación de los resultados relativos a la información personal en los motores de búsqueda, mas no a la eliminación de la información en sí, la cual bien puede seguir contenida en la fuente directa a través del enlace URL correspondiente (Manzanero Jiménez & Pérez García-Ferrería, 2015, p. 255).

Pero, además de la eliminación de los resultados en el motor de búsqueda, ¿es posible que se le elimine la información de la fuente directa?, es más -para complicar la situación- ¿qué ocurre si los datos almacenados son veraces?

Al respecto, el Tribunal Constitucional de España en la STC 58/2018 del 04 de junio de 2018 resolvió prohibir la indexación de los datos personales de dos recurrentes en lo que se refiere a sus nombres y apellidos para su uso por el motor de búsqueda interno de la hemeroteca digital del diario “El País”.

Como se advierte, la controversia resuelta no se basó en eliminar la indexación de un motor de búsqueda como Google o Yahoo, sino en eliminar la indexación hecha por un motor de búsqueda interno, en razón de que la información era antigua y carecía de relevancia

histórica, con la precisión de que no hay vulneración a las libertades informativas porque no se ha desaparecido la noticia, sino que solo se ha dificultado su hallazgo (Cobacho López, 2019, p. 215).

En ese sentido, el TC español tampoco contempla la posibilidad de eliminar la información contenida en la fuente original del dato, sino solo dificultar su acceso a través de la desindexación de los datos que hagan posible la búsqueda, aunque esta vez ya no solo en cuanto al motor de búsqueda general (buscador) se refiere, sino también en cuanto al motor de búsqueda de la propia fuente de información; y, es que, “el derecho al olvido digital no ampara que cada uno construya un pasado a su medida (...) ni justifica que aquellos que se exponen a sí mismos públicamente puedan exigir que se construya un currículum personalizado” (Cobacho López, 2019, p. 215).

CAPÍTULO III: DISCUSIÓN Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1. DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

3.1.1. El carácter de interdependencia de los DD.FF. como criterio hermenéutico

La composición de las constituciones modernas se da en función a la positivización de reglas, principios y directrices, los cuales requieren ser interpretados para su efectiva concretización práctica.

Los principios de interpretación constitucional surgen de esa manera como parámetros de reducción a la discrecionalidad de los magistrados, en la medida que deberán interpretar las normas constitucionales con arreglo a lo informado por dichos principios y atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto.

El Tribunal Constitucional peruano maneja una línea jurisprudencial determinada en cuanto a la identificación de los principios de interpretación constitucional, entre los que se encuentran: i) el principio de unidad de la Constitución; ii) el principio de concordancia práctica; iii) el principio de corrección funcional; iv) el principio de función integradora; y, v) el principio de fuerza normativa de la Constitución.

En esta investigación solamente se han tocado los principios de unidad de la constitución y el de concordancia práctica, pues se entiende que a partir de ellos se posibilita la condición

hermenéutica del carácter de interdependencia de los derechos fundamentales.

Por otra parte, el carácter de interdependencia de los derechos fundamentales implica entender que la afectación o satisfacción de un derecho fundamental, redundará en la afectación o satisfacción, respectivamente, de otros iguales que se le vinculen. Este carácter interdependiente alcanza validez en cuanto se conciba a la dignidad humana como presupuesto ontológico de los derechos fundamentales, pues al emanar de ella y, por lo tanto, ser instrumentos de su concretización, el efecto que adquieran los mismos alcanzará a la dignidad. En pocas palabras, la dignidad humana es el fundamento de los derechos fundamentales, fuente de la que emanan, pero también meta a la que vuelven para optimizar; siendo que, en ese trayecto abstracto, es la misma dignidad la que los mantiene vinculados.

Recapitulando, el principio de unidad de la constitución, consta de comprender a la constitución como un todo orgánico, dentro de la cual no caben mayores contradicciones abstractas, pues al ser resultado del proceso constituyente, todas las normas constitucionales adquieren la misma lógica hermenéutica. Este es el punto de partida, y sustento normativo, para cuestionar toda teoría conflictivista de los derechos fundamentales, porque -precisamente- al contenerse en normas constitucionales informadas por el principio de unidad constitucional, no pueden contraponer sus contenidos, sino más bien armonizarlos.

Es así como el carácter de interdependencia de los derechos fundamentales no hace otra cosa que condecirse con la concepción teórica de la unidad de la constitución, pues la repercusión de determinada acción (pública o privada) sobre un derecho fundamental, cuyo sustento normativo siempre será la constitución (ya sea explícita o implícitamente), implicará a su vez a otros derechos fundamentales, los cuales tienen la misma fuerza normativa.

De otro lado, el principio de concordancia práctica completa al principio de unidad de la constitución, pues, si bien es cierto las normas constitucionales no pueden tener conflictos en abstracto, su aspecto práctico sí puede aparentarlos; de ahí que se diga sobre este principio, que consiste en resolver toda aparente tensión entre normas constitucionales optimizando los principios que las informan.

En efecto, se trata de resolver todo aparente conflicto, pues, aterrizando nuevamente al plano de los derechos fundamentales, esta investigación ha asumido la tesis armonizadora del contenido constitucionalmente protegido y, de ahí, niega toda posibilidad de conflicto entre derechos, pues los márgenes en los que estos se sitúan escapan a los propios límites inmanentes de los derechos. Dicho de otro modo, no es que existan conflicto entre derechos fundamentales, sino más bien que exista un ejercicio fuera de los márgenes del contenido del derecho que deba ser limitado por afectar el ejercicio de otro derecho fundamental (con el que

aparentemente está en conflicto) que sí se legitima en sus propios límites inmanentes.

Así pues, el carácter de interdependencia de los derechos fundamentales también se condice con este principio de concordancia práctica, porque toda optimización o afectación de derechos fundamentales en su ejercicio práctico va a devenir - como ya se ha dicho líneas arriba- en la correspondiente optimización o afectación a otros derechos que se le vinculen.

El carácter de interdependencia de los derechos fundamentales, responde, pues, a dos postulados principistas: i) la consideración de la dignidad humana como presupuesto ontológico de los derechos fundamentales; y, ii) los principios de unidad de la constitución y de concordancia práctica. El primer postulado conduce a decir que como la dignidad humana se refleja deductivamente en todos los derechos fundamentales, es lógico que todos ellos se vinculen entre sí. Por otra parte, dado que los derechos fundamentales están incluidos como normas (explícitas o implícitas) en las constituciones de los Estados, es lógico que su interpretación responda a los principios de unidad de la constitución y de concordancia práctica.

En suma, el carácter de interdependencia de los derechos fundamentales es válido como criterio hermenéutico para determinar su contenido constitucionalmente protegido y, consecuentemente, marca un parámetro interpretativo en la solución de conflictos por su ejercicio.

3.1.2. La naturaleza jurídica del derecho al olvido digital en el Perú

El reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales responde a la búsqueda de protección de la dignidad humana según las necesidades históricas de determinado contexto. Esta prescripción dogmática ha sido recogida en el artículo 3 de la Constitución Política del Perú, en el cual se establece una cláusula de *numerus apertus* para favorecer el reconocimiento de aquellos derechos que no alcanzaron a ser enumerados expresamente en el texto constitucional por el contexto en el cual fue dado por el constituyente, disposición normativa que se complementa con la IV Disposición y Final de la Constitución en cuanto a la interpretación de derechos privilegiando el sentido que les otorga el derecho internacional de los derechos humanos.

De esa forma, siguiendo la tradición americana en el reconocimiento de derechos fundamentales, la Constitución Política del Perú ha asegurado que, a partir del desarrollo jurisprudencial, y basándose en un razonamiento deductivo desde la idea de dignidad humana, se logre reconocer derechos nuevos o se amplíe el contenido constitucionalmente protegido de los ya reconocidos en el texto constitucional.

El espíritu de la Constitución adquiere entonces un sentido *pro homine* de no supeditación de los derechos y su reconocimiento al poder político, siendo el propio poder constituyente fundante quien enarbola esa máxima constitucional y la positiviza para dotarla de eficacia.

Continuando con lo desarrollado en el marco teórico, es innegable la estrecha vinculación del derecho al olvido digital con los derechos a la intimidad, identidad y autodeterminación informativa, derechos que ya han alcanzado reconocimiento constitucional en el Perú; por lo que resulta perfectamente válido asumir que el derecho al olvido digital no hace otra cosa que redefinir el contenido de estos derechos fundamentales sin perder de vista la vinculatoriedad práctica entre ellos, según el carácter de interdependencia de los derechos fundamentales.

Estando así las cosas es claro que la naturaleza jurídica del derecho al olvido digital en el Perú no es otra que la de un derecho fundamental no enumerado, cuya característica autónoma (independiente en características respecto de otros derechos) o derivada (nuevo contenido de otros derechos ya reconocidos) deberá determinarse junto con su propio contenido.

3.1.3. El contenido constitucionalmente protegido del derecho al olvido digital en el Perú

a) La determinación del contenido constitucionalmente protegido de los DD.FF.

Como se ha expresado en la parte correspondiente del marco teórico, la teoría armonizadora del contenido esencial de los derechos fundamentales plantea que este no es otro que su contenido constitucionalmente protegido, el cual es todo esencia del derecho, descartando cualquier referencia a un contenido no esencial y descartando así la tesis de los círculos concéntricos.

La teoría armonizadora es un punto de convergencia entre la teoría de los límites internos y la teoría relativa del contenido esencial. Adopta ciertos postulados de la primera en la medida que rechaza la alegación de un contenido no esencial de los derechos fundamentales, pero además porque postula la importancia de conocer el contenido de los derechos.

Por otro lado, la teoría armonizadora se adhiere a la teoría relativa del contenido esencial al proponer que el contenido de los derechos fundamentales no solo se determina en abstracto (como lo propone la teoría de los límites internos), sino -sobre todo- en la práctica de acuerdo a su exposición a un test de proporcionalidad respecto de la interacción con otros derechos o principios de igual naturaleza.

Se colige entonces que el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales se determina -en principio- a partir de un análisis abstracto y, posteriormente, según las circunstancias de cada caso de conflicto aparente entre derechos, a partir de un análisis práctico informado por el test de proporcionalidad.

Es así como Luis Castillo Córdova (2014, pp. 151-152) desarrolla cinco criterios hermenéuticos para definir el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales: (i) interpretación literal; (ii) interpretación sistemática constitucional; (iii) interpretación sistemática desde la normativa internacional; (iv) interpretación teleológica; e, (v) interpretación práctica.

Siguiendo la propuesta inicial de Luis Castillo Córdova, complementada por la observancia del carácter de

interdependencia de los derechos fundamentales como criterio hermenéutico, la presente investigación atiende a los siguientes criterios interpretativos para la determinación del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales: (i) la interpretación sistemática de normas de rango constitucional; (ii) la interpretación sistemática de normas de desarrollo constitucional; y, por último, (iii) la interpretación práctica a través del test de proporcionalidad.

Se ha obviado el primer criterio propuesto por Luis Castillo Córdova (interpretación literal) porque él mismo manifiesta su insuficiencia dado el carácter enunciativo de la declaración de derechos contenida en los textos constitucionales. En ese sentido no solo es completamente inoficioso persistir en un criterio de interpretación insuficiente, sino que además redundante en falencias epistémicas, pues los derechos fundamentales tienen la categoría de principios y, como tales, no pueden ser aplicados a través de un procedimiento silogístico que se orienta más a la literalidad, sino que requiere de una argumentación más allá del referido proceso de subsunción.

Del mismo modo, también se han obviado el segundo y tercer criterio propuesto originalmente por Luis Castillo, en la medida que estos pueden contenerse perfectamente en lo que en esta investigación se ha denominado interpretación sistemática de normas de rango constitucional. Y es que, en efecto, separar a las normas constitucionales expresas de las normas contenidas en

tratados internacionales es obsoleto, pues, a partir de la STC Exp. N° 00047-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional (2006) dejó en claro que las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado peruano poseen rango constitucional; interpretación acorde con lo dispuesto en la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

En el mismo sentido, huelga decir que la interpretación de las normas de rango constitucional requiere necesariamente de la observancia puesta en la jurisprudencia desarrollada por los órganos jurisdiccionales llamados a tal labor, que para el caso que nos ocupa no es otra que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la CIDH.

Aquí es donde cobra especial importancia la observancia del principio de unidad de la constitución y el carácter de interdependencia de los derechos fundamentales como parámetros de observancia interpretativa. Es imprescindible entender que toda la normativa constitucional, incluida -como ya se dijo- la normativa internacional sobre derechos humanos, se debe interpretar de forma armónica y, sobre todo, comprendiendo que la correcta aplicación de un derecho fundamental incide en la satisfacción de otros derechos de igual naturaleza.

Recapitulando, se ha agregado como criterio hermenéutico a la interpretación sistemática de normas de desarrollo constitucional.

Esto es consecuencia directa de la constitucionalización del derecho, pues en la medida que las normas infra constitucionales se correspondan con las normas constitucionales, deberán desarrollarlas; pero, además, este criterio es coherente con la concepción del sistema jurídico a partir de la diferenciación entre principios y reglas.

Comprender que los derechos fundamentales son principios *prima facie*, significa asentar que su desenvolvimiento y eficacia dentro del ordenamiento jurídico práctico se hará por intermedio de normas infra constitucionales que promuevan su satisfacción y los desarrollen. En ese sentido, es perfectamente aceptable considerar a las normas de desarrollo constitucional como parámetro de interpretación, pues son aquellas que van a dotar de contenido *in abstracto* a los derechos fundamentales que desarrollen a través del procedimiento silogístico.

Se ha obviado además el cuarto criterio propuesto por Luis Castillo (interpretación teleológica), en la medida que esta investigación lo comprende como un criterio redundante, pues -como ya se ha explicado constantemente- el *telos* de los derechos fundamentales es la concreción de la dignidad humana y, por lo tanto, todos estos derechos acaban por reconducirse a ella. Esa sola precisión es suficiente para concluir que una interpretación teleológica deviene en inoficiosa cuando se trata de definir el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales.

Además, esta investigación también ha considerado a la interpretación práctica a través del test de proporcionalidad como un criterio para la determinación del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales. Se entiende que la aplicación del test de proporcionalidad significa estar en la práctica frente a un conflicto aparente de derechos o principios constitucionales; y, se utiliza el término “conflicto aparente” porque luego de que el juzgador lo resuelva se pondrá en evidencia que el supuesto derecho en colisión no era ejercido conforme a su propia esencia, con mayor exactitud, su alegación no se fundaba en el ejercicio del derecho invocado.

Este criterio de interpretación se determina solo en la práctica y no en abstracto, por lo que está reservado para el campo judicial; expresando así una suerte de teoría relativa del contenido esencial, descartando -claro está- cualquier referencia a un contenido no esencial del derecho, sino más bien -como ya se dijo- reforzando la idea de que el contenido constitucional es variable, según el contexto socio-histórico, y se corresponde todo él con la esencia del derecho.

Por otro lado, se tiene que precisar que los criterios propuestos no suponen una receta o una fórmula ordenada de aplicación, sino que sirven como parámetros de interpretación para solventar la argumentación en cuanto a la determinación del contenido de los derechos. De esta forma, es absurdo pretender disociar ordenadamente a la interpretación sistemática de normas de rango

constitucional de la interpretación sistemática de normas de desarrollo constitucional, pues ambas serán empleadas como mejor lo estime el argumentador según sus proposiciones lógicas y retóricas.

Sin perjuicio de esto último, se ha dicho que los dos primeros criterios sirven para la determinación abstracta del contenido de los derechos fundamentales, mientras el tercer criterio referente a la interpretación práctica a través del test de proporcionalidad hace lo propio en el caso de conflicto aparente entre derechos. Entonces se hace evidente que, si hay un orden entre los criterios alcanzados, solo se restringe a la determinación en abstracto y en concreto del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales.

b) La determinación del contenido constitucionalmente protegido del derecho al olvido digital en el Perú

Siguiendo la propuesta de técnica interpretativa para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales hecha en esta investigación, se procederá a ponerla en práctica a efectos de determinar el contenido constitucionalmente protegido del derecho al olvido digital en el Perú.

Para dicho fin se debe precisar que la determinación del contenido constitucionalmente protegido del derecho al olvido digital en el Perú solo se podrá hacer en abstracto, es decir siguiendo los dos

primeros criterios: (i) la interpretación sistemática de normas de rango constitucional; (ii) la interpretación sistemática de normas de desarrollo constitucional. Esto es así porque como ya se dijo, el tercer criterio aportado, referido a (iii) la interpretación práctica a través del test de proporcionalidad, es un ejercicio reservado para la práctica judicial según cada caso concreto y, por ende, imposible de hacer aquí.

Resulta evidente que el derecho al olvido digital no ha sido enunciado expresamente en la Constitución Política del Perú, pero tampoco lo ha sido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana sobre Derechos Humanos; sin embargo, sus implicancias prácticas aparecen subyacentes en la satisfacción de otros derechos reconocidos, tal como se ha aclarado en el marco teórico.

Se ha dicho que el derecho al olvido digital pretende frenar la universalización del contenido en internet referente a los datos de carácter personal, sobre todo cuando la información almacenada es antigua y no se corresponde con la realidad actual de su titular. Para cumplir con su cometido, el ejercicio del derecho al olvido digital promueve la desindexación de resultados en un motor de búsqueda (v.gr. Google), con la finalidad de que no sea posible digitar el dato personal (v.gr. nombre y apellidos) y encontrar la información negativa sobre su titular.

Así es como ha sido entendido por la experiencia comparada en la Sentencia C-131/12 del TJUE (2014) y, del mismo modo, por la experiencia nacional en la Resolución Directoral N° 026-2016-JUS/DGPDP (2016). En ambas se ordenó a Google desindexar la información negativa del resultado de la búsqueda realizada con los nombres y apellidos del titular.

En ese sentido, la presente investigación ha advertido que el derecho al olvido digital en el Perú alcanza sustento en los derechos fundamentales a la intimidad, a la identidad y a la autodeterminación informativa; logrando, según se presente el caso, zonas de convergencia entre estos derechos y sus respectivos contenidos, las cuales se pueden resumir de la siguiente manera:

- a. Respecto al *derecho a la intimidad*, se ha dicho que este se constituye por la información verídica sobre una persona, cuyo conocimiento se restringe solamente a ella (intimidad en estricto) o a un grupo reducido de personas autorizadas por ella a través de las barreras de reserva¹⁰⁶ (intimidad en público). De esa forma, el derecho al olvido digital opera cuando la información privada es introducida al internet y

¹⁰⁶ De ese modo las personas tienen la posibilidad de comportarse ante determinado grupo de forma distinta a como lo harían generalmente en público, “a través del uso de barreras físicas (por ejemplo, un lugar apartado), barreras conductuales (un comportamiento que supone el rechazo de una intromisión, como, por ejemplo, callarse cuando un tercero irrumpe en una conversación privada) o barreras basadas en normas sociales (por ejemplo, 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)” (Mieres Mieres, 2014, p. 14).

pierde su condición inicial por ser de acceso público, causando con ello afectación en su titular, más aún si dicha información es antigua y carece de toda relevancia pública, pudiendo perjudicar su actual percepción social (identidad dinámica).

En ese sentido, es razonable pensar que el derecho al olvido digital en el Perú adquiere protección constitucional por ser expresión y contenido del derecho a la intimidad; y, por lo tanto, amparable en el marco de lo dispuesto por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el artículo 2 inc. 7 de la Constitución Política del Perú.

- b.** Respecto al *derecho a la identidad*, se ha dicho que este es un derecho complejo y de contenido bidimensional, con una acepción estática y otra dinámica. La identidad estática es entendida como la identificación primaria del sujeto a través de su nombre, imagen, fenotipo o genotipo; mientras la identidad dinámica se refiere al conjunto de atributos y características con los que la persona es reconocida socialmente. La identidad dinámica faculta a la distinción entre la identidad consolidada, producto de antiguas militancias, y de una identidad reciente, como desenvolvimiento de la personalidad hacia una nueva

conciencia e imagen con el paso del tiempo. De esa forma, el derecho al olvido digital opera cuando la información referente a la identidad pasada del individuo se filtra a internet y, con ello, ocasiona perjuicio en su actual percepción social que no es otra cosa que la expresión de su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En ese sentido, es razonable pensar que el derecho al olvido digital en el Perú adquiere protección constitucional por ser expresión y contenido del derecho a la identidad; y, por lo tanto, amparable en el marco de lo dispuesto por el artículo 8 inc. 1 de la Convención de los Derechos del Niño (cuya protección se extiende a los adultos, pues, como se dijo en el marco teórico, no se puede restringir una categoría consustancial al ser humano como la identidad al solo paso del tiempo que es la transición de niño a adulto), el artículo 16 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 2 inc. 1 de la Constitución Política del Perú.

- c. Respecto al *derecho a la autodeterminación informativa*, se ha dicho que fue inicialmente concebido como una proyección del derecho a la intimidad y su protección en internet, aunque con su desarrollo adquirió autonomía, implicando la potestad de decidir qué datos personales proporcionar a un tercero y cuáles pueden ser almacenados por aquel, saber quién posee sus datos y para qué los tiene, pudiéndose oponer a su posesión y uso, al margen de si

son datos íntimos o no. No obstante, el reconocimiento de este derecho en el texto constitucional peruano lo ha relegado a su concepción original, la Ley de Protección de Datos Personales extiende su protección a su real significado; para ello distingue a los datos personales de los datos sensibles en una relación género-especie donde los segundos están vinculados al derecho a la intimidad, garantizando la protección de los datos personales con especial incidencia -y ya no exclusividad- en los datos sensibles.

En ese sentido, la LPDP es relevante para comprender el contenido del derecho a la autodeterminación informativa por cuanto contiene normas de desarrollo constitucional, las cuales prescriben los alcances y limitaciones del derecho. Precisamente uno de los derechos (facultades) que forman parte del contenido de este derecho es el derecho a la cancelación o supresión del dato personal del banco de datos que lo contiene; lo que, para el caso del derecho al olvido, ha sido llamado en doctrina: cancelación del dato negativo, el cual responde a los principios de limitación en el tiempo o principio de caducidad y al principio de finalidad del dato.

De esta forma, el derecho al olvido digital opera cuando el titular de un dato personal, en uso de su derecho a la cancelación del dato, exige su desindexación de un motor

de búsqueda, logrando así la eliminación de la información de la lista de resultados del motor¹⁰⁷.

En suma, es razonable pensar que el derecho al olvido digital en el Perú adquiere protección constitucional por ser expresión y contenido del derecho a la autodeterminación informativa; y, por lo tanto, amparable en el marco de lo dispuesto por el artículo 2 inc. 6 de la Constitución Política del Perú.

Lo dicho demuestra que el derecho al olvido digital redefine y dota de nuevo contenido a los derechos fundamentales a la intimidad, a la identidad y a la autodeterminación informativa. Por tal razón, - bajo los planteamientos de Joseph Raz (Laporta, 1987, p. 31) - se advierte que el derecho al olvido digital en el Perú no es autónomo, sino que responde a un contenido previamente establecido por los derechos antes mencionados y, consecuentemente, es un derecho derivado, pues, se obtiene deductivamente de ellos.

¹⁰⁷ Al respecto, es necesario precisar que la Resolución Directoral N° 026-2016-JUS/DGPDP (2016) cae en un error técnico de aplicación de la LPDP cuando resuelve ordenar a Google el bloqueo de los datos personales del recurrente (anónimo) en relación a la información cuestionada, “entendiendo por bloqueo, en este caso, realizar el tratamiento de las publicaciones de forma que se impida que estén disponibles para sucesivos tratamientos de búsqueda e indexación con el criterio de búsqueda nominal” (p. 29). En realidad, lo que la DGPDP hace con esta medida es ordenar la cancelación del dato personal respecto de la información considerada negativa, y aunque coloquialmente eso signifique el bloqueo de la información pues no podrá ser encontrada por terceros a través del motor de búsqueda, esta orden solo complica el real entendimiento de la medida, pues la orden de bloqueo contemplada en la LPDP se aplica complementariamente a la de cancelación en dos supuestos: (i) como una suerte de tutela cautelar, cuando se impide el acceso a terceros en lo que se tramita la cancelación (artículo 2 inc. 2 y artículo 67 del Reglamento de la LPDP); y, (ii) a efectos de determinar responsabilidades antes de la cancelación del dato (artículo 2 inc. 2 del Reglamento de la LPDP).

Ahora bien, desde otra perspectiva, el carácter de interdependencia de los derechos fundamentales exige también contrastar los derechos que se pueden ver afectados con el ejercicio aparente (fuera del contenido constitucionalmente protegido) de un derecho fundamental. La presente investigación, según la problemática planteada, ha considerado el estudio de la libertad de expresión e información, y del derecho a la verdad, como derechos fundamentales potencialmente afectados con la aplicación del derecho al olvido digital en el Perú.

a. Respecto al *derecho a la libertad de expresión e información*, se ha dicho que estas libertades son preferentes dentro del Estado constitucional, en la medida que su ejercicio contribuye con el debate público, por lo que requieren de un margen de optimización intenso. Asimismo, estas libertades implican las facultades de comunicar, recibir y acceder a información libremente; sobre esto último, se dijo que la libertad de expresión e información alcanza una dimensión social impulsada por la sociedad informática y el adelanto de las TIC, dado que ya no solo basta con garantizar la posibilidad de comunicar (expresarse) o recibir información, sino que también se debe garantizar la posibilidad de acceso a ella.

Pero estas libertades no se ejercen de forma irrestricta, pues su contenido no garantiza la contravención a la seguridad nacional, el orden público o el respeto por los

derechos fundamentales. Sin embargo, el control sobre el correcto ejercicio de este derecho es *ex post* y no *ex ante*; de tal forma que el artículo 2 inc. 4 de la Constitución Política del Perú establece que no se requiere autorización previa para comunicar (información u opiniones), ni tampoco el Estado o algún privado puede censurar previamente dicha comunicación¹⁰⁸.

En ese sentido, desde un amplio sector, especialmente de la prensa, se ha manifestado que la aplicación del derecho al olvido es una suerte de censura y que, como tal, se debería proscribir su utilización.

Los críticos del derecho al olvido sostienen que la nueva sociedad informática exige mayor responsabilidad de las personas en cuanto a su propia información. Pero, además, les plantea resignarse frente a las “huellas digitales” que pueden perseguirlos por siempre, como una nueva forma de empatía en esta nueva sociedad. De otro lado, también se hizo referencia a la posición de la jurisprudencia norteamericana, la cual se ha decantado por el respeto irrestricto a todo dato que ingrese al flujo de la información, el cual permanecerá ahí permanentemente.

- b.** Respecto al *derecho a la verdad*, se ha dicho que es el derecho inalienable a conocer los hechos y circunstancias

¹⁰⁸ Excepcionalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos contempla en su artículo 13.4 que, para el caso de espectáculos públicos, se puede aplicar la censura pública atendiendo a razones de moral pública en salvaguarda de los niños y adolescentes.

en las que produjo vulneraciones a los derechos humanos, así como a sus autores y el destino final de las víctimas; siendo un derecho que asiste a la sociedad en su conjunto, especialmente a las víctimas y sus familiares. Este derecho fue concebido inicialmente con la finalidad de poder conocer el paradero y los acontecimientos previos a las desapariciones forzadas suscitadas en los gobiernos dictatoriales; sin embargo, tras su desarrollo en la jurisprudencia de la CIDH y en la doctrina, se amplió su contenido como una garantía frente al poder público (v.gr. Estado) que permita a la sociedad conocer los acontecimientos históricos que le incumben.

En ese sentido, los críticos del derecho al olvido sostienen que este permitiría reescribir la historia, modificarla y dejar una puerta abierta a la posverdad, erradicando de la memoria histórica acontecimientos importantes, los cuales incluso pueden estar vinculados a violaciones de derechos humanos.

Pensar bajo la lógica de los derechos fundamentales significa entender que su ejercicio no es absoluto y, en ese sentido, existen situaciones ilegítimas donde aquel se encuentre fuera del contenido constitucionalmente protegido del derecho; dejando así abierta la posibilidad para que otros derechos -desde la óptica de la interdependencia de los derechos fundamentales- intervengan en su delimitación.

De esa forma no se puede concebir a las libertades de expresión e información y al derecho a la verdad como absolutos y razón suficiente para rechazar el derecho al olvido digital; más aún cuando, respecto a las libertades de expresión e información, su propio contenido exceptúa las transgresiones que en alegación de su ejercicio se puedan hacer contra otros derechos fundamentales, los cuales bien pueden relacionarse -para el caso que nos ocupa- con la intimidad, identidad y autodeterminación informativa.

Pero a esto último hay que agregar que el derecho al olvido digital, si bien es cierto, se lo puede vincular con la acepción negativa de la censura; también es cierto que esta es legítima *ex post*, sobre todo si se verifica que la información comunicada afecta derechos fundamentales como en el caso del derecho al olvido.

Querer delimitar correctamente el contenido constitucionalmente protegido del derecho al olvido digital en el Perú, implica conocer su real implicancia práctica.

Primero hay que entender que el dato a desindexar debe estar referido a una información verídica sobre la persona, pues si se tratase de información falsa se estaría en el campo del derecho a la rectificación y no del derecho al olvido.

En segundo lugar, se debe comprender cómo funciona el derecho al olvido digital, pues, tal como ha sido aplicado en la experiencia europea y nacional, con él no se pretende la total eliminación de la información, es decir su completa supresión del tráfico informático.

Lo que se busca en realidad es que el motor de búsqueda que ha indexado la información de una página web fuente, ya no la muestre en sus resultados; así la información seguirá siendo accesible mediante la introducción de otros términos en el motor de búsqueda o accediendo directamente a la fuente de la información (URL). La información entonces ya no será disponible accediendo al motor de búsqueda con los datos personales de la persona afectada.

Hecha esta aclaración práctica de la aplicación del derecho al olvido digital queda decir que su contenido no incluye la eliminación total de la información en el tráfico de internet, por lo que la libertad de expresión e información y, en el mismo sentido, el derecho a la verdad sería afectados.

En realidad, la significancia práctica del derecho al olvido digital redundará en garantizar al individuo su intimidad (histórica), porque digitando su nombre en un motor de búsqueda ya no será visible el dato negativo que expone socialmente aspectos de su vida privada; pero también se garantiza su identidad dinámica, porque como correlato de ello se permite al individuo tener cierto margen de control sobre la percepción que proyecta a la sociedad, que ha evolucionado a lo largo de su vida y que requiere de una identificación actual, vigente y no sobre información caduca. Por último, también se garantiza el derecho a la autodeterminación informativa en su facultad de cancelación, porque se permite al

individuo tener control sobre el tráfico informático de su propia información personal.

Queda claro entonces que bajo ninguna circunstancia el contenido constitucionalmente protegido derecho al olvido digital en el Perú puede garantizar la eliminación de la información personal en la página web fuente (URL), pues no garantiza que cada persona se construya a sí mismo un currículum personalizado según su conveniencia, sino que pretende salvaguardar razonablemente, y en el margen de su propio contenido, la eventual afectación a derechos fundamentales conexos (v.gr. intimidad, identidad, autodeterminación informativa); pero, sobre todo, porque tal acción sí se corresponde con una real afectación a las libertades de expresión e información.

Por otro lado, es imperioso hacer hincapié en la susceptibilidad y alto grado de protección que requiere el derecho a la verdad, dado que su *telos* inmediato radica en conocer acontecimientos históricos que, como tales, suponen un alto grado de interés público, máxime si cabe la posibilidad de que versen sobre violaciones a derechos humanos. En ese sentido, el derecho al olvido digital no puede amparar la pretensión de quien haya adquirido el cariz de personaje histórico con la finalidad de que al digitar su nombre en un motor de búsqueda no aparezca esa información de contenido histórico vinculada a él, con mucha mayor razón si se trata de un personaje vinculado como autor en violaciones de derechos humanos.

Esto último se puede resumir en el interés público de cierta información que se escapa del contenido constitucionalmente protegido del derecho al olvido digital. De ahí que tampoco se pueda amparar la pretensión de derecho al olvido de un individuo de relevancia pública cuando la información cuestionada es de naturaleza pública (*public men are public property*). Entonces se colige que la eliminación de información de interés público vigente o histórico (el interés histórico siempre estará vigente) tampoco conforma el contenido constitucionalmente protegido del derecho al olvido digital.

3.2. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN

La hipótesis planteada en el proyecto de investigación fue la siguiente:

El contenido constitucionalmente protegido del derecho al olvido digital en el Perú se determina, desde la consideración del carácter de interdependencia de los derechos fundamentales, a partir de su comprensión como manifestación de los derechos fundamentales a la intimidad, a la identidad y a la autodeterminación informativa, en su estrecha vinculación con las libertades de expresión e información y el derecho a la verdad.

Esta hipótesis se ha contrastado conforme a la discusión desarrollada en el presente capítulo, logrando evidenciar que el carácter de interdependencia de los derechos fundamentales determina el contenido constitucionalmente protegido del derecho al olvido digital en el Perú, desde su comprensión como manifestación de los derechos fundamentales a la intimidad, a la identidad y a la autodeterminación informativa; pero, además, también delimita dicho contenido la

observancia del contenido propio del derecho a la libertad de expresión e información y el derecho a la verdad.

CONCLUSIONES

1. El carácter de interdependencia de los derechos fundamentales es un criterio hermenéutico válido para determinar su contenido constitucionalmente protegido, como concreción de los principios de interpretación constitucional de unidad de la constitución y concordancia práctica.
2. La naturaleza jurídica del derecho al olvido digital en el Perú es la de un derecho fundamental no enumerado en la Constitución Política del Perú, por cuanto no está expresamente reconocido en el texto constitucional; y, además, la de un derecho fundamental derivado que redefine el contenido de los derechos fundamentales a la intimidad, a la identidad y a la autodeterminación informativa.
3. El contenido constitucionalmente protegido del derecho al olvido digital en el Perú comprende la eliminación de información verídica sobre una persona del resultado de un motor de búsqueda de internet, con la finalidad de que la URL indexada no se muestre en los resultados y la información no esté disponible accediendo al motor de búsqueda con los datos personales de la persona afectada.
4. El contenido constitucionalmente protegido del derecho al olvido digital en el Perú no incluye la eliminación total de la información en el tráfico informático, es decir la eliminación de la URL en la página web fuente de la información.

5. El contenido constitucionalmente protegido del derecho al olvido digital en el Perú tampoco incluye la eliminación en el motor de búsqueda de la información que sea de interés público vigente. En ese sentido, la información histórica, sobre todo aquella vinculada a las violaciones sobre derechos humanos, siempre serán consideradas como información de interés público vigente.

6. El carácter de interdependencia de los derechos fundamentales determina el contenido constitucionalmente protegido del derecho al olvido digital en el Perú, desde su comprensión como manifestación de los derechos fundamentales a la intimidad, a la identidad y a la autodeterminación informativa, en su estrecha vinculación con las libertades de expresión e información y el derecho a la verdad.

RECOMENDACIONES

1. Se plantea como primera recomendación que los jueces constitucionales tengan en cuenta al carácter de interdependencia de los derechos fundamentales como criterio hermenéutico para determinar su contenido constitucionalmente protegido, es decir la posible satisfacción o afectación que dicha determinación suponga en otros derechos de igual naturaleza; en la medida que ello supone la concreción de los principios de interpretación constitucional de unidad de la constitución y concordancia práctica.
2. Como segunda recomendación, también orientada a los jueces constitucionales, se plantea que las controversias en donde se tenga que delimitar el contenido constitucionalmente protegido del derecho al olvido digital, sean resueltas a partir de su comprensión como expresión de los derechos fundamentales a la intimidad, a la identidad y a la autodeterminación informativa; pero, además, considerando su posible intervención en la libertad de expresión e información y en el derecho a la verdad.

LISTA DE REFERENCIAS

- Aguilar Cavallo, G. (2010). Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI? *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (127), 15-71.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. (E. Garzón Valdés, trad.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2009). Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural. *Foro jurídico* (9), 40-48.
- Alexy, R. (2017). *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (3ª ed.). (M. Atienza & I. Espejo, trad.) Lima: Palestra.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1990). *Resolución 45/95 del 14 de diciembre de 1990. Principios rectores sobre la reglamentación de los ficheros computadorizados de datos personales*. Organización de las Naciones Unidas.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2014). *El derecho a la privacidad en la era digital. Informe A/HRC/27/37 de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Organización de las Naciones Unidas.
- Balaguer Callejón, F. (1992). *Fuentes del derecho* (t. II). Madrid: Tecnos.
- Banco Mundial. (s.f.). *Usuarios de internet (por cada 100 personas)*. [Unión Internacional de Telecomunicaciones, Informe sobre el Desarrollo Mundial/TIC de las Telecomunicaciones y estimaciones del Banco

Mundial]. Recuperado el 08 de abril de 2017 de
<http://datos.bancomundial.org/indicador/IT.NET.USER.P2>.

Bergalli, R. (1987). Argentina: Cuestión militar y discurso jurídico del olvido.
Doxa (4), 381-395.

Bernal Pulido, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación. *Doxa* (26),
225-238.

Bernal Pulido, C. (2005). La ponderación como procedimiento para interpretar
los derechos fundamentales. En E. Cáceres, I. Flores, J. Saldaña & E.
Villanueva (coord.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del
derecho* (pp. 17-35). México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas
de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Bernales Rojas, G. (2016). El derecho a la verdad. *Estudios constitucionales*
(14), 263-304.

Bidart Campos, G. (2002). Los derechos “no enumerados” en su relación con el
derecho constitucional y el derecho internacional. En R. Méndez Silva
(coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos: Memoria del
VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (pp. 103-113).
México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad
Nacional Autónoma de México.

Borgioli, M. (2016). *Censura, transparencia y gobierno de datos*. Recuperado el
19 de junio de 2019 de [https://hiperderecho.org/2016/10/censura-
transparencia-gobierno-datos/](https://hiperderecho.org/2016/10/censura-transparencia-gobierno-datos/).

Borowski, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. (C. Bernal
Pulido, trad.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Caro Figueroa, G. (2016). *Post-verdad, nueva forma de la mentira*. Recuperado el 19 de junio de 2019 de https://www.clarin.com/opinion/Post-verdad-nueva-forma-mentira_0_HyjuGEMMg.html.
- Castillo Córdova, L. (2006). Las libertades de expresión e información como derechos humanos. En L. Castillo Córdova (Coord.), *Las libertades de expresión e información: Primeras Jornadas sobre Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, 26 y 27 de agosto de 2004* (pp. 11-27). Lima: Palestra.
- Castillo Córdova, L. (2009). El proceso constitucional de amparo. En L. Castillo Córdova (Coord.), *Estudios y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional* (pp.133-191). Lima: Gaceta Jurídica.
- Castillo Córdova, L. (2014). El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales. *Foro jurídico* (13), 143-154.
- Castro Cruzatt, K. (2009). El proceso de hábeas data. En L. Castillo Córdova (Coord.), *Estudios y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional* (pp. 193-246). Lima: Gaceta Jurídica.
- Cianciardo, J. (2007). *El ejercicio regular de los derechos: análisis y crítica del conflictivismo*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Cobacho López, A. (2019). Reflexiones en torno a la última actualización del derecho al olvido digital. *Revista de Derecho Político de la UNED* (104), 197-227.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos. (2016). *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los*

derechos humanos. México D.F.: Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos. (2007). Documento CJI/doc.276/07 rev.1, "Opinión adoptada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el alcance del Derecho a la identidad". En Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos, *CJI/RES. 137 (LXXI-O/07). El alcance del derecho a la identidad*. Río de Janeiro: Organización de los Estados Americanos.

Conferencia Internacional de Derechos Humanos. (1968). *Proclamación de Teherán*. Teherán: Organización de las Naciones Unidas.

Conferencia Mundial de Derechos Humanos. (1993). *Declaración y programa de acción de Viena*. Viena: Organización de las Naciones Unidas.

Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. (2008). *Resolución 9/11. El derecho a la verdad*. 22ª sesión del 24 de septiembre de 2008.

Corte Constitucional de Colombia. (1992). *Sentencia T-414/92*.

Corte Constitucional de Colombia. (1997). *Sentencia T-121/97*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1985). *Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, solicitada por Costa Rica: La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1988). *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia del 29 de julio de 1988.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2002). *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Sentencia del 22 de febrero de 2002.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Sentencia del 19 de septiembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007a). *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. Sentencia del 11 de mayo de 2007.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007b). *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Sentencia del 04 de julio de 2007.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Caso Uzcátegui y Otros vs. Venezuela*. Sentencia del 03 de septiembre de 2012.
- Dirección General de Protección de Datos Personales. (2016). *Resolución Directoral N° 026-2016-JUS/DGPDP*.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio* (2ª ed.). (M. Guastavino, trad.) Barcelona: Editorial Ariel S.A.
- Eguiguren Praeli, F. J. (2004). *Libertades de expresión e información, intimidad personal y autodeterminación informativa: contenido alcances y conflictos*. (Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional). Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Elizondo Breedy, G., & Carazo Vicente, M. (1998). Derecho a la identidad. En L. González Volio (Coord.), *Presente y futuro de los derechos humanos: Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez* (pp. 376-392). San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

- Eslava Morales, P. (2016). *El principio constitucional de la resocialización de los penados en la era del internet: Entre el tratamiento de datos personales y el derecho al olvido, a propósito de la Sentencia C 131/12 del Tribunal de Luxemburgo*. (Tesis para optar el título de abogado). Universidad Nacional de Trujillo.
- Espinoza Espinoza, J. (2004). *Derecho de las personas* (4ª ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Fernández Sessarego, C. (2016). *Derecho a la identidad personal* (2ª ed.). Lima: Instituto Pacífico.
- García Becerra, J. A. (1991). *Teoría de los Derechos Humanos*. Culiacán, México: Universidad Autónoma de Sinaloa.
- García Ricci, D. (2009). El derecho a la privacidad en las redes sociales en internet. *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos* (12), 183-200.
- García Toma, V. (2013). *Los derechos fundamentales* (2ª ed.). Lima: Editorial Adrus.
- Garriga Domínguez, A. (2004). *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson.
- Grández Mariño, A. (2016). El Derecho a la Verdad como proceso histórico: La experiencia argentina en la búsqueda de justicia y verdad. *Foro jurídico* (15), 341-354.
- Gros Espiell, H. (2000). Los Derechos Humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.c) de

- la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional* (4), 145-172.
- Guasch Portas, V. & Soler Fuensanta, J. R. (2015). El derecho al olvido en internet. *Revista de Derecho UNED* (16), 989-1005.
- Hakansson-Nieto, C. (2009). Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Una aproximación. *Díkaion* (18), 55-77.
- Hernández Ramos, M. (2013). *El derecho al olvido digital en la web 2.0*. Salamanca: Cuaderno Red de Cátedras Telefónica & Universidad de Salamanca.
- Hesse, K. (1992). *Escritos de derecho constitucional* (2ª ed.). (P. Cruz Villalón, trad.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Huerta Guerrero, L. A. (2010). Libertad de expresión: fundamentos y límites a su ejercicio. *Pensamiento constitucional* (14), 319-344.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (s.f.). *Población que accede a internet*. Recuperado el 08 de abril de 2017 de <https://www.inei.gob.pe/estadisticas/indice-tematico/population-access-to-internet/>.
- Kant, E. (2007). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. (M. García Morente, trad.) San Juan, Puerto Rico: Edición de Pedro M. Rosario Barboza.
- Laporta, F. (1987). Sobre el concepto de Derechos Humanos. *Doxa* (4), 23-46.

- Laporta, F. (1999). Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley. *Doxa* (22), 321-330.
- 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), 91-113.
- Maldonado Muñoz, M. (2016). Conflictivismo y anti-conflictivismo en los derechos fundamentales. *Diritto & Questioni pubbliche* (16/2), 105-131.
- Manzanero Jiménez, L. & Pérez García-Ferrería, J. (2015). Sobre el derecho al olvido digital: Una solución al conflicto entre la libertad de información y el derecho de protección de datos personales en los motores de búsqueda. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* (32), 249-258.
- Martínez de Vallejo Fuster, B. (1993). La intimidad exteriorizada. Un bien jurídico a proteger. *Doxa* (13), 191-213.
- Michael, L. (2009). ¿El contenido esencial como denominador común de los derechos fundamentales en Europa? *ReDCE* (6), 165-180.
- Mieres Mieres, L. (2014). *El derecho al olvido digital*. Laboratorio de Alternativas (Documento de trabajo 186/2014). Recuperado el 21 de abril de 2017 de http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/e0d97e985163d78a27d6d7c23366767a.pdf.
- Mosquera, S. (2004). *Un conflicto entre conciencia y ley en el ordenamiento peruano: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de*

agosto de 2002. (Universidad de Piura, Ed.) Recuperado de http://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/1685/Conflicto_en_tre_conciencia_y_ley_en_ordenamiento_peruano.pdf?sequence=1.

Newman, V. (2013). *La intimidad en la era digital*. Recuperado el 19 de marzo de 2018 de <https://www.semana.com/opinion/articulo/la-intimidad-en-la-era-digital/368222-3>.

Organización de Cooperación y Desarrollo Económico. (1980).

Recomendaciones del Consejo respecto a las directrices que gobiernan la protección de datos personales, también llamadas Directrices de Privacidad. Recuperado el 08 de junio de 2017 de www.oecd.org/bookshop.

Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea. (1995). *Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, 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*. *Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*. Luxemburgo: Diario Oficial de la Unión Europea.

Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea. (2016). *Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo*. Luxemburgo: Diario Oficial de la Unión Europea.

Peces-Barba Martínez, G. (1994). La universalidad de los derechos humanos. *Doxa* (15-16), pp. 613-633.

Pérez Colomé, J. (2018). *Facebook compartió datos sensibles de sus usuarios con más de 150 grandes empresas*. Recuperado el 01 de marzo de 2019 de https://elpais.com/tecnologia/2018/12/19/actualidad/1545221673_589059.html.

Pérez Luño, A. (1987). Concepto y concepción de los Derechos Humanos. *Doxa* (4), 47-66.

Pérez Royo, J. (2005). *Curso de derecho constitucional* (10ª ed.). Madrid: Marcial Pons.

Pérez Triviño, J. L. (2007). La relevancia de la dignidad humana. *Doxa* (30), 159-163.

Peyrano, G. (2004). *El tratamiento de datos personales extraídos de informaciones periodísticas, y su acceso a través de Internet. La protección de los datos personales y el derecho a la autodeterminación informativa, ante las nuevas formas de procesar y comunicar la información*. Recuperado el 08 de abril de 2018 de http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/El-tratamiento-de-datos-personales-extraidos-de/at_download/file.

Puccinelli, O. (2012). El “derecho al olvido” en el derecho de la protección de datos. El caso argentino. *Revista Internacional de Protección de Datos Personales* (1), 2-22.

- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Estándares para una internet libre, abierta e incluyente*. Organización de Estados Americanos. Recuperado el 10 de marzo de 2019 de http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/internet_2016_esp.pdf.
- Rouco, F. (2016). *La posverdad se hace viral. Cuando los hechos subjetivos influyen menos que las emociones*. Recuperado el 19 de junio de 2019 de <http://www.bez.es/306816162/posverdad-viral.html>.
- Rubio Correa, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993* (t. I). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ruiz Miguel, C. (1994). En torno a la protección de los datos personales automatizados. *Revista de estudios políticos – Nueva época* (84), 237-264.
- Sagües, N. P. (2007). *Manual de derecho constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Sar Suárez, O. (2010). Hacia una motivación adecuada de las decisiones judiciales cuando se presenten conflicto entre derechos fundamentales. *Gaceta Constitucional* (32), 319-326.
- Seifert, J. (2002). Dignidad humana: Dimensiones y fuentes en la persona humana. En AA.VV., *Actas del III Simposio Internacional de fe cristiana y cultura contemporánea: "Idea cristiana del hombre"* (pp. 17-37). Pamplona, España: Ediciones Universidad de Navarra S.A.

- Serna, P. & Toller, F. (2000). *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. Buenos Aires: La Ley.
- Sifuentes, M. (2016). *Traición y olvido, por Marco Sifuentes*. Recuperado el 08 de abril de 2017 de <http://elcomercio.pe/opinion/rincon-del-autor/traicion-y-olvido-marco-sifuentes-noticia-1913515>.
- Simón Castellano, P. (2011). El régimen constitucional del derecho al olvido. En A. Cerrillo-i-Martínez, M. Peguera, I. Peña-López & M. Vilasau Solana (Coord.), *Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de internet. Actas del VII Congreso Internacional de Internet, Derecho y Política* (pp. 391-406). Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya & Editorial Huygens.
- Sociedad Interamericana de Prensa. (2016). *El supuesto derecho al olvido: Una amenaza para la libertad de expresión*. Recuperado el 08 de abril de 2017 de <http://media.sipiapa.org/adjuntos/185/documentos/001/803/0001803826.pdf>.
- Sosa Sacio, J. (2015). Crítica a la dignidad humana y la noción de “necesidades básicas” como un posible mejor fundamento para los derechos. *Themis – Revista de Derecho* (67), 87-99.
- Tabernerero Martín, S. (2014). *El derecho al olvido*. (Trabajo de fin de grado en Derecho). Universidad de Salamanca, España.
- Tribunal Constitucional de España. (1992). *STC 219/1992, del 03 de diciembre*. BOE (307), de 23 de diciembre de 1992.

Tribunal Constitucional de España. (1993). *STC 178/1993, del 31 de mayo*.
BOE (159), de 05 de julio de 1993.

Tribunal Constitucional de España. (1994). *STC 99/1994, del 11 de abril*. BOE
(117), de 17 de mayo de 1994.

Tribunal Constitucional de España. (1996). *STC 190/1996, del 25 de
noviembre*. BOE (3), de 03 de enero de 1997.

Tribunal Constitucional de España. (1999). *STC 134/1999, del 15 de julio*. BOE
(197), de 18 de agosto de 1999.

Tribunal Constitucional de España. (2000). *STC 115/2000, del 05 de mayo*.
BOE (136), de 07 de junio de 2000.

Tribunal Constitucional de España. (2001). *STC 292/2000, del 30 de
noviembre*. BOE (4), de 04 de noviembre de 2001.

Tribunal Constitucional de España. (2002). *STC 99/2002, del 6 de mayo*. BOE
(134), de 05 de junio de 2002.

Tribunal Constitucional de España. (2004). *STC 43/2004, del 23 de marzo*.
BOE (99), de 23 de abril de 2004.

Tribunal Constitucional. (2002). *STC Exp. N° 00010-2002-AI/TC*.

Tribunal Constitucional. (2002). *STC Exp. N° 01091-2002-HC/TC*.

Tribunal Constitucional. (2003). *STC Exp. N° 00008-2003-AI/TC*.

Tribunal Constitucional. (2003). *STC Exp. N° 00016-2002-AI/TC*.

Tribunal Constitucional. (2003). *STC Exp. N° 00976-2003-AA/TC*.

Tribunal Constitucional. (2003). *STC Exp. N° 01797-2002-HD/TC*.

Tribunal Constitucional. (2003). *STC Exp. N° 02209-2002-AA/TC*.

Tribunal Constitucional. (2004). *STC Exp. N° 02016-2004-AA/TC*.

Tribunal Constitucional. (2004). *STC Exp. N° 02488-2002-HC/TC*.

Tribunal Constitucional. (2004). *STC Exp. N° 04196-2004-AA/TC*.

Tribunal Constitucional. (2005). *STC Exp. N° 00027-2005-AI/TC*.

Tribunal Constitucional. (2005). *STC Exp. N° 00045-2004-HC/TC*.

Tribunal Constitucional. (2005). *STC Exp. N° 00045-2004-PI/TC*.

Tribunal Constitucional. (2005). *STC Exp. N° 00048-2004-AI/TC*.

Tribunal Constitucional. (2005). *STC Exp. N° 00050-2004-AI/TC*.

Tribunal Constitucional. (2005). *STC Exp. N° 00206-2005-PA/TC*.

Tribunal Constitucional. (2005). *STC Exp. N° 00256-2003-HC/TC*.

Tribunal Constitucional. (2005). *STC Exp. N° 01417-2005-AA/TC*.

Tribunal Constitucional. (2005). *STC Exp. N° 02273-2005-HC/TC*.

Tribunal Constitucional. (2005). *STC Exp. N° 02432-2005-PHC/TC*.

Tribunal Constitucional. (2005). *STC Exp. N° 05854-2005-PA/TC*.

Tribunal Constitucional. (2005). *STC Exp. N° 06712-2005-HC/TC*.

Tribunal Constitucional. (2006). *STC Exp. N° 00047-2004-AI/TC*.

Tribunal Constitucional. (2006). *STC Exp. N° 03793-2006-PA/TC*.

Tribunal Constitucional. (2006). *STC Exp. N° 04952-2006-PA/TC*.

Tribunal Constitucional. (2006). *STC Exp. N° 06204-2006-PHC/TC*.

Tribunal Constitucional. (2007). *STC Exp. N° 00013-2007-PI/TC*.

- Tribunal Constitucional. (2007). *STC Exp. N° 03052-2007-HD/TC*.
- Tribunal Constitucional. (2007). *STC Exp. N° 04739-2007-HD/TC*.
- Tribunal Constitucional. (2007). *STC Exp. N° 06546-2006-AA/TC*.
- Tribunal Constitucional. (2007). *STC Exp. N° 09477-2006-PHD/TC*.
- Tribunal Constitucional. (2009). *STC Exp. N° 00228-2009-PA/TC*.
- Tribunal Constitucional. (2010). *STC Exp. N° 00002-2010-CC/TC*.
- Tribunal Constitucional. (2010). *STC Exp. N° 00550-2008-PA/TC*.
- Tribunal Constitucional. (2012). *STC Exp. N° 00020-2012-PI/TC*.
- Tribunal Constitucional. (2013). *STC Exp. N° 02976-2012-PA/TC*.
- Tribunal Constitucional. (2014). *STC Exp. N° 00139-2013-PA/TC*.
- Tribunal Constitucional. (2016). *STC Exp. N° 06040-2015-PA/TC*.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2014). *Sentencia en el asunto C-131/12*.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2011). *Sentencia en el asunto Consejo Editorial de Pravoye Delo y Shtekel vs. Ucrania*.
- Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia* (10ª ed.). (M. Gascón, trad.). Madrid: Trotta.