

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL



EL DERECHO IMPLÍCITO AL OLVIDO Y SU JUSTICIABILIDAD

LICENCIADO

ADRIAN CATALÁN SÍCAN

GUATEMALA, ENERO DE 2021

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

EL DERECHO IMPLÍCITO AL OLVIDO Y SU JUSTICIABILIDAD



previo a conferírsele el Grado Académico de

MAESTRO EN DERECHO CONSTITUCIONAL
(*Magister Scientiae*)

Guatemala, enero de 2021

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

VOCAL I EN SUSTITUCIÓN

DEL DECANO: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II: M. Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III: M. Sc. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González
VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia
SECRETARIO: M. Sc. Luis Renato Pineda

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

VOCAL I EN SUSTITUCIÓN

DEL DECANO: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
DIRECTOR: M. Sc. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL: Dr. Carlos Estuardo Gálvez Barrios
VOCAL: Dr. Nery Roberto Muñoz
VOCAL: Dr. William Enrique López Morataya

TRIBUNAL EXAMINADOR

PRESIDENTA: Dra. Rosa del Carmen Bejarano Girón
VOCAL: M. Sc. Jorge Alberto González Barrios
SECRETARIO: M. Sc. Nery Neftaly Aldana Moscoso

NOTA: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la tesis sustentada”. (Artículo 5 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

Dr. MSc. Lic. SAÚL GONZÁLEZ CABRERA

Abogado y Notario

Guatemala 01 de septiembre de 2020.

Señor Director de la Escuela de Estudios de Postgrado.

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Universidad de San Carlos de Guatemala.

Señor Director:

Mediante resolución RES.D.E.E. P. D.C. 432-2019, de fecha cinco de noviembre de dos mil diecinueve, fui designado como Tutor de Tesis de Maestría en Derecho Constitucional del Licenciado Adrián Catalán Sicán, quien abordaría el tema **"EL DERECHO IMPLÍCITO AL OLVIDO Y SU JUSTICIABILIDAD"**, cambio que se suscitó por recomendación del Tribunal Examinador en una primera ocasión y por la del suscrito asesor, que según el sustentante surge de la inquietud de verificar si el derecho al olvido es un derecho que pueda hacerse valer dentro del sistema jurídico de Guatemala.

El Licenciado Catalán Sicán, aceptó y realizó dentro de su investigación las sugerencias formuladas por el suscrito Tutor, incluyendo en la misma las citas correspondientes de cuya importancia y obligatoriedad, así como de su responsabilidad en cuanto al contenido de su trabajo fue debidamente advertido el investigador.

Al finalizar la investigación, examinó el asunto principal que motivó su curiosidad científica por el tema tratado, así como construyó un marco teórico en los primeros capítulos de su investigación que le permitieron finalmente responder a la hipótesis planteada dentro de su plan de investigación.

El suscrito en consecuencia, rinde dictamen favorable para que el trabajo del Licenciado Catalán Sicán, pueda ser sometido al examen correspondiente en el que podrá sustentar la tesis defendida en el mismo.

Atentamente,



Dr. Saúl González Cabrera

TUTOR DE TESIS

Guatemala, 19 de noviembre de 2020

Doctor Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:


Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción, ortografía, sistema de referencias y estilo, de la tesis denominada:

El derecho implícito al olvido y su justiciabilidad

Esta tesis fue presentada por el **licenciado Adrian Catalán Sican**, de la Maestría en Derecho Constitucional, de la Escuela de Postgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizadas las correcciones indicadas, el texto puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Gladys Tobar Aguilar
Revisora

Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450

Dra. Gladys Tobar Aguilar
Doctorado en Educación y Licenciatura
en Letras
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada. 1450



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,
Guatemala, 20 de noviembre del dos mil veinte.-----

En vista de que el Licenciado Adrian Catalán Sican aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Constitucional** lo cual consta en el acta número 25-2020 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“EL DERECHO IMPLÍCITO AL OLVIDO Y SU JUSTICIABILIDAD”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409



ÍNDICE

Introducción	
Capítulo I	
Derechos implícitos	1
1.1. Los derechos implícitos.....	1
1.2. Denominaciones de los derechos implícitos.....	5
1.3. Origen histórico del reconocimiento de los derechos implícitos.....	6
1.4. Conceptualización de derechos implícitos.....	8
1.5. Diferencia entre implícito, norma implícita y derecho implícito.....	11
1.6. Teoría de los derechos implícitos.....	14
1.6.1. La teoría de los enunciados jurídicos.....	15
1.6.2. Reconocimiento de los derechos implícitos.....	16
1.6.3. Reconocimiento de derechos implícitos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	20
1.6.4. Reconocimiento de derechos implícitos por parte de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.....	24

Capítulo II

La protección de datos personales	31
2.1. Derecho a la vida privada.....	32
2.2. Derecho a la intimidad.....	36
2.3. Derecho a la propia imagen.....	42
2.4. Derecho a la autodeterminación informativa y protección de datos.....	43
2.5. La protección de datos personales, el derecho de acceso a la	



información y el poder de la sociedad de información.....	48
2.6. El derecho a la intimidad como un derecho implícito y su defensa.....	52

Capítulo III

El derecho al olvido.....	60
3.1. El derecho al olvido.....	60
3.2. Evolución histórica del derecho al olvido.....	68
3.3. Conceptualización del derecho al olvido.....	77
3.4. Relación entre Habeas Data y derecho al olvido.....	81
3.5. El Habeas Data, el acceso a la información y el derecho a la intimidad..	89
3.6. El derecho al olvido como derecho implícito.....	96
3.7. El derecho al olvido como derecho justiciable.....	110
CONCLUSIONES.....	114
REFERENCIAS.....	115

INTRODUCCIÓN



El derecho al olvido faculta a las personas para el manejo y administración personal de cualquier información relacionada con su vida privada, su intimidad o sus datos generales de identificación; derechos estos últimos que no tienen una regulación legal específica en el marco de la legislación interna de Guatemala. De la misma manera, el derecho al olvido también carece de una norma jurídica expresa que lo contenga, describa y regule.

Ante tal situación, es procedente analizar si es posible en Guatemala que el derecho al olvido forme parte del sistema jurídico, como un derecho constitucional implícito justiciable, para reclamar su tutela judicial efectiva.

Los derechos a la privacidad, la vida privada, la intimidad y la autodeterminación informativa, se encuentran protegidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, pero esta protección no deviene de una norma explícita; es decir, no están contenidos todos en forma expresa en el texto de la ley.

La principal problemática abordada en el presente trabajo de investigación la constituye determinar si en Guatemala el derecho al olvido forma parte del sistema jurídico y que en toda causa pueda resultar justiciable.

El derecho al olvido resguarda la dignidad del ser humano, especialmente al proteger la vida privada y la intimidad de las personas, entonces, resulta también implícito el contenido del primero de los mencionados.

La hipótesis de respuesta a tal problemática y que ha quedado comprobada en el presente contenido, la constituye la siguiente cuestión: ¿Es justiciable el derecho al olvido en la legislación nacional guatemalteca como un derecho implícito al amparo de una tutela judicial efectiva?



El contenido del presente trabajo de investigación se ha dividido en tres capítulos a saber; el primero contiene el tema de los derechos implícitos; el segundo, la protección de datos; el tercero, el del derecho al olvido, especialmente su análisis como derecho implícito y la efectividad de su tutela jurídica por virtud de su justiciabilidad.

El problema real que presenta el derecho al olvido en Guatemala, es que la legislación interna nacional aún no contiene una normativa específica que regule taxativamente el concepto y formalidades del mismo como un derecho subjetivo, constitucional o humano.



Capítulo I

Derechos implícitos

1.1. Los derechos implícitos

Derivado de la necesidad de determinar si es posible que en Guatemala el derecho al olvido forma parte del sistema jurídico, resultando en toda causa jurídica un elemento justiciable, es que se hace preciso analizar si el reconocimiento del mismo se encuentra relacionado con los derechos constitucionales denominados implícitos. En tal virtud, la discusión pasa del plano filosófico al jurídico en forma concreta para poder dar con una forma de materialización, aplicación y observancia del derecho al olvido en la legislación nacional guatemalteca, empleando el bloque de constitucionalidad, en cuya formalización se integran al efecto, los tratados internacionales en materia de derechos humanos, tal como lo afirma la Corte de Constitucionalidad en sentencia del 19 de octubre de 1990, en expediente 280-90 al indicar entre otras cosas que, a partir del principio hermenéutico de la Constitución Política de la República de Guatemala, se debe interpretar el catálogo de derechos contenidos en ella, como un conjunto armónico, considerando que cada parte debe determinarse en forma acorde con el resto, y que ninguna disposición pueden analizarse en forma aislada y que siempre debe prevalecer una conclusión armonizadora y no contenciosa entre las distintas cláusulas de su texto. En esta labor intelectual, la Corte considera que, al constituirse la norma constitucional de forma suprema en relación con el resto de la legislación interna, también se está demostrando la



evolución que ha tenido el derecho constitucional con respecto a los Derechos Humanos. A pesar de ello, el carácter de su reconocimiento como derecho interno no puede ejercer función reformadora y menos derogatoria, y no se da por vía del contenido del Artículo 46 constitucional, sino más bien por el 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el Artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Es preciso primeramente hacer una exposición del significado de los derechos implícitos, de forma que pueda establecerse si el derecho al olvido puede tener sustento en ellos.

Los derechos implícitos, resultan ser un tema importantísimo en la ruta de la interpretación constitucional. Sin embargo, más allá de la Constitución Política de la República de Guatemala, en todo el ámbito de la legislación nacional puede llegar a observarse la presencia de derechos implícitos; naciendo estos a su vez, de los derechos expresos o explícitos.

El término implícito, alude a aquello “Que está incluido en una cosa, sin que esta lo diga o lo especifique” (RAE, Diccionario de la Lengua Española, 2016, pág. 526). De tal manera que por ello se tiene como contrario a implícito aquello que es explícito. Esto último permite calificar a ciertas normas como expresas, una ley o norma jurídica que determine cierta orden de aplicación y observancia obligatoria en forma clara. Pero el contenido de esta norma, el texto de la misma, permite distinguir que hay otras conductas no ordenadas en forma expresa y que



se consideran implícitas.

Lo anterior, ilustra el significado del término implícito. Lo que también evidencia que existen derechos u ordenanzas que aparecen en las normas jurídicas en forma explícita o expresa; y otros derechos u ordenanzas que no.

Estos últimos son los denominados derechos implícitos.

De este modo está no solo permitido sino incluso es adecuado acudir al diccionario de la Real Academia Española para definir lo explícito y lo implícito. Lo primero se define como aquello que “expresa clara y determinadamente una cosa”; mientras que lo segundo se define como lo “incluido en otra cosa sin que esta lo exprese”. Predicados estos adjetivos del sustantivo derechos se obtiene lo siguiente: derechos explícitos son aquellos derechos expresados clara y determinadamente en una norma jurídica positiva, como por ejemplo puede ser una ley; mientras que los derechos implícitos son aquellos derechos no expresados clara y determinadamente en una norma jurídica positiva, sino que se incluye en ella sin que esta lo manifieste. Derechos constitucionales explícitos serán aquellos derechos expresados clara y determinadamente en el texto de la Constitución; mientras que los derechos constitucionales implícitos, serán aquellos que se incluyen en la Constitución sin que esta lo exprese clara y determinadamente. (Castillo-Cordova, 2008, pág. 6).

En consecuencia, con lo expuesto, hay derechos que no aparecen en forma



expresa en el contenido literal de una norma jurídica, pero que se consideran implícitos en los derechos que en forma explícita contiene la norma jurídica en su texto. Y que precisamente por ello, se les denomina implícitos.

La expresión «norma implícita» es comúnmente usada en el lenguaje jurídico para referirse indistintamente a la clase de las normas no expresas... Ahora bien, toda norma no expresa, por definición, no es fruto de la legislación (en sentido material) –de otro modo sería una norma expresa– sino de una «construcción jurídica». Es fruto, por tanto, de un razonamiento de los intérpretes. Las normas no expresas derivadas de razonamientos del primer tipo pueden denominarse «implícitas» (en el sistema jurídico) en sentido estricto. (Guastini, 2017, pág. 2).

Para ilustrar lo que se pretende exponer en el apartado anterior, es procedente pensar en dos normas jurídicas explícitas; por ejemplo, el Artículo 183 de la Constitución Política de la República de Guatemala, regula como una función del Presidente de la República en el inciso e, lo siguiente: “dictar los decretos para los que estuvieren facultados por la Constitución”. Una segunda norma, el Artículo 194 también de la Constitución Política de la República de Guatemala, en el inciso c, regula como función de los Ministros de Estado, lo siguiente: “Refrendar los decretos, acuerdos y reglamentos dictados por el Presidente de la República, relacionados con su despacho para que tengan validez”. En tal virtud, sin que aparezca de manera explícita, taxativa o literal, se interpreta en forma implícita que los decretos dictados por el Presidente de la República que no hayan sido refrendados por el Consejo de Ministros, no tiene validez legal. Este último hecho



resulta “implícito”, como interpretación sobre la base de un argumento a *fortiori*.

Ciertamente, la explicación de los derechos implícitos puede aplicar en todo el ámbito de la legislación interna, pero como se indicó, en el presente estudio importan especialmente los derechos constitucionales que resultan implícitos, a dónde se enfoca esencialmente todo el análisis.

1.2. Denominaciones de los derechos implícitos

Como ocurre con la mayor parte de temas del Derecho, los tratadistas y autores dedicados a su estudio, tienden a nombrar con distintas denominaciones al objeto de su exposición y análisis.

Entre las denominaciones con las que se suele nombrar a los derechos implícitos se encuentran las siguientes: derechos innominados, derechos no enunciados, derechos inherentes, derechos nuevos y derechos no enumerados.

Suelen tener aplicación la mayoría de las denominaciones indicadas, sin embargo, en la presente exposición se recurre especialmente a la denominación de derechos implícitos, lo que no significa por otro lado, que no puedan emplearse las demás como sinónimos de la misma.



1.3. Origen histórico del reconocimiento de los derechos implícitos

Los derechos implícitos al igual que los derechos expresos, precisan de su defensa y que los Estados garanticen su observancia e irrestricto respeto, a fin de que los mismos adquieran las características de positivos y se materialicen.

En este sentido, es importante preguntarse el origen histórico del momento en que los Estados y las legislaciones internas empiezan a reconocer la existencia y por ende que debiera dárseles protección a los derechos implícitos.

Es relevante tomar en cuenta que uno de los primeros momentos en que se habla de derechos implícitos se encuentra en la Constitución de Filadelfia del año 1787, “que en su texto original no contenía como otras de su especie un catálogo que enumerara los derechos de los ciudadanos, pero que tácitamente se comprendía que la ciudadanía tenía derechos reconocidos aunque no figuraran en las normas escritas” (Ferreira Causil, 2017, pág. 13). Lo que sitúa en el tiempo, un indicio efectivamente de derechos constitucionales implícitos.

Pero más allá de lo que puede leerse o de lo que puede faltar en la “letra” de la Constitución, tomamos en cuenta la razón por la cual en los Estados Unidos su primer documento de 1787 careció de declaración de derechos: la tradición y la cultura de su tiempo la consideraban innecesaria y redundante, y daban por obvia su inclusión implícita. Quiere decir que la omisión, muy lejos de responder a olvido o a menosprecio, era más bien la reafirmación de que en un Estado democrático no es imprescindible que los

derechos consten por escrito, porque hacen a su esencia constitutiva.

(Bidart Campos, 1989, pág. 103)



Como es evidente, en tal fecha, los constituyentes no fueron de la opinión de incluir un catálogo de derechos de las personas, por cuanto el preámbulo constitucional juntamente con la Declaración de Independencia, reconocía tácitamente esos derechos, y en consecuencia resultaba innecesario que llevara a cabo una enumeración en forma evidente de cada derecho.

No obstante que la Constitución de los Estados Unidos de América en un principio no tuviese un listado de derechos, con el correr del tiempo se hizo preciso que los derechos fueran expresados en forma explícita. Es entonces cuando empiezan las denominadas enmiendas al texto constitucional original. Entre las enmiendas en cuestión, incluida en el *Bill of Rights* que se incorpora a la Constitución de Estados Unidos, es el primer texto constitucional que incluye lo que se denomina como cláusula de derechos implícitos, punto de partida en los textos constitucionales para acoger esta teoría.

Lo que en todo caso parece necesario ponerse de relieve es, que, si a alguien se debe la paternidad de gran parte de lo que son en la actualidad las diez primeras enmiendas, ese es James Madison, de cuyo proyecto presentado el 8 de junio de 1789, inclusive habría de desprenderse el antecedente de la formulación de aquella cláusula de los derechos no enumerados. (Carpio Marcos, 2000, pág. 16).



Con lo anterior, se logra determinar en forma más adecuada, la ubicación del momento histórico en el que ya se empieza a hablar de derechos implícitos, lo que en el caso del ejemplo es claro que se trata de derechos constitucionales implícitos.

Resulta coherente con el desarrollo y progreso intelectual de la humanidad, el hecho que los derechos se vayan asumiendo como tácitos, pero luego, con el impulso de principios jurídicos como la legalidad y la juricidad, es evidente la necesidad de que proliferen los derechos expresos, aunque en la integración interpretativa de estos, surjan como consecuencia, los derechos implícitos.

1.4. Conceptualización de derechos implícitos

La primera de las definiciones que se aporta para su análisis es la propuesta por Navarro, quien la construye sobre la base del reconocimiento que pueden tener los derechos en general. Aunque la definición incluye posturas iusnaturalistas es preciso tomarla en cuenta por su riqueza teórica como se puede observar:

Aquellos derechos que no están directamente reconocidos en la Constitución, pero que cuentan con relevancia material suficiente - proveniente de su particular naturaleza o relación con la dignidad humana- determinada a partir de una fundamentación iusfundamental correcta efectuada por autoridad competente, que otorgó a la pretensión subjetiva revelada reconocimiento y protección constitucional. (Navarro Aracena,

2016, pág. 16)



En suma, se trata de derechos no reconocidos por el texto constitucional que sin embargo cuentan con importancia concreta y necesaria, devenida por la naturaleza de la dignidad humana, para la fundamentación de su respeto por parte de la autoridad estatal.

Otra definición importante la aporta Castillo-Córdova quien indica por derechos implícitos lo siguiente:

El conjunto de bienes humanos reconocidos y garantizados por la norma constitucional a fin de permitir a la persona alcanzar cuotas de perfección humana en la medida que logra satisfacer necesidades o exigencias propia y efectivamente humanas, que no están recogidos en el texto de la Constitución, sino que se concluyen de ella luego de una argumentación justificativa suficiente. (Castillo-Cordova, 2008, pág. 6).

Una definición bastante concreta en cuenta a tomar en cuenta como implícitos no solamente los derechos implícitos como tales sino además los bienes humanos reconocidos por la Constitución Política de la República para establecer como parámetro una adecuada medida de satisfactor de las necesidades humanas.

La siguiente definición sobre derechos implícitos la formula el autor Juan Sosa, quien indica que:



La cláusula de derechos no enumerados o no enunciados es aquella que reconoce expresamente la posibilidad de entender como derechos fundamentales a otros derechos que no se encuentran expresamente reconocidos por la Constitución. Dicho de otra forma, dicha cláusula niega que los derechos reconocidos por la Constitución sean los únicos atribuibles a las personas, sino que quedan comprendidos también (y tutelados con la misma dedicación y fuerza) todos aquellos que merezcan reconocimiento, principalmente por desprenderse del principio de dignidad humana. (Salazar Muñoz, 2008, pág. 193).

Se trata de derechos no enumerados, lo que conlleva ya la utilización de otra forma de denominación de los derechos implícitos como se había advertido anteriormente en este estudio. Además, que tales derechos, quedan garantizados, aun así, por medio de los derechos expresos que si se encuentran contenidos en forma explícita en el texto de la Constitución Política de la República.

Por aparte, el autor Gros, expone la siguiente definición de derechos implícitos.

Los derechos que la Constitución enumera no son todos los que pertenecen al hombre o al ciudadano. Una enumeración completa habría sido imposible, peligrosa e inútil. Además, al declararlo así, la Constitución Argentina, como la de los Estados Unidos, confirmó “el principio de que las Constituciones no se hacen para crear derechos, sino para reconocerlos y



defenderlos, y que si algunos son especialmente enumerados y protegidos, solo es porque son singularmente importantes o expuestos a ser invadidos.” (Gros Espiell, 2000, pág. 150).

Esta definición es coherente y congruente con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, por lo que resulta comprensible que se trate de derechos implícitos.

1.5. Diferencia entre implícito, norma implícita y derecho implícito

Para establecer de mejor forma el concepto de los derechos implícitos, se hace necesario, así como relevante, exponer las diferencias y similitudes que al menos en plano teórico, prevalecen entre el término implícito, norma implícita y derecho implícito.

En párrafos anteriores, se ha definido al término implícito, empleando a tal efecto la significación que ofrece el *Diccionario de la Real Academia Española*. En tal virtud se sabe que lo “implícito”, es lo que está contenido en algo más. Por ejemplo, si se compra un vehículo, resulta implícito que quien lo vende no está vendiendo aparte el motor, porque por convención social, se sabe que el vehículo se compra completo. Entonces, que el vehículo esté completo, resulta un supuesto implícito del negocio jurídico en cuestión.

Pero, al decir “implícito”, se está hablando en forma general. No se puede



afirmar que se trate de normas o derechos, en cuyo caso tendrá que agregarse o más bien anteponerse al término en cuestión, la palabra norma o derecho, según sea el caso. Entonces, está claro que una cosa es la palabra *implícito*, que nombra a cualquier objeto en tal sentido, y otras específicas, los conceptos de normas implícitas o derechos implícitos.

Por aparte, la norma implícita para comenzar, es aquella norma que no es explícita. Dicho de otro modo, las normas implícitas son aquellas que no aparecen en forma taxativa en el texto de una ley o reglamento. Se trata del mismo concepto de norma jurídica, pero con categoría de implícita porque esta no aparecerá literalmente como ley material.

Con el concepto de norma jurídica, también puede pensarse en el contenido de la misma, y se concluirá sin mucha complejidad, en que las normas jurídicas contienen derechos subjetivos. En tal virtud, si existen normas jurídicas implícitas, entonces, el contenido de estas serán los derechos subjetivos implícitos.

Un derecho subjetivo no es sino el contenido de una norma: la norma que lo contiene. Un derecho implícito es, por tanto, el contenido de una norma implícita... La expresión "norma implícita" es comúnmente usada en el lenguaje jurídico para referirse indistintamente a la clase de las normas no expresas: o sea, las normas carentes de formulación en los textos normativos (dicho de otro modo, las normas que no pueden ser reconducidas a precisas disposiciones normativas en cuanto a significados de estas) (Guastini, 2017, pag.4)



En coherencia con lo expuesto, se puede afirmar que si bien el término *implícito*, le es complementario a las denominaciones de norma implícita y derecho implícito, son sin embargo tres conceptos independientes uno del otro. En tal sentido, también se puede afirmar que las nominaciones de norma implícita y derecho implícito, nombran conceptos distintos uno del otro.

En suma, la palabra implícito, a diferencia de los conceptos de norma implícita y derecho implícito, se refiere no solo a temas jurídicos sino a todo concepto implícito en general; a cualquier situación o interpretación implícita, tenga o no tenga que ver con derechos o normas jurídicas. Por el contrario, estos dos últimos conceptos se refieren a significados más concretos y relacionados con la materia jurídica. Y la diferencia entre normas implícitas y derechos implícitos, resulta de una comprensión más específica, se trata de la diferencia entre norma y derecho, la primera se refiere al derecho material a la norma objetiva, a la ley como texto, al derecho escrito.

Por otro lado, el derecho es el contenido de la norma, la atribución, facultad o regulación a que da lugar el derecho material, es decir a la concreción de una conducta que nace de la observancia de una norma escrita, de su aplicación y por ende, de su interpretación. Es la materialización del texto del derecho material. Es el derecho subjetivo que surge de la ley escrita.

Al hablar de normas implícitas se está haciendo referencia a que si la



norma no prohíbe taxativamente una conducta y por principio normativo se puede interpretar que entonces los seres humanos tienen facultad de realizar todo aquello que no está prohibido, entonces este segundo supuesto, es decir, que la norma faculta para realizar determinada conducta que no está prohibida por la ley, puede ser interpretado como una norma no escrita pero implícita.

Por otro lado, el derecho implícito será el contenido de una norma implícita, así como el derecho explícito es el que describe en forma literal el texto de la norma explícita, si la misma es complementada por una norma implícita, entonces el derecho subjetivo resultante de tal interpretación de esta segunda, es el derecho implícito.

1.6. Teoría de los derechos implícitos

El que haya reconocimiento para los derechos implícitos en una legislación, implica asimismo que el tema de este conjunto de derechos constituya toda una teoría. En tal virtud, se puede hablar de una teoría de los derechos implícitos, a la cual hacen referencia autores como Salcedo: “la teoría de los derechos implícitos, caracterizada por el reconocimiento judicial de derechos” (Salcedo Camacho, 2016, pág. 525). Asimismo, Bidart Campos, quien es partidario de desechar la tesis positivista como fundamento a los Derechos Humanos, ya que al sustentar que: “los derechos nacen única y exclusivamente del proceso legislativo, no considera derechos anteriores a la norma, implica... reducir el derecho humano a un texto... lo cual contradice los postulados de la teoría de los derechos implícitos”



(Bidart Campos, 1989, pág. 13). Inclusive existen estudios específicos de autores de la materia que han nombrado sus trabajos específicamente con esa denominación: Teoría de los derechos implícitos, entre quienes se puede nombrar al autor chileno Candia en su trabajo sobre: La teoría de los derechos implícitos en el Derecho Constitucional chileno y comparado; también al autor dominicano Gil, en su trabajo denominado: Teoría de los derechos implícitos.

1.6.1. La teoría de los enunciados jurídicos

Confluye con el desarrollo de la teoría de los derechos implícitos, la de los enunciados jurídicos. Esta última se refiere especialmente al hecho de que los principios pueden ser también explícitos o implícitos. Los primeros, se encuentran contenidos en forma expresa en el texto de la norma jurídica. Los segundos, por el contrario, emanan de una interpretación de los primeros.

En la propuesta de clasificación de los principios jurídicos que formulan Atienza y Ruiz Manero, se incluye la distinción entre principios explícitos y principios implícitos. Así, los primeros son aquellos formulados expresamente en el ordenamiento jurídico, y los segundos, aquellos principios extraídos a partir de enunciados presentes en el ordenamiento jurídico. Estos autores califican esta distinción como exhaustiva y excluyente... los principios implícitos actuarían principalmente en el sistema secundario o sistema del juez, en cuanto dirigidos a guiar el ejercicio de poderes normativos públicos (la aplicación de normas) de los órganos jurídicos, aunque también puede afirmarse su aplicación en el sistema



primario. Así por ejemplo, el principio de autonomía de la voluntad era un principio implícito aplicable a la interpretación de los negocios jurídicos antes de su reconocimiento expreso por el Código Civil. (Alonso Vidal, 2012, pág. 159)

La existencia de principios implícitos en la legislación constitucional, concede la razón al hecho de que existen derechos implícitos emanados de los mismos por cuanto se convierten en una forma interpretativa como herramienta del juez a la hora de aplicar la norma al caso concreto; y tal virtud, puede emanar un derecho fundamental implícito que obviamente surge del principio o enunciado jurídico, implícito.

1.6.2. Reconocimiento de los derechos implícitos

Es relevante analizar cuáles son los criterios que deben atenderse para considerar a un derecho como implícito. En otras palabras, cuál es la forma, mecanismo o procedimiento en la legislación interna de un Estado para el reconocimiento de un derecho, siendo este no expreso sino implícito.

Primeramente, ha de atenderse una cuestión insoslayable: la vigencia de los derechos implícitos. En realidad, se trata de, si existen o no y precisan de subordinación a su imperio como cualquier derecho expreso. Guastini es de la opinión de que constituyen una realidad al menos en casi todas las legislaciones de occidente, y lo expresa de la siguiente manera: “Las generalizaciones son,



naturalmente, peligrosas, pero creo que puede decirse que en la mayor parte de los sistemas jurídicos occidentales existen, de hecho, derechos implícitos en este específico sentido: son derecho (jurisprudencial) vigente” (Guastini, 2017, pág. 159). En consecuencia, no se puede negar la existencia de los derechos implícitos. Se trata de que constituyen una realidad del sistema jurídico. Pero, por otro lado, conviene preguntarse así mismo si el procedimiento para su reconocimiento, también puede interpretarse como una realidad y de ser así, si es un hecho de aceptación universal o no.

Al respecto de esto último, el autor de mérito es de respuesta condicional. Se trata de analizar si existe un procedimiento normativo por el que sea expedito el reconocimiento de cualquier norma implícita generadora de un derecho subjetivo implícito. Pero esta cuestión, indefectiblemente conduce al tema de la jurisprudencia y en tal virtud, se torna confuso otorgarles esta facultad a los órganos jurisdiccionales aun siendo tribunales constitucionales, por cuanto la misma ley faculta en forma previa a determinadas instituciones estatales con exclusividad para tal función.

El primer aspecto de la cuestión que debe tenerse en cuenta es el hecho, obvio, de que admitir la construcción jurisprudencial de derechos implícitos equivale a aprobar un desplazamiento de poderes normativos de los órganos legislativos a los jurisdiccionales. Mientras que los órganos legislativos son representativos (electivos), los órganos jurisdiccionales están, como suele decirse, privados de “legitimación democrática”; por lo que dicha dislocación de poderes normativos parece discutible desde el

punto de vista de la doctrina normativa de la democracia. (Guastini, 2017, pág. 159)



No obstante, aun con la postura tan clara del autor citado, lo cierto es que ese es el sistema que se ha desarrollado en la mayoría de legislaciones nacionales y regionales, siendo Guatemala un ejemplo de ello, como se explicará adelante. Para eso, es importante comprender a qué se refiere el autor cuando indica formas jurisprudenciales en las que puede llegar a darse el reconocimiento de los derechos implícitos.

Es importante aclarar que, estando el derecho al olvido más especialmente relacionado con derechos constitucionales, es que se hará referencia a esta clase de derechos; y más propiamente, a los derechos fundamentales.

Lo que debe ser objeto de labor jurisprudencial es la determinación de los criterios que la propia Constitución dispone y que deben ser empleados para reconocer un derecho fundamental no recogido expresamente. Estos criterios son la dignidad humana, la soberanía del pueblo, el Estado social y democrático de derecho y la forma republicana de gobierno. El fundamento de los derechos no expresos –el criterio más necesario y suficiente– es la dignidad humana. Esto es así porque la dignidad humana tiene que ver con el valor humano, que es consecuencia necesaria del ser humano, de la naturaleza humana. No se puede sostener la existencia de la dignidad humana sin reconocer la existencia de la naturaleza humana. Es ahí donde el operador jurídico puede encontrar la causa justificativa de la existencia de



un derecho fundamental. Los otros criterios son complementarios y solamente servirán para dar razones de la existencia de derechos fundamentales de naturaleza política. Todo lo anterior permite sostener que la lista de criterios recogidos en la Constitución es abierta, de suerte que pueden ser formulados argumentos con base en otros principios, tales como el de la naturaleza humana y el de la solidaridad, para los derechos clásicamente llamados sociales, entre otros. (Salcedo Camacho, 2016, pág. 533)

El reconocimiento de derechos implícitos en un sistema jurídico determinado, normalmente procede de la labor interpretativa que entidades facultadas al efecto, realizan al contenido de derechos expresos o explícitos. Tal proceso intelectual del ente facultado al efecto; es decir, con competencia *ratione materiae*, permite el reconocimiento de consecuencias jurídicas no expresas en el texto o letra de muerte de la ley.

En realidad, se trata del reconocimiento de dispositivos lógicos como argumentos de menor a mayor; o la interpretación del espíritu de supuestos jurídicos expresos, para justificación de los cuales es preciso tomar en cuenta principios como el bloque de constitucionalidad o la integridad de los textos constitucionales.



1.6.3. Reconocimiento de derechos implícitos por la Corte Interamericana de

Derechos Humanos

Según algunos autores, el reconocimiento de derechos implícitos es un procedimiento ya respetado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su labor interpretativa, siguiendo más o menos los siguientes pasos: Primeramente, la Corte confirma que el contenido de la Convención debe ser interpretado de conformidad con los criterios de una Convención viviente, es decir dinámica y no muerta, que realmente *vive*. Posteriormente a ello, la Corte establece que el texto de determinada norma de la Convención resulta ilimitado, no restringido, y es la misma Corte la facultada para asignar un criterio estándar de interpretación, basándose en la deducción lógica que lleve de los límites tangibles evidentes del contenido literal de la norma interpretada hacia otro que se puede calificar como *lógicamente necesario*. Esto, conduce indefectiblemente al reconocimiento de derechos no expresos en el texto y a la incorporación de otros derechos, que quizá provienen de otros tratados.

Un ejemplo se tiene en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, proferida por dicho ente regional con fecha 31 de agosto de 2001, originada por denuncia No 11.577, recibida en la Secretaría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con fecha 2 de octubre de 1995. En la misma, la Corte Resolvió a favor del denunciante, es decir, la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, estableciendo que el Estado de Nicaragua violó el Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con



los Artículos 1.1y 2 de la misma. De esta forma se ordenó al Estado nicaraguense a que demarcara el territorio en disputa, a favor de las comunidades demandantes, que, por cierto, en su cosmovisión no figura la venta o cesión de la propiedad sobre sus tierras ancestrales.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, presentó este caso con el fin de que la Corte decidiera si el Estado violó los artículos 1 (Obligación de Respetar los Derechos), 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), 21 (Derecho a la Propiedad Privada) y 25 (Protección Judicial) de la Convención, en razón de que Nicaragua no ha demarcado las tierras comunales de la Comunidad Awas Tingni, ni ha tomado medidas efectivas que aseguren los derechos de propiedad de la Comunidad en sus tierras ancestrales y recursos naturales, así como por haber otorgado una concesión en las tierras de la Comunidad sin su consentimiento y no haber garantizado un recurso efectivo para responder a las reclamaciones de la Comunidad sobre sus derechos de propiedad.

En este sentido, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH, la comunidad indicada, según el Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, gozaba de derechos sobre sus tierras ancestrales, como parte del derecho a la propiedad privada, aún el texto de la referida norma jurídica no lo contuviera expresamente.

Como lo indica acertadamente el autor citado anteriormente, esto amplía la



interpretación del contenido textual de la norma, por cuanto se trata de una consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto del Artículo 2 de la Convención. Y para el presente estudio, sirve para evidenciar la existencia de una interpretación de las normas convencionales, que está más allá de los límites tangibles de la letra muerta de este tratado internacional.

El reconocimiento de derechos implícitos, incrementa el catálogo de derechos que se han de aplicar en una legislación; por ello, es preciso tomar en cuenta la naturaleza dinámica del Derecho que evidentemente no puede ser considerado como materia inmutable, sino todo lo contrario. Los hechos sociales van provocando con el paso del tiempo y del desarrollo de otros acontecimientos históricos, la necesidad de que la ley se actualice constantemente.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH, al realizar el ejercicio interpretativo de la Convención Americana de Derechos Humanos, normalmente ha efectuado relevantes acciones en la suma de derechos a los catálogos ya existentes.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos por otro lado, reconoce como derechos y libertades protegidas por la Convención Americana de Derechos Humanos, a todos los indicados en el texto de la misma. El asunto se vuelve complejo, cuando la misma Corte reconoce como derechos y libertades a ser protegidos por los Estados miembros, extensiblemente a aquellos que surgen de la interpretación y aplicación de otros instrumentos interamericanos a los cuales se



les hubiera reconocido jurisdicción. Por ejemplo, la Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada de Personas o el Protocolo de San Salvador. Esta es la esencia de los derechos implícitos que surgen de la labor interpretativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por cuanto considera como una especie de bloque los diferentes instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos, para garantizar la protección de los mismos en forma integral.

Para analizar adecuadamente el asunto, es preciso también citar a otro autor que en el caso de Solá, evidencian la necesidad de esta actividad de la Corte, en los siguientes términos: “Las normas implícitas sean normas no dictadas no significa que sean también normas formuladas: una norma implícita adquiere existencia cuando es formulada –no por las autoridades normativas del ordenamiento- sino por los intérpretes” (Solá, 2017, pág. 173) Lo que permite colegir la necesidad de la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como algo que perfecciona la aplicación de la ley para el respeto de los derechos de las personas. En otras palabras, se trata de una forma garantizar mejor los Derechos Humanos, en la legislación interna de cada país.

En el presente trabajo se respeta el último criterio. La labor interpretativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no solo es necesaria, sino que de esta manera se puede garantizar el respeto de la dignidad de las personas en toda la amplitud de su sentido semántico. Además, y por si lo anterior fuera poco, también está el hecho que de esta forma se demuestra lo dinámico del Derecho. La ciencia jurídica no es inmutable o estática, sino todo lo contrario. En el



desarrollo de los hechos sociales y los acontecimientos jurídicos, se puede evidenciar la necesidad de ir ajustando las normas existentes y vigentes a la necesidad de respeto de los derechos de las personas, de manera que lo importante sea el bienestar humano, como principio de la aplicación de justicia y por ende, la subordinación de la actividad de interpretación de la normas jurídicas al espíritu que originalmente orientó la necesidad de crear una normativa en específico.

No se puede considerar hacer una ley para proteger a las personas contra ciertas conductas de otras personas o de instituciones sean públicas o privadas, y luego resignarse a que siempre no existe tal protección porque los creadores de la ley no contuvieron todos los casos posibles que se podrían presentar. En otras palabras, no puede negarse un derecho con la simple idea de que no estás escritas las palabras que garantizan su aplicación, en el texto original de la ley, cuando por la actividad interpretativa y el empleo de la herramienta exegética de deducción lógica, pueda demostrarse objetivamente que los derechos están ciertamente protegidos en forma implícita por la ley.

1.6.4. Reconocimiento de derechos implícitos por parte de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala

Es importante determinar dos temáticas en el reconocimiento de los derechos implícitos, por parte del Derecho guatemalteco. La primera de ellas es si en Guatemala es procedente el reconocimiento de derechos implícitos o no. Y la



segunda, partiendo de una respuesta afirmativa a la anterior cuestión, sería la de determinar si dicho reconocimiento podría estar ordenado por el mismo texto de la Constitución Política de la República de Guatemala; y en tal virtud es preciso recordar que los derechos implícitos que aquí importan son los constitucionales, con énfasis en los Derechos Fundamentales.

La primera cuestión es respondida directamente por la misma Corte de Constitucionalidad, la cual se refiere a los derechos implícitos como el derecho a morir, en sentencia 248-98, cuando se dilucida un asunto relativo a la publicidad, por medio de una fotografía o de un vídeo, de la defunción de un individuo, considerándose que esto pudiera producir aflicción o dolor a su familia. En tal resolución, el máximo tribunal constitucional guatemalteco toma en cuenta la estimativa de la persona humana, y determina que el derecho a morir con dignidad corresponde a la categoría de derechos implícitos. La mención de este término en tal fallo, evidencia la existencia de derechos implícitos y de forma obvia establece su reconocimiento en la legislación interna de Guatemala.

En relación con la segunda cuestión, es decir, la de determinar si dicho reconocimiento podría estar ordenado en el texto de la Constitución Política de la República de Guatemala, la respuesta es afirmativa y comprensible cuando se hace una lectura del Artículo 44 de dicho cuerpo de leyes, sin que suponga mucho esfuerzo intelectual, el que expresamente ordena: “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.”



La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, como ente supremo en la aplicación de justicia constitucional y, además, como institución élite garante de la observancia de lo ordenado por la Constitución Política de la República de Guatemala, así como de la labor de interpretación del texto constitucional guatemalteco, también es de la opinión que el Derecho no es estático, sino más bien dinámico. Y en este sentido, se considera que hay derechos inherentes a la persona y que, por tal razón, deben considerarse incluidos en el texto constitucional, aunque no figuren en forma expresa en el mismo. Esto es exactamente la configuración de los derechos constitucionales implícitos en la legislación nacional guatemalteca.

Según sentencia de la Corte de Constitucionalidad, de fecha diecisiete de septiembre de mil novecientos ochenta y seis, contenida en expediente 12-86, los constituyentes plasmaron en el texto de la Constitución, especialmente en la parte de su preámbulo, una declaración de principios que expresan los valores que, ciertamente, invocan la solemnidad de su texto pero que de no contener una norma positiva en forma expresa un derecho, esto no excluye lo que pueda surgir de su interpretación, actividad esta que, garantiza el verdadero alcance de cada precepto.

En sentencia de fecha tres de mayo del año dos mil dieciocho, la Corte de Constitucionalidad, identificada con número de expediente 6094-2017, expresa con bastante claridad la relevancia jurídica de los derechos implícitos. En la parte



considerativa de la sentencia, en referencia al Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala, sostiene que, los derechos implícitos tienen un doble sentido, puesto que por un lado confirman el objeto de la Constitución al optimizar sus derechos, al determina un sistema que no se agota en una enumeración taxativa de su catálogo de facultades y prerrogativas fundamentales, confiriéndole a este listado la dinámica y elasticidad necesaria para incorporar derechos más allá de los que se encuentran expresamente reconocidos en el texto constitucional. Y, por otro lado, este mecanismo (el del reconocimiento de derechos implícitos) se convierte en un principio general de interpretación constitucional acerca de la forma implícita de los derechos no enumerados, útil esencialmente a los fines de integralidad de derechos que de esta cuenta se reconocen constitucionalmente con el mismo rango que los derechos expresos.

En sentencia de fecha treinta de enero del año dos mil catorce, contenida en expediente número 2710-2013, proferida por la Corte de Constitucionalidad, en la parte considerativa se reconoce que los derechos implícitos alcanzan inclusive derechos de la niñez, amén de considerarse parte de los convenios sobre tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, y en el caso del fallo indicado, con especial énfasis en el interés superior del niño. En esencia, a lo que se refiere tal resolución es al acto de autoridad de los padres, y confirmándose que tal acción puede garantizarse o denegarse cuando esto signifique atentar contra derechos implícitos que de cualquier forma vulneren el interés superior del niño.

Relevante resulta para el análisis sobre los derechos implícitos, que en el fallo analizado, la Corte de Constitucionalidad los determina en forma concreta y justiciable sobre la base del amparo, como tutela constitucional efectiva de los mismos, dado que esto significa que no se trata únicamente de un recurso intelectual o una herramienta para el análisis, sino más bien la determinación de un elemento que forma parte de la justicia constitucional en Guatemala.

Interesante para este estudio, deviene el acontecimiento jurídico del respeto a la dignidad del ser humano, contenido en sentencia de fecha diecinueve de enero del año mil novecientos noventa y nueve, contenida en expediente número 248-98 de la Corte de Constitucionalidad al respecto del recurso de inconstitucionalidad interpuesto en contra del artículo 3 de la Ley que Establece el Procedimiento para la Ejecución de la Pena de Muerte, Decreto Número 100-96 del Congreso de la República de Guatemala. Es relevante, por cuando se hace referencia a la exposición de fotografías y vídeos que constituyen parte del derecho a la protección de la dignidad humana, objeto último de este trabajo de investigación.

Este fallo, por cierto, concede con lugar la acción de inconstitucionalidad contra la norma ya identificada en líneas arriba, con base en el argumento de que siendo un valor humano y más aún, cuando se encuentra constitucionalizado expresamente, en referencia al hecho de tener una muerte con dignidad, como parte del derecho a la intimidad que corresponde según el máximo tribunal constitucional en Guatemala a los derechos implícitos.





La Corte de Constitucionalidad reconoce la existencia de derechos implícitos que surgen de la hermenéutica integrativa de la Constitución Política de la República de Guatemala con los tratados sobre Derechos Humanos, por cuanto la persona física tiene derecho inalienable e imprescriptible a su dignidad humana, lo que no se pierde ni aún en sentencias condenatorias.

Adicionalmente a lo anterior, esto se ampara para tal fin, en el inciso 2 del artículo 5 del Pacto de San José protege la integridad moral de la persona y en el inciso 3 ibídem proclama que 'la pena no puede trascender de la persona del delincuente.

En consonancia, con todo lo apuntado hasta aquí, se ha determinado con bastante amplitud la existencia de los derechos implícitos no solo en el sistema interamericano de Derechos Humanos, por vía de las interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como más especialmente, el reconocimiento de derechos no expresos en la Constitución Política de la República de Guatemala, por parte de la Corte de Constitucionalidad en el trabajo interpretativo del texto constitucional, sobre la base normativa del contenido del Artículo 44 de tal cuerpo de leyes.

La necesidad de una visión integral de la ciencia jurídica, puede ofrecer visiones más completas, como en el caso de la labor interpretativa que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH, en el sentido de consolidar la

aplicabilidad de los instrumentos internacionales que resguardan los Derechos Humanos, para garantizar el bienestar de las personas.



Es importante confirmar que el trabajo y consideraciones de interpretación del texto de la Convención Americana de Derechos Humanos, constituye no solo la evidencia más palpable de la necesidad de los derechos implícitos en el texto como normas no expresas y que garantizan, además, lo dinámico del Derecho en el sentido de que dicha ciencia no es inmutable o estática, sino todo lo contrario. En tal virtud, se moderniza y adapta a su aplicación general cotidiana en beneficio de la búsqueda de justicia.



Capítulo II

La protección de datos personales

La información personal debe poder manejarse sin injerencias ilegítimas y menos ilegales. A la facultad de decidir qué datos personales se pueden hacer públicos y cuáles no, se le denomina determinación informativa. Como la misma es personalísima, se trata entonces de una autodeterminación informativa. Esta facultad constituye un derecho que garantizan los instrumentos jurídicos internacionales.

La facultad de pedir que no se publiquen ciertos datos personales que configuran la intimidad de la persona (derecho a pedir olvidar), forman parte de la de la protección de los datos personales. En tal virtud existe una relación relevante entre el derecho al olvido y el derecho a la intimidad. Esa relación puede reconocerse como protección de los datos personales. Su manejo propicia lo que modernamente se empieza a conocer como forma de auto determinar cuál información debe ser pública y cuál no.

A continuación, es preciso abordar el tema de la vida privada y la intimidad. De paso, es oportuno conocer el derecho que algunos sectores de la doctrina, como se apreciará en la exposición siguiente, conciben como derecho a la propia imagen. Luego, será posible determinar la conceptualización del derecho al olvido.



2.1. Derecho a la vida privada

El derecho a la intimidad es tratado de forma indiscriminada en muchos textos de doctrina, concibiéndolo como un sinónimo de privacidad. El derecho a la vida privada que refieren los instrumentos internacionales y que se aplica en Guatemala como consecuencia del bloque constitucional; puede servir para interpretar las diferencias conceptuales entre privacidad e intimidad, especialmente en relación con utilizar la palabra *privado* y que esto no genere confusión con intimidad. “Para referirse a la intimidad, tanto la Sociología como la Psicología utilizan la palabra inglesa *privacy*. En España este término se ha traducido apresuradamente con el neologismo *privacidad*” (De Diego Arias, 2015, pág. 26). En Guatemala, al no estar regulado en forma expresa la intimidad, se tiende a confundir con privacidad, por cuanto el derecho a la vida privada si se encuentra expresamente contenido en ley.

En 1948, la Organización de Naciones Unidas, ONU, promulgó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en cuyo cuerpo normativo se estatuyó como Artículo 12 el siguiente contenido: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada”. El mundo reconocía así, el concepto de vida privada y lo convertía en un derecho, inviolable e inalienable.

El 16 de diciembre de 1966 fue adoptado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, ONU, y en cuyo contenido normativo se encuentra estatuido en el Artículo 17, lo siguiente: “Nadie puede ser objeto de



injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada”.

Del 7 al 22 de noviembre de 1969, la Organización de Estados Americanos (OEA) suscribió en conferencia especializada, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, instrumento jurídico internacional que fue ratificado por Guatemala, el veinticinco de mayo de 1978. El Artículo 11, numeral 2, estatuye: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada”.

Estos tres instrumentos jurídicos internacionales regulan la vida privada como un derecho a no ser vulnerado o violentado, y para tal efecto se establece esa tutela jurídica. Ahora bien, conviene preguntarse acerca del contenido de este derecho para determinar qué es lo que realmente protege, así como su significado conceptual.

Por privado, el diccionario común indica que es aquello: “Que se hace en presencia de poca gente, familiar y domésticamente, sin formalidad ni ceremonia alguna... conviene precisar el sentido de la vida privada y de la palabra intimidad. Sobre ambos recae un buen número de equívocos” (RAE, Diccionario de lengua española, 2016, pág. 1245). Entre las acepciones también emplea la palabra intimidad, sin embargo, en materia jurídica, como ya se ha adelantado, este tipo de concepto no tienen por qué ser confundidos o empleados como sinónimos. “...vida privada, o privacidad, e intimidad no son lo mismo, aunque tengan un nexo común” (Martínez de Pisón, 1997, pág. 719). Se trata de gradaciones diferentes de un tema que va de lo íntimo como algo más restringido conceptualmente



hablando, a lo privado como algo de mayor envergadura.

La intimidad sugiere un cierto contenido que está dirigido a comprobar su esencialidad en algunos temas. En el caso de la vida privada, también habrá que distinguir ciertos ámbitos de aplicación para este concepto. “Hay un área particular netamente delimitada, asignada a esa parte de la existencia que todos los idiomas denominan como privada, una zona de inmunidad ofrecida al repliegue, al retiro” (Martínez de Pisón, 1997, pág. 720) Como es evidente, no solo se trata del concepto sino además del espacio físico en donde se puede desarrollar la vida privada.

El concepto de vida privada surge históricamente con las ideas burguesas de la Revolución Francesa de 1789, que excluyó en un inicio cualquier concepto totalitario por un sistema político completamente liberal, congruente con la necesidad de proveer de espacio de vida privada a todos los miembros de la sociedad. “las exigencias sociales y políticas de la utopía burguesa en los siglos XVII y XVIII, y materializada en el más puro sistema liberal del XIX. El burgués precisa una esfera aislada, libre para el desarrollo de su conciencia religiosa” (Martínez de Pisón, 1997, pág. 721). A partir de entonces, el mundo permite que los seres humanos creen ámbitos para el desarrollo de su vida privada, ya no hay habitaciones de convivencia multitudinaria, sino que empiezan a aparecer espacios físicos definidos como un salón en el hogar para atender visitas y un área privada para desarrollar la convivencia sin la presencia de extraños.



Entre los autores citados, existe la interpretación de que cuando el hombre entra en su hogar, entra en el ámbito de su vida privada (constituido esencialmente por sus familiares, su patrimonio, sus actividades y prácticas en el seno de esa hora), pero cuando va hacia una habitación en donde busca estar solo, es que ingresa en el ámbito de su intimidad. Un espacio restringido dentro de otro espacio también restringido. "...dos espacios conceptuales bien delimitados, separados, pero también interrelacionados. Pues no hay intimidad sin vida privada, sin el lugar doméstico donde recluirse aún más. Como tampoco hay privacidad, ni se puede gozar de una vida privada sin algo de intimidad" (Martínez de Pisón, 1997, pág. 723). La vida privada surge para determinar así espacios más definidos en el desarrollo de la personalidad de cada individuo.

En el interior de su vida privada, el ser humano establece comunicaciones, relaciones y actividades, pero estas no son aplicables al ámbito público. No son específicamente íntimas, pero tampoco son realizadas para ser expuestas ante el público en general. Este aspecto tiene mucha relevancia en cuanto a temas como la no injerencia en conversaciones privadas, la no exposición del grado de afecto que puede privar en una relación física con una pareja; y de ahí, la protección que el derecho debe proveer a los lugares en donde se desarrolla esa vida privada, como el domicilio, el automóvil, de los medios tecnológicos de comunicación etc. Hay un mundo de relaciones y actividades que establecen los seres humanos, una vez se cierran las puertas al resto de miembros de la sociedad.



Ahora bien, esta vida privada se desarrolla inclusive en los dispositivos electrónicos para la comunicación, la mensajería etc. Es por ello que, las redes sociales y los dispositivos tecnológicos de información y comunicación pueden llegar a significar un verdadero problema de límites entre lo que es restringido a terceros y lo que no.

2.2. Derecho a la intimidad

El término “intimidad proviene” de la voz latina *intimus*, que, a su vez, deriva de *interus*, es decir, interior o interno, “que está muy adentro, en lo más profundo, muy interior, en lo más hondo” (Blánquez Fraile, 1985, pág. 87); Para el diccionario de uso común, intimidad es: “Aspecto interior o profundo de una persona, que comprende sentimientos, vida familiar o relaciones de amistad con otras personas” (RAE, Diccionario de lengua española, 2016, pág. 123). Por ello, es comprensible interpretar que intimidad se refiere a una parte del ser humano, y en esta parte están contenidos los sentimientos, la vida familiar, las relaciones personales, lo que está en lo más hondo de sí mismo, no lo público ni lo exterior, sino lo que está en su interior.

Una interesante concepción sobre la intimidad la ofrece Desantes, incluso con miras a desarrollarlo como derecho, cuando indica que: “la intimidad puede ser aquella zona espiritual del hombre, distinta a cualquier otra, exclusivamente suya, que tan solo él puede revelar” (Desantes, 1991, pág. 267), Esta significación del concepto en cuestión, demuestra que hay un contrario, el cual sería la



publicidad, aquello que se puede revelar. Por lo tanto, la intimidad sería lo que no puede revelarse y esto hace suponer que hay aspectos que si se pueden exponer a los demás: lo que es íntimo y lo que no lo es; lo interior y lo exterior. Pero no solo esto, porque también deben existir escalas para concebir lo íntimo, un buen ejemplo de ello sería la consideración acerca de lo que comprende la vida privada y lo que es intimidad.

La intimidad es un concepto que los autores han preferido referirlo a un ámbito más restrictivo que la vida privada. “Lo íntimo está aún más afuera del alcance del interés público que lo privado” (González Rivera, 2007, pág. 4), se trata del fuero interno, de lo que habita en la conciencia del ser humano. Es la intimidad una excepción a la libertad de expresión, por cuanto es aquello de lo que el hombre es dueño absoluto y nadie tiene derecho extraérselo, ni por razones de investigación criminal, ni por razones de estudio aprendizaje, hacerlo entonces significaría una violación de esa intimidad.

Es el fuero interno del ser humano. “La intimidad corresponde al ámbito psicológico e incommensurable del individuo, comprende su personalidad, sus valores morales y religiosos, sus tendencias sexuales y amorosas, sus orientaciones ideológicas” (González Rivera, 2007, pág. 4). Existe un ámbito en la conciencia del ser humano en donde residen sus más interiores secretos. Por ejemplo, un sujeto que guarda para sí sus preferencias sexuales y que no las comparte ni siquiera con sus familiares y amigos más cercanos. En este caso puede observarse una gradación de la intimidad mucho más allá que una simple

privacidad; por cuanto, la familia es parte de la privacidad, pero hay ámbitos que inclusive van más allá que lo familiar, esto sería, la intimidad del ser humano.



Ha quedado expuesto el sentido general de cómo debe interpretarse el término *intimidad*. De paso, se ha enumerado lo que contiene tal concepto: sentimientos, vida familiar, relaciones de amistad. Ahora bien, se debe aplicar esta significación al concepto de derecho a la intimidad, en donde como se verá, hay consideraciones que vuelven diferente el concepto. De esto último pueden derivar otras cuestiones importantes de igual manera, por ejemplo, por qué la legislación estaría en la necesidad de proteger lo íntimo de una persona; cuál sería la fundamentación y la justificación para hacerlo. Esto inclusive puede llevar a determinar la efectividad en que actualmente se lleva a cabo tal tutela jurídica. Por otro lado, si todos los aspectos que contenga el derecho a la intimidad son o deben ser protegidos por el Derecho, o no.

El concepto del derecho a la intimidad puede colegirse al analizar dos normas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la Organización de Naciones Unidas. En primer término el Artículo 12 del cuerpo normativo indicado estatuye que: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia"; lo que algunos podrían interpretar como la intimidad, lo cual sería equivocado en cierta forma, porque el Artículo 18 de la misma Declaración, regula: "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su



religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”, en tal virtud, es evidente que el instrumento jurídico internacional citado, no empleó dos normas para garantizar lo mismo, sino más bien lo entiende como dos temas distinguibles y con una gradación diferente. En el caso del Artículo 12 se refiere entre otros al derecho a la vida privada; mientras que en el Artículo 18 protege la conciencia del hombre, la intimidad.

A propósito de esta última norma, es preciso hacer notar que si bien la norma estatuye que toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia, también lo es el hecho de que parte de esa libertad, como una forma de autodeterminación informativa, es que una persona pueda divulgar el contenido de su conciencia si así lo decide, al tenor de la frase *libertad de manifestar*, en tanto que puede hacerlo en público como en privado.

La norma jurídica determina dos ámbitos diferentes al de la conciencia: lo público y lo privado. En este caso se configuran las tres gradaciones a las que se hacía referencia anteriormente: lo público, lo privado y la conciencia, representando esta última, la intimidad.

Si el derecho a la intimidad está relacionado directamente con la libertad de conciencia del ser humano, entonces es evidente que si una declaración universal de Derechos Humanos debió regularla taxativamente es porque la misma tiene categoría de derecho, y en todo caso, de derecho humano. Ahora bien, este



derecho humano puede justificarse sobre la base de brindar protección jurídica, tutela jurídica, ante cualquier tipo de intromisión o de vulneración.

En correlación con lo expuesto, es procedente determinar que el derecho a la intimidad es protegido ante cualquier clase de ataques que, por otro lado, atenten, además, contra su tutela jurídica.

Esto tendría mucha relevancia en sistemas políticos y Estados que son parte de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y luchan contra el terrorismo, cuando este último tiene como ingrediente factores religiosos por ejemplo, por cuanto la persecución que tendrían derecho a ejercer las fuerzas policiales bien pueden desarrollar todo tipo de medio investigativo lícito en todo aquello que tenga que ver con las conductas exteriores de los sujetos objeto de pesquisas, pero no contra el derecho fundamental a la conciencia de estos. Su derecho a la intimidad.

Existen cuatro características del derecho a la intimidad que describen y analiza la doctrina al respecto:

- 1) Solo las personas físicas gozan de intimidad; las personas jurídicas y las instituciones, no.
- 2) La intimidad requiere el consentimiento para participar de ella sin que se destruya. Requiere siempre del consentimiento libre del sujeto para hacer partícipe a otros. Conocer y difundir la intimidad de una persona contra su voluntad comporta automáticamente su destrucción.
- 3) La intimidad implica el respeto a la libertad de las personas, pues su



existencia, conocimiento y difusión ocurre solo por donación, la cual es siempre libre y voluntaria, como en el caso de la amistad y el amor. 4) La intimidad tiene un valor absoluto, incuestionable e inviolable, lo que se refleja en ciertos derechos como la libertad de pensamiento o doctrinas como la objeción de conciencia que no pueden ser objeto de mandatos judiciales. (González Gaitano, 2002, pág. 116)

Está claro que se trata de un derecho humano personal, con facultad de reservarse de cualquier intromisión de terceros, lo cual ocurre únicamente de conformidad con un acto volitivo de la persona y que además es un derecho absoluto, incuestionable e inviolable, tal el caso de la objeción de conciencia. El derecho a la intimidad, quizá es una de las atribuciones del ser humano que tengan mayor relevancia técnica con el derecho natural.

El derecho a la intimidad es tan personal como el aseo íntimo. Las rutinas fisiológicas individuales. Aquello que está relacionado con el pudor; la desnudez, la sexualidad, la salud, el dolor, la muerte, la propia imagen. Aunque, también puede haber intimidad laboral, económica, relacional, comunicacional, entre otras.

Con lo expuesto hasta aquí, se puede colegir una relación directa entre el derecho a la intimidad y la protección de datos personales.



2.3. Derecho a la propia imagen

El tema de la propia imagen, ha empezado relativamente a cobrar relevancia por cuanto forma parte de los datos personales. Todo ser humano tiene una imagen exterior que proyecta en forma pública al resto de las personas. El rostro, el cuerpo, el color de la piel, entre otros atributos físicos, constituyen aspectos de la propia imagen. Nogueira expone lo siguiente en cuanto a la propia imagen:

Cada persona dispone de la facultad exclusiva de determinar cuándo, cómo, por quién y en qué forma quiere que se capten, reproduzcan o publiquen sus rasgos fisonómicos, controlando el uso de dicha imagen por terceros, impidiendo así su captación, reproducción y publicación por cualquier procedimiento mecánico o tecnológico, sin su consentimiento expreso. (Nogueira Alcalá, 2007, pág. 261)

Según el autor citado, este derecho forma parte del respeto a la vida privada de las personas. Es la manifestación más clara de la corporalidad de una persona, para poder ser reconocible por el resto del conglomerado. Pero a la vez, la protección de la propia imagen por parte del derecho y la legislación interna de un país, salvaguarda de paso, el derecho a la intimidad. “El poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz” (Alegre Martínez, 1997, pág. 85)



Este derecho a la propia imagen, constituye una parte de la dimensión cultural de la persona por cuanto, todo individuo actúa sobre su propio cuerpo, exponiendo la imagen que quiere presentar a los demás.

El derecho a la propia imagen garantiza la proyección exterior de las personas en su forma visible independientemente de aspectos intangibles como la honra, la vida privada y del derecho de propiedad. Le permite a la persona decidir sobre el uso de su imagen sin intromisiones ilegítimas o ilegales, por lo que se puede afirmar que su cuidado también expone aspectos morales de la propia personalidad. De hecho, en muchos textos se puede encontrar la frase: *cubriendo sus vergüenzas*, lo que evidencia que hay partes del cuerpo que solo la persona en forma individual puede permitir que se expongan en forma pública.

2.4. Derecho a la autodeterminación informativa y protección de datos

La información personal de un ser humano, es aquella que está compuesta por cualquier dato que pueda describir a la persona o su historia de vida. Tiene que ver con cualquier dato público, así como con aquellos datos personalísimos, íntimos o de vida privada.

La información o datos personales de cualquier ser humano están compuestos, como puede interpretarse, por hechos conocidos por la comunidad, la sociedad, tal es el caso de las generales de ley: el origen, la nacionalidad, la ocupación, entre otros. Pero también la conforman hechos desconocidos para la



sociedad: anécdotas, actos del pasado, sentimientos, números de cuentas bancarias, preferencias sexuales, ideas políticas, origen étnico, hábitos etc., de estos, el titular puede hacerlos públicos, o solo una parte de ellos o bien, nada. Esto último formaría parte del derecho de todo ser humano a su libre disposición de datos personales.

Por dato personal, el Artículo 9, numeral 1, de la Ley de Acceso a la Información Decreto Número 57-2008, del Congreso de la República de Guatemala, regula lo siguiente: “Los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales identificadas o identificables”. Ahora bien, esta ley hace una distinción con datos personales y datos personales sensibles, por estos últimos el mismo cuerpo de leyes indicado, estatuye en el mismo Artículo pero numeral 2 que son: “Aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o actividad, tales como los hábitos personales, el origen racial, el origen étnico, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos, preferencia o vida sexual, situación moral y familiar u otras cuestiones íntimas de similar naturaleza.”

Un ser humano tiene derecho a oponerse a que se conozcan datos personales sensibles de su información propia, ciertos antecedentes de su historia individual que no quiere que sean revelados y por otro lado que en dicho caso no haya orden de juez que modifique esa decisión y lo obligue a hacerlos públicos. En caso contrario, si se trata de un dato relevante para la comunidad y que por lo



mismo el sistema de justicia ordena su publicación, entonces el titular pierde el derecho a oponerse a tal cosa.

Entre los argumentos justificativos a la negativa de publicar ciertos datos que no está obligado a hacerlo una persona, se encuentra el hecho de que pudieran perjudicar su honra o su reputación; que son datos que simplemente pertenecen a su intimidad o vida privada y que el titular no quiere que sean públicos y la ley le permite abstenerse de revelarlos.

En consecuencia, con lo expuesto, la información personal tiene que ser posible administrarla sin injerencias ilegítimas y menos ilegales.

Esta posibilidad de manejar qué información se hace pública y cual no, se denomina determinación informativa, derivado del hecho de que tal situación es personalísima, entonces se trata de una autodeterminación informativa. Y esta facultad de administración de información y datos personales es conocida como un derecho, que garantizan los instrumentos jurídicos internacionales.

En consonancia con lo expuesto, la autodeterminación informativa puede ser descrita en la forma en que en 1983 lo hiciera en sentencia un órgano jurisdiccional en Alemania: "...el titular de los datos es el único que tiene derecho a decidir cómo, cuándo, dónde y por quién se tratan sus datos" (Orrego, 2013, pág. 320), de manera que tal facultad de administrar en forma autónoma los datos personales, se determinan como un derecho fundamental del ser humano.



En la misma medida lo hizo un tribunal español, al fallar de la siguiente forma un asunto en relación con el tema en cuestión: “el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado... atribuye a su titular facultades... impone a terceros deberes jurídicos que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad” (Orrego, 2013, pág. 320) Lo que constituye el derecho a la autodeterminación informativa.

Como es evidente en la última cita, se puede constatar que el derecho a la autodeterminación informativa es sinónimo o bien puede ser nominado también como derecho a la protección de datos personales. En tal virtud, como denominación de lo que representa el concepto de este derecho puede aplicarse bien el de autodeterminación informativo o bien, el de protección de datos personales.

La primera ley de protección de datos, proviene de 1969 en Alemania, “...en el cual se advertía sobre los peligros que la informática planteaba a los derechos de los ciudadanos. El primer ministro del Estado Hesse ordenó elaborar una ley que trata el problema de los bancos de datos públicos” (Orrego, 2013, pág. 319) Posteriormente a ello, se sumaron otros países, como Estados Unidos de América, Portugal, España y Francia, mismos que regularon una ley específica de la materia o incluyeron en su Constitución Política el derecho a la protección de



datos personales.

El tema de la autodeterminación informativa resulta especialmente relevante en materia constitucional, pero su importancia en asuntos específicos de otras ramas del derecho como la materia penal, es también determinante si se piensa por ejemplo en temas como los antecedentes penales, la redención de penas, la resocialización etc. O bien como se indica en su oportunidad, el manejo de información financiera y bancaria que puede llegar a significar datos específicos que pueden ser usados en contra de alguien, cuando ya son cosa juzgada o su oportunidad ya prescribió.

Además de todo lo expuesto, es necesario comentar la importancia que puede llegar a tener hoy día la autodeterminación informativa, cuando la sociedad de información ha desarrollado todo tipo de tecnología de comunicación, y sigue haciéndolo sin que en algunos países haya regulaciones específicas y claras al respecto.

La autodeterminación informativa es mucho más difícil cuando no se tiene o no se cuenta con una normativa específica que regule sus diferentes situaciones y la abundancia de información continúa expandiéndose en internet o las modernas tecnologías de información y comunicación.



2.5. La protección de datos personales, el derecho de acceso a la información y el poder de la sociedad de información

La frase “la información es poder”, tiene especial relevancia en cuanto a la información personal. De esa cuenta, se puede asegurar que, si la información es poder, la información sobre datos personales de alguien, confiere poder a quien los tiene, sobre ese alguien, especialmente si esa información no es conocida por el resto de un conglomerado.

Por un lado, existe el derecho de los ciudadanos a oponerse a que cualquiera tenga injerencia en sus datos personales. Por otro lado, para equilibrio de conceptos y derechos, se encuentra el libre acceso a la información pública. Este debate entre ambos extremos de derechos que convergen en determinados puntos de casos concretos y puntuales que pueden servir para medir la efectividad de la protección a la garantía y derecho fundamental a la intimidad y la no injerencia de terceros en la vida privada, no es únicamente la cuestión a aclarar en cuanto a este tema; por cuanto también hay que determinar cuánta libertad tengan terceros para informar sobre la intimidad o vida privada de las personas en general.

Para establecer un equilibrio en el debate expuesto en el párrafo anterior, resulta preciso analizar la información de que se trata y el derecho de la comunidad a estar informado, por cuanto podría resultar una amenaza a algún bien jurídico tutelado en donde los intereses fueran difusos. Sin embargo en estos



casos se evidencia que si el tema no está regulado en ley, es más difícil que un órgano jurisdiccional cumpla con proteger o tutelar jurídicamente este derecho fundamental, a no ser que el mismo pueda alegarse como un derecho implícito.

Si un dato de la historia de una persona, resulta relevante para la comunidad desde cualquier punto de vista, es procedente dilucidar si en tal caso debe prevalecer el derecho de la comunidad a tener acceso a esa información, aunque no sea pública todavía o bien si ya dejó de serlo; o por otra lado, debe tener más importancia la autodeterminación informativa del sujeto que se verá afectado con la publicación de tal dato sensible.

El Artículo 9 de la Ley de Acceso a la Información Pública, Decreto Número 57-2008 del Congreso de la República de Guatemala regula por información pública: “El derecho que tiene toda persona para tener acceso a la información generada, administrada o en poder de los sujetos obligados descritos en la presente ley, en los términos y condiciones de la misma”. Para interpretar y comprender debidamente este concepto legal, es preciso comprender que el cuerpo de leyes en cuestión, desarrolla el listado de los sujetos de derecho público que están obligados a brindar acceso a cierta información descrita en ley. Entre otros, los tres organismos de Estado y sus dependencias. Las instituciones públicas en general.

En cuanto al derecho de acceso a la información pública, el Artículo 16, del cuerpo normativo en cuestión, regula: “Toda persona tiene derecho a tener acceso



a la información pública en posesión de los sujetos obligados, cuando lo solicite de conformidad con lo previsto en esta ley”.

La posibilidad de acceder a la información de una persona se ha expandido hoy con el desarrollo de los medios informáticos, la tecnología de información y comunicación. Sin embargo, como se ha visto a lo largo de este estudio, los datos sensibles de las personas han estado en peligro desde siempre, especialmente a partir de que la historia registra un desarrollo de la vida privada de las personas. Se expande el yo individual y se limita, como consecuencia del estado liberal, la intervención del Estado.

El tema hoy día, ha sufrido una especial renovación, al producirse un cambio en el tradicional dominio de la información que mantuvo de forma monopólica el Estado en el pasado, para generarse, a partir de la sociedad de la información, el traspaso de una considerable cantidad de datos personales a manos de empresas dueñas de información y con presencia en *internet*. “el de autodeterminación informativa es un derecho autónomo, con una doble dimensión: sustancial, como derecho en sí mismo, e instrumental, es decir, como soporte para la cobertura tuitiva de otros derechos; por ejemplo, los de intimidad, honor, dignidad.” (Bazán, 2012, pág. 71)

El mérito de los alcances conceptuales del derecho a la intimidad consiste precisamente en unirlo al derecho a la autodeterminación informativa. “...haber entendido al derecho a la intimidad como expresión del derecho a la



autodeterminación informativa; es decir, como una facultad de la persona de decidir básicamente por sí misma cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida” (Bazán, 2012, pág. 68). A la percepción de la insuficiencia de la noción tradicional de la intimidad ante los riesgos que despuntaban, se le adjuntó la exigencia de incorporarle la intimidad informativa.

En este caso, ya se puede hablar de dueños de la información en empresas de índole privado. “Ahora es posible a través de distintos medios acceder a la información de millones de seres humanos y sus actividades en cualquier parte del planeta. Sin embargo, frente al terreno ganado en materia de libertad de información y expresión, se ha irrumpido silenciosamente en el ámbito de lo privado” (Orrego, 2013, pág. 318). Lo que hace procedente cuestionarse al respecto de qué tan preparada esta la legislación interna de un Estado como el caso de Guatemala, para enfrentar tales situaciones, para aplicar justicia debida en casos concretos y hechos particulares.

Lo anterior describe especialmente el cambio que ha sufrido el tratamiento de los datos personales no solo en el ámbito público sino en el de las empresas que tienen el control de la información que no únicamente se refieren a archivos o documentos escritos sino se puede referir a grabaciones de audio, video, imágenes estáticas etc.

Qué mecanismos legales ha desarrollado la legislación nacional para garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos guatemaltecos, para



proteger el acceso a la información, la rectificación de aquellos datos que resultaran erróneos sobre la historia de una persona o bien, para garantizarle, a esta que serán eliminados, suprimidos, cancelados, y asegurar su derecho a oponerse a la publicación de los mismos.

2.6. El derecho a la intimidad como un derecho implícito y su defensa

Como quedó expresado en la primera parte de este trabajo de investigación, los derechos implícitos constituyen una realidad en la legislación nacional guatemalteca y su reconocimiento por vía jurisprudencial se produce por la labor interpretativa de la Corte de Constitucionalidad teniendo como fundamento de derecho entre otros, el Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Sin embargo, desde un punto de vista teórico, la necesidad casi filosófica de los derechos implícitos en la legislación nacional, así como en cualquier sociedad en la que se respeten los Derechos Humanos, surge del reconocimiento de la dignidad humana, misma que orienta incluso la labor interpretativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a incrementar el catálogo de derechos determinando la implícitud en el contenido de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, de ciertas prerrogativas que están más allá de los límites de los textos expresos en cada norma, aparecen en forma implícita.

La validez de este criterio, que algunos contienen como una *tendencia*, se basa, sin embargo, en la necesidad de volver efectivos los derechos que



garantizan el respeto de la dignidad humana, como ya se ha indicado. Entre estos derechos, como se ha visto en este trabajo, se encuentra sin lugar a dudas el derecho a la intimidad, con toda su conceptualización expuesta hasta aquí.

Lo que procede ahora es determinar cuáles son los medios para garantizar el respeto al derecho a la intimidad, su tutela judicial efectiva. En otras palabras, el derecho de exigir el cumplimiento de tal derecho.

Desde el momento en que el Estado asume la tutela sustitutoria de la autodefensa, estableciendo órganos especializado para tal labor, se entiende que nace para el ciudadano, el concordante derecho de exigir la tutela judicial efectiva de sus derechos. En palabras de Bernardis:

La manifestación constitucional de un conjunto de instituciones de origen eminentemente procesal, cuyo propósito consiste en cautelar libre, real e irrestricto acceso de todos los justiciables a la prestación jurisdiccional a cargo del Estado, a través de un debido proceso que revista los elementos necesarios para hacer posible la eficacia del derecho contenido en las normas jurídicas, que culmine con una resolución final ajustada a derecho y con un contenido mínimo de justicia, susceptible de ser ejecutada coercitivamente y que permita la consecución de los valores fundamentales sobre los que se cimienta el orden jurídico en su integridad. (De Bernardis, 2009, pág. 45)

Por ello, es relevante determinar si los pasos y derechos incluidos en el



procedimiento de la tutela judicial efectiva, sirven igual para efectos de resguardar el derecho a la intimidad de las personas.

Para tal efecto, es decir, el de verificar lo apropiado de garantizar el acceso a la justicia en materia del derecho a la intimidad, se deben analizar primeramente los derechos y principios que forman parte de la tutela judicial efectiva en general, siendo estos: Derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales; b) Derecho al debido proceso; c) Decisión ajustada a derecho; y, d) derecho a recurrir la decisión y derecho a ejecutar la decisión.

Como resulta evidente, cada una de estas categorías son afines al reclamo de cualquier derecho que garantice el respeto a la dignidad humana, cuando está siendo amenazada; y por ende, el respeto al derecho a la intimidad. De hecho, al final del capítulo primero de esta investigación, ya se analizaron fallos judiciales en los que se conoce acerca de la posible violación al derecho a la intimidad de las partes denunciadas en cada caso, y de los casos analizados se puede observar que uno tiene como base el proceso de amparo y otro el recurso de inconstitucionalidad de las leyes.

El referido análisis y exposición de tales casos en el presente estudio, se verifica por razón de demostrar la posible violación no a derechos expresos del derecho a la intimidad, sino por el contrario, de derechos implícitos. Esto revela que el derecho constitucional expreso a la intimidad constituye también, derechos implícitos.



Lo anterior demuestra que las normas constitucionales que resguardan el derecho a la intimidad, son contentivas de derechos expresos, sino de derechos implícitos y de paso, que constituyen derechos dignos de defenderse y de exigirse la tutela judicial efectiva de los mismos, por virtud del empleo de formas procesales como el derecho de amparo y de inconstitucionalidad de las leyes.

Siendo que el derecho implícito es aquel que no se encuentra de forma expresa en una norma, pero de manera extensiva puede considerarse protegido por su texto; es precedente preguntarse si el derecho a la intimidad, el derecho a la vida privada, y el derecho mismo a la protección de datos, constituyen derechos protegidos por la legislación nacional guatemalteca, en cuyo caso también es precedente analizar si tal regulación deviene explícita o implícitamente en el texto de una norma.

Los derechos vistos anteriormente, referidos a la privacidad, la vida privada, la intimidad y la autodeterminación informativa, se encuentran protegidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, pero esta protección no deviene de una norma explícita; es decir, no están contenidos todos en forma expresa en el texto de la ley, sino que se incorporan a ella por virtud de dos vías: la primera por el principio de integración de la ley y el bloque constitucional, por cuanto el Artículo 44 permite la aplicación de las normas de tratados internacionales que resguardan los Derechos Humanos como Derecho Fundamentales incorporados al texto constitucional. Y en segundo lugar, por virtud

del principio de derechos implícitos, subsecuentemente a la normatividad constitucional que en forma implícita resguarda el derecho a la dignidad del ser humano, y cuya tutela se complementa por la protección a la autodeterminación informativa.



La Corte de Constitucionalidad, en sentencia del año 2006, contenida en expediente número 1201-2006, califica de menester el indicar que la intimidad y el honor son derechos inherentes a la persona humana. Por ello, su incorporación al catálogo de derechos resulta innegable. No solo faculta al individuo a exigir respeto sino también obliga al Estado a procurar su observancia. La Corte a tal efecto, se fundamenta en artículos de la Declaración Universal de Derechos Humanos ya analizados con antelación en este trabajo, por ejemplo el Artículo 12 de dicho tratado internacional sobre Derechos Humanos, o bien el Artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin dejar de indicar que estos tienen relevancia desde un punto de vista implícito, por vía del Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Especialmente en lo tocante al derecho a la intimidad, el elemento central de protección lo constituye la vida privada de la persona, es decir, el respeto de ese conjunto de sucesos y circunstancias que configuran la vida personal, que incluye indudablemente el ámbito familiar del individuo, y que forzosamente han de mantenerse reservados del conocimiento público, salvo que aquél consienta lo contrario.

Como resulta evidente, las garantías reconocidas al individuo en el ámbito de este derecho, es decir, la inviolabilidad de correspondencia y del domicilio,



conocimiento y acceso a archivos y registros que contengan datos personales, entre otros, tienen como fin impedir injerencias e intromisiones arbitrarias o ilegales en su vida privada.

Se quiere hacer énfasis anticipadamente a la materia que se analiza en el siguiente capítulo de este trabajo de investigación, al hecho de que es notorio que el derecho a la intimidad, como lo concibe aquí la Corte de Constitucionalidad, incluye implícitamente el derecho al olvido, cuando hace referencia al mismo, en la sentencia en estudio, con la frase: “conocimiento y acceso a archivos y registros que contengan datos personales”, lo que implica desde luego, los derechos ARCO, que se analizan en el siguiente capítulo de este estudio.

Asimismo, la sentencia de la Corte de Constitucionalidad del año 2011, contenida en expediente número 863-2011, hace énfasis en que el derecho al reconocimiento de la dignidad humana, implícitamente garantizado, entre otros, en los primeros cinco artículos de la Constitución Política de la República, dimanar, por el contenido esencial de este derecho, aquellos relacionados a la intimidad, al honor y a la privacidad, los cuales, en su conjunto.

El Estado de Guatemala a través de la Misión permanente ante las Naciones Unidas y Otros Organismo Internacionales con sede en Ginebra, Suiza, recibió requerimiento de información de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre la protección y promoción del derecho a la privacidad en el contexto de vigilancia doméstica y extraterritorial y/o la interceptación de

comunicaciones digitales, así como la recolección de datos personales, según Resolución 68/167, titulada: *El Derecho a la privacidad en la era digital*, aprobada el 18 de diciembre del 2013, por la Asamblea General de las Naciones Unidas.



Por ello, en cumplimiento de tal solicitud, la Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos – COPREDEH–, presentó informe en el que se cita la opinión emitida por la Corte de Constitucionalidad en relación con el derecho de la privacidad en la era digital, por considerar que expone la posición del Estado de Guatemala sobre el tema, la cual indica:

Los derechos a la intimidad y al honor requieren de una protección jurídica especial que posibilite, a su vez, una protección social del “yo” de cada persona en el ámbito jurídico de los demás. Esto debe impedir que, bajo subterfugios, pueda darse a conocer a terceros diversas situaciones calificadas por el conglomerado social como deshonrosas, atentatorias de la honra personal, la propia estimación y el buen nombre o reputación de una persona y que afecten a ella en su propia individualidad; derechos estos últimos que son propios de los principales atributos de la persona humana: la personalidad. Por tal razón, esta Corte sostiene que por la amplitud con la que está establecido el ámbito de conocimiento del amparo, este último resulta ser la acción constitucional idónea para garantizar el derecho que a toda persona asiste de acceder a su información personal recabada en bancos de datos o registros particulares u oficiales ... o cuando esos datos sean proporcionados por personas individuales o jurídicas que prestan un

servicio al público de suministro de información de personas, a fin de
positivar aquellos derechos de corregir, actualizar, rectificar, suprimir o
mantener en confidencialidad información o datos que tengan carácter
personal. (Corte de Constitucionalidad, expediente 863-2011)



Esto permite discernir que el derecho a la intimidad propugna por un mínimo respeto a un ámbito de vida privada personal y familiar, que es aquél que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo aquéllas en las que sea el propio particular quien autorice su divulgación.

En consecuencia, el derecho al olvido forma parte de los derechos que resguardan la dignidad humana, como un Derecho Humano con plena vigencia y además, evidencia la necesidad de su respeto como forma de mantener el objeto de los Derechos fundamentales de los ciudadanos, que de esta forma no solo tienen acceso a la información personal que se hace pública por los diferentes medios tecnológicos, sino además permite la oposición a que se publiquen ciertos datos, con los requisitos que tal facultad exija, como se podrá apreciar en el siguiente capítulo, en relación con contenido de la teoría general y elementos fundamentales de comprensión del derecho al olvido. En tal virtud, era preciso tener en consideración los temas precedentes.



Capítulo III

El derecho al olvido

Para concebir debidamente el objeto de protección del derecho al olvido, es preciso determinar los elementos teóricos más relevantes que constituyen el mismo, para poder posteriormente determinar la existencia de este en un sistema jurídico como el guatemalteco.

3.1. El derecho al olvido

El derecho a la intimidad, produce el derecho a la protección de datos personales que justifican y fundamentan a su vez la necesidad de un derecho al olvido, conjuntamente con la facultad de acceso a la información y la rectificación de aquellos datos que sean erróneos, el derecho a suprimir cierta información que le pueda afectar en su vida privada o en su honor, así como a oponerse al mantenimiento de la memoria de ciertos datos; a todo lo cual, es preciso garantizar su tutela jurídica efectiva.

Es procedente y válido el cuestionamiento acerca de si una persona puede oponerse a que ciertos datos de su información personal, sean revelados o bien que, aunque ya lo hayan sido, puedan ser eliminados o cancelados de su historial para que no sean vueltos a revisar en el futuro. De hecho, temas muy particulares en Derecho Penal o bien Derecho Mercantil entre otras ramas del Derecho, suelen ser bastante sensibles al respecto. La redención de penas, la resocialización de un



condenado que ya ha cumplido su sanción; son temas en los que como mínimo se debe reflexionar sobre el derecho de un ser humano a no seguir siendo juzgado *ad eternum*, para allanar el camino hacia su reinserción social. “...algo así como un derecho a equivocarse y volver a empezar” (Castellano, 2015, pág. 204)

Por otro lado, poder optar nuevamente a un crédito, después de un tiempo razonable en el que se tuvo atrasos o que se fue sancionado por incumplimiento parcial o total de una deuda, para lo cual sería preciso tener derecho a que se olviden los datos de la historia previa. En estos temas, como mínimo debe poder reflexionarse acerca del “derecho al olvido”.

El derecho al olvido se considera en términos generales como el que faculta a las personas al manejo y administración personal de cualquier información relacionada con su vida privada, su intimidad o sus datos generales de identificación. Entre las actividades que le permite este derecho al titular de la información están: “borrar, bloquear o suprimir información personal que se considera obsoleta por el transcurso del tiempo o que de alguna manera afecta el libre desarrollo de alguno de sus derechos fundamentales” (Tafoya Hernández, 2016, pág. 77), en tal virtud, se entiende que el derecho al olvido concede a las personas la posibilidad del manejo de su información personal.

Para comprender adecuadamente el derecho al olvido, es preciso primeramente exponer tres niveles de su comprensión: El significado de olvidar en



sentido general; la conceptualización del derecho al olvido en sentido estricto, y además, su materialización en los cuerpos normativos.

Olvido, desde un punto de vista laxo, es la: “Cesación de la memoria que se tenía” (RAE, Diccionario de lengua española, 2016, pág. 823) en este sentido, memoria es un concepto ligado al recuerdo de una historia, es decir al conjunto de hechos que se tienen registrados del pasado. Si el concepto es la cesación de esa memoria, supresión o cancelación de determinados hechos de la historia, se supone que dicha memoria puede ser la que un ser humano tiene por naturaleza o bien un registro o archivo de datos almacenados en algún tipo de medio y sistema.

El concepto de olvido que sirve a los efectos de este estudio, que busca el análisis del derecho al olvido, es aquel en el que se quiere suprimir ciertos datos de la información personal contenida en determinado medio de almacenamiento y que ya ha cumplido su propósito o simplemente ha transcurrido el tiempo para hacer cesar su utilización en forma pública. Pero no solamente eliminarlo de los registros públicos conducentes, sino la facultad de exigir a los medios informativos que no siga haciéndose pública cierta información.

Este tema, por supuesto, tiene mucha relevancia con el derecho al acceso a la información pública y con su contraparte, que es el derecho a la intimidad o privacidad. Se trata del manejo de la información personal como una facultad del individuo, sobre la base de una normativa que lo garantiza, para a su vez tener la

certeza de que el honor personal goza de tutela, por vía de ciertas prerrogativas y principios políticos o jurídicos que le atribuyen ese derecho a obtener olvido.



El derecho al olvido en sentido estricto y desde el punto de vista jurídico, entonces, consiste en la facultad que tiene cualquier ser humano de hacer olvidar aquella información al respecto de un hecho negativo de su pasado, que controvierde sus oportunidades de empezar de nuevo, de formarse un buen nombre ante la sociedad o que afecte de alguna manera, el ámbito de su privacidad y la intimidad personal o de su familia.

En todo caso, la posibilidad de borrar datos del pasado es una función que debe permitir la legislación, esta acción de suprimir datos personales debe constituir un derecho. “El derecho a silenciar eventos pasados de la vida que ya no están sucediendo” (Cortés, 2016, pág. 15)

Una vez concebida como un derecho, la facultad de borrar datos de la información personal, es posible interpretar más aspectos relacionados con el manejo de la historia individual de cada sujeto, como los son: El acceso a los datos personales que aparezcan en registros públicos; la rectificación de aquellos que estén equivocados; la cancelación de los que ya pueden ser borrados; y, además, la oposición a que sean vueltos a publicar aquellos que se tiene derecho a suprimir. Esto es a lo que algunos autores denominan ARCO: “...el poder de disposición de los datos personales y los derechos ARCO: acceso, rectificación,



cancelación y oposición” (Hernández, 2013, pág. 25). Entre lo que se puede considerar contenido el derecho al olvido.

Son importantes todas las actividades que el titular de la información puede desarrollar para la autodeterminación informativa; sin embargo, es relevante jurídicamente comprender el por qué necesita el individuo en determinado momento realizarlas.

Las personas tienen que tener el derecho de auto administrar sus datos personales y la información de su privacidad e intimidad, por cuanto deben poder protegerla del mal manejo que terceros puedan hacer de ellas con intención o no; de corregir aquellos datos que se consideran equivocados, suprimiendo la información que esté equivocada o que provenga de imprecisiones que representen menoscabo de la reputación o el prestigio.

Con el derecho al olvido “se concreta especialmente... el límite temporal de tratamiento de dicha información” (Davarra Fernández de Marcos, 2014, pág. 14). El derecho al olvido no se concretaría tan solo en la facultad de supresión de los datos personales y en la oposición a tratamientos de datos ilegítimos, sino que también se tiene que tener muy en cuenta la facultad de evitar que terceros recuerden hechos pasados veraces y que en su día revistieron una notoriedad pública que con el paso del tiempo pereció, imposibilitando reproducir por parte de estos terceros, dichos datos para evitar un perjuicio al afectado.



Este derecho encuentra su contenido en el necesario equilibrio entre el libre acceso a la información, el derecho a la privacidad y el cumplimiento de las distintas finalidades que se pueden llevar a cabo a través del tratamiento de datos, entre ellas, la de información.

No se trata de una carta blanca para reescribir la propia historia a voluntad del interesado, sino una serie de limitaciones para la perdurabilidad de esa información dando lugar así a los distintos límites y facultades de este nuevo derecho.

Este cambio no solo tiene consecuencias en la manera como las personas afrontan su presente y referencian su pasado, sino también en el tipo de relación que tienen con su información personal y en las dinámicas que genera el movimiento de datos personales. Este cambio significa la definición del control de la información personal.

El derecho al olvido busca, por ejemplo, que una empresa no tenga más en su poder cierto dato sobre alguien, que los conocidos dejen de ver en las redes sociales las fotografías de la excursión de hace diez años, o que un motor de búsqueda excluya de sus resultados los rumores falsos que acabaron con la reputación de alguien.

Se hace necesario delimitar una nueva frontera de la intimidad y del honor, una frontera que, sustituyendo los límites antes definidos por el tiempo y el

espacio, los proteja frente a la utilización mecanizada, desordenada e indiscriminada de los datos e información personal.



Todo derecho, debe encontrar su materialización en la ley objetiva para su debida tutela jurídica. Se trata de que determinada norma legal regule determinada facultad del ser humano, para que esta pueda ser exigible a quien resulte obligado a cumplirla. Esta materialización de un derecho cualquiera, puede darse, bien sea porque la normativa contiene taxativa y literalmente el texto que la estatuye; porque se pueda lograr una interpretación integral de determinadas normas jurídicas que hagan posible reclamar alguna atribución que constituye tal derecho; o bien, por otro lado, que se pueda interpretar como una meta norma derivada de otro derecho que a su vez si cuenta con asidero jurídico.

En el caso del derecho al olvido, su fundamentación legal puede atribuirse al menos en la legislación interna de Guatemala, a la integralidad interpretativa de la ley en bloque. Por ejemplo, si el derecho al olvido está directamente relacionado con el derecho a la dignidad del ser humano, y esta última está protegida por legislación nacional constitucional e internacional en materia de Derechos Humanos, entonces es comprensible opinión de la Corte de Constitucionalidad que indica:

Esta Corte ha indicado que las doctrinas modernas que ponderan la vigencia y respeto debido a los derechos humanos, sostienen un criterio vanguardista respecto de que el catálogo de derechos humanos reconocidos en un texto constitucional no puede quedar agotado en este,



ante el dinamismo propio de estos derechos, que propugna por su resguardo, dada la inherencia que les insta respecto de la persona humana. Esto es así, porque es también aceptado que los derechos fundamentales no solo garantizan derechos subjetivos de las personas, sino que, además, principios básicos de un orden social establecido, que influyen de manera decisiva sobre el ordenamiento jurídico y político de un Estado, creando así un clima de convivencia humana, propicio para el libre desarrollo de la personalidad. La Constitución actualmente vigente en la República de Guatemala, que propugna por el reconocimiento de la dignidad humana como su fundamento, no puede obviarse que los derechos fundamentales reconocidos en dicho texto no son los únicos que pueden ser objeto de tutela y resguardo por las autoridades gubernativas. Existen otros derechos que por vía de la incorporación autorizada en el artículo 44 de la Carta Magna o de la recepción que también autoriza el artículo 46 del Texto Matriz, también pueden ser objeto de protección, atendiendo, como se dijo, a su carácter de inherentes a la persona humana, aun y cuando no figuren expresamente en este último texto normativo... Del derecho al reconocimiento de la dignidad humana, implícitamente garantizado, entre otros, en los primeros cinco artículos de la Constitución Política de la República, dimanar, por el contenido esencial de este derecho, aquellos relacionados a la intimidad, al honor y a la privacidad, los cuales, en su conjunto, también garantizan la existencia y goce de otro derecho: el referido a la autodeterminación informativa (Organismo Ejecutivo, 2013, pág. 4)



En este mismo sentido, ligado a la dignidad humana por la protección y tutela jurídica que debe la legislación nacional a un ser humano en su honor, su intimidad y su privacidad, se podría interpretar integralmente garantizado el derecho al olvido, pero esto no contradice el hecho de que este derecho no tiene reconocimiento expreso en la legislación nacional guatemalteca.

3.2. Evolución histórica del derecho al olvido

Cualquier figura jurídica tiene una historia que le antecede. El origen histórico de cualquier derecho, puede ser interpretado a partir del momento en que fue concebido como derecho y regulado o interpretado en la normativa jurídica material, como tal. En el caso del derecho al olvido, se trata de un derecho ligado a otros, por lo que no puede dejar de contarse la historia del mismo, sin la referencia de aquellos que lo hacen aparecer en sus orígenes y que contribuyen a su evolución y desarrollo conceptual y tutela jurídica.

Primero que nada, el derecho al olvido debe estar ligado con la dignidad humana, como derecho humano y fundamental del ciudadano, que como se indicó previamente, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala por medio de una interpretación integral de la ley la considera una garantía constitucional derivada de los primeros cinco artículos de la Constitución Política de la República de Guatemala. Lo que se trata de una especie de interpretación normativa que la doctrina ha llamado *números apertus*. Esta vinculación temática entre el derecho



al olvido y la dignidad humana, se da por vía del honor y la honra de las personas en relación con algún dato personal que pudiera poner en peligro tales bienes.

Por ello, cualquier antecedente histórico en la concepción de la dignidad como un derecho humano, se convierte en antecedente a su vez, del derecho al olvido. “La dignidad pertenece a la esencia del hombre, ya que expresa su superioridad en el mundo, y en ella confluye la protección de todos los derechos fundamentales como son la identidad, la imagen, el honor, la intimidad, la libertad de expresión o la igualdad”. (Silberleib, diciembre 2016, pág. 126) Históricamente, desde que a escala mundial se empieza a proteger la dignidad como un derecho, surgen aspectos ligados a ella que son necesarios para garantizar su respeto. El derecho a la intimidad o privacidad, así como el surgimiento posterior del derecho a la protección de datos y la autodeterminación informativa, son componentes de la tutela jurídica de la dignidad humana.

En esa misma concepción, “El antecedente, *strictu sensu*, del derecho fundamental al olvido es el derecho a la protección de datos personales o el derecho a la autodeterminación informativa, conocido también como derecho a la protección de datos de carácter personal” (Torres Manrique, enero - junio 2018, pág. 168). Relacionar el derecho al olvido con todos los derechos y fundamentos jurídicos antes indicados. (la dignidad humana, el derecho a la intimidad, la privacidad, el honor, la honra, la protección a los datos personales y la autodeterminación informativa) crea, sin embargo, un debate en torno a ser considerado como derecho autónomo o bien, derecho dependiente de todos.



Se trata de concebir al derecho al olvido como un derecho independiente que pueda tener una materialización legal en norma jurídica individual, o no. “...desde la perspectiva de los derechos fundamentales, la doctrina y la jurisprudencia han optado por configurarlo como un derecho autónomo o bien construirlo como una proyección de ciertos derechos... los derechos al honor y a la intimidad o a la vida privada, o bien el derecho a la protección de datos personales” (Jiménez-Castellanos Ballesteros, 2018, pág. 189).

Aun siendo importante tomar postura al respecto de lo anterior, para los efectos del presente estudio del derecho al olvido, tal situación se deja para más adelante y lo que importa en este apartado es enfatizar la vinculación temática de este derecho con los otros indicados, especialmente en cuanto a su evolución histórica, por cuanto no puede explicarse cómo fueron concibiéndose aquellos sin colegir la relación que tienen con este.

Como antecedentes históricos concretos del derecho al olvido *per se*, se pueden traer a colación varios hechos y acaecimientos en el derecho comparado que sirven para configurar la necesidad teleológica de la existencia del derecho al olvido en forma específica.

Uno de los hechos históricos relevantes que se pueden señalar como antecedente concreto del derecho al olvido, es la decisión de un órgano jurisdiccional de Quebec, Canadá, que en el año de 1889, consideró no prudente que un diario publicara la información de un candidato a puesto político, acerca de



sus relaciones afectivas con una mujer considerada en aquella época como de mala reputación, cuando tal situación había tenido lugar muchos años antes de esa fecha y ya no tenía vigencia o actualidad para la persona involucrada, lo que solo le traería un innecesario descrédito a su honra. “...la jurisprudencia quebequesa fue pionera en reconocer el derecho al olvido en 1889, al considerar que el diario *Le Violon*... vino a reactivar ciertas acusaciones sobre Odilon Goyette... relativos a las relaciones... con una mujer de mala reputación” (Jiménez-Castellanos Ballesteros, 2018, pág. 190). En el contenido de aquel histórico fallo judicial, estaba la esencia del derecho a suprimir datos de la información personal que pueden causar descrédito cuando ya no son actuales ni necesarios.

Otro antecedente histórico, posterior al ya indicado es el ocurrido en Estados Unidos de América y que se puede nombrar como *el quimono rojo*. La historia de la demandante, en ese caso, fue hecha pública en una película con ese nombre, en el año de 1925, con datos de su información personal que solo le causaron daño en su intención de rehacer su vida. La encartada había sido prostituta y acusada de asesinato. Lo primero era cierto, pero de lo segundo no, por cuanto, según se demostró en juicio, fue absuelta. Sin embargo, años más tarde había contraído matrimonio y reiniciado su vida con una persona que ignoraba estos datos, pero que por medio de la película se enteró.

En el último caso comentado, también fue un fallo judicial el que consideró los elementos que hacen visible el derecho al olvido. “El Tribunal de California, en



sentencia de 28 de febrero de 1931... consideró basándose en el derecho a su privacidad... que toda persona con independencia de su pasado, tiene ese derecho a una protección frente a ataques innecesarios” (Jiménez-Castellanos Ballesteros, 2018, pág. 192) Lo que se percibe en todo este relato es la necesidad de supresión de cierta información que reúna los requisitos y características para que la persona que puede salir perjudicada con su publicación tenga la facultad de oponerse a su publicación y, en su caso, a la cancelación de la misma.

El derecho al olvido, como ya se indicó, es la oportunidad de enmendar una historia de vida, si se ha cumplido ya con sanciones o deudas y no hay necesidad de seguir trayéndolo a colación. “En esta resolución se tuvo en cuenta... el derecho a la privacidad, en conexión con el derecho al honor... el tribunal subrayó la importancia de la capacidad de un individuo para rehabilitarse” (Jiménez-Castellanos Ballesteros, 2018, pág. 193) Todo esto constituye el derecho al olvido.

En Europa, años más tarde, “la jurisprudencia francesa sería pionera en resolver conflictos jurídicos en torno al derecho al olvido” (Jiménez-Castellanos Ballesteros, 2018, pág. 192), denegando el pedido de derecho al olvido o prescripción del silencio y revocando una condena contra la productora de cine que había llevado a la pantalla la vida de un asesino en serie, por cuanto la amante de este, que le había sobrevivido reclamaba que al hacer pública la historia le afectaba en su futuro, no obstante el órgano jurisdiccional que conoció en definitiva, evidenció que la publicación había sido cercana a los hechos y previa



a la demanda. Pese al contenido del fallo judicial, es evidente que lo que se está discutiendo es el derecho al olvido.

“El concepto de derecho al olvido está fundado sobre instituciones jurídicas previas, como son la prescripción de delitos, la eliminación de antecedentes penales o las amnistías en temas financieros y fiscales.” (Davarra Fernández de Marcos, 2014, pág. 23) Ahora bien, todo lo anterior, como puede suponerse, tuvo lugar mientras no existía el internet y la difusión de la información en línea. Este último elemento resulta bastante relevante en la protección de los datos personales en muchos sentidos, pero especialmente en materia jurídica.

Como se había indicado anteriormente, los datos que son susceptibles de borrar u oponerse a su publicación, pueden estar registrados en diversos medios de almacenamiento. Puede tratarse de documentos o información escrita guardada en formato papel, imágenes impresas, o bien en audios en cintas magnetofónicas o imágenes en celuloide o todo lo anterior, en un medio de almacenamiento electrónico: Disco Lasser, USB, o inclusive, en el ciberespacio, en webs.

En consecuencia, el desarrollo de los medios de comunicación e información, las denominadas hoy TIC's, es decir, Tecnologías de Información y Comunicación, han generado también en su propia historia y desarrollo progresivo, elementos que van a su vez influenciando el desarrollo del concepto del derecho al olvido. En este contexto hay autores que prefieren denominarlo:



“derecho al olvido digital” (Martínez López-Saenz, 2017, pág. 231). Este concepto o acepción del derecho al olvido, muchos autores como el citado, atribuyen su origen a la sentencia pronunciada por un órgano jurisdiccional en Europa, en relación con el conocido como caso *Google*.

En el caso indicado de *Google*, un sujeto que había sido ejecutado patrimonialmente en relación con varias de sus empresas embargadas como consecuencia de una deuda no pagada, quince años después demandó a este motor de búsqueda en la web, para que borrara tal información personal que solo le causaba daño en su prestigio con sus clientes, siendo que ya había cumplido con su sanción y que había transcurrido el tiempo razonable para considerar que se conducía ahora en una forma más solvente en cuanto a sus créditos. Sin embargo, esta información seguía siendo transmitida por dicha empresa de internet en forma indiscriminada. En tal virtud, solicitaba que se borrara tal información. Este es el paradigmático caso de derecho al olvido digital.

Como consecuencia de la demanda, el tribunal europeo competente al efecto, decidió acoger el petitorio del afectado. Por esta razón y por ser pionera la sentencia aludida, algunos autores como Torres Manrique, lo toman como el origen del derecho al olvido digital: “es sabido que el derecho fundamental al olvido es reconocido de manera primigenia, en sede jurisprudencial, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea” (Torres Manrique, enero - junio 2018, pág. 170), pese a lo cual “El concepto de eliminar enlaces con determinados resultados de búsquedas en Internet no es completamente nuevo [...] aun antes



de la sentencia de 2014, Google aceptó solicitudes para eliminar enlaces en todos sus sitios web” (Hernández, 2013, pág. 16). De manera el fallo judicial otorgado a favor del peticionante en el año 2010, no significa, al menos desde el punto de vista de la interpretación del concepto de derecho al olvido, la génesis de este, porque ya habían ocurrido previamente experiencias en que las personas podían suprimir cierta información de sus datos personales, publicados en la web.

De Blas es otro autor que le asigna mucha preponderancia a este antecedente histórico para al derecho al olvido. “El derecho al olvido es una creación doctrinal que deriva del derecho fundamental a la libertad informática... este nuevo derecho actúa como garantía individual frente al tratamiento masivo y descontrolado de los datos personales que se da en Internet” (De Blas Dominguez, 2017, pág. 14)

El derecho al olvido es la última manifestación de la necesidad de preservar la privacidad de las personas, frente a las amenazas que entraña el progreso tecnológico. Los riesgos que pueden surgir de una sociedad tecnológicamente avanzada justifican la existencia del derecho al olvido.

Lo cierto es que, a partir de este antecedente histórico, el derecho al olvido como concepto ha alcanzado un fortalecimiento en su concepción y estudio por parte de los trabajos académicos e investigativos. Además, su aplicación ya es algo más común cada día. En el año de 2012 un tribunal de Hong Kong, ordenó a la empresa de sitios web, creada por David Webb, que eliminara el nombre de una



pareja de esposos que aparecían en la página creada por él para poner a la vista pública sentencias judiciales que fueran públicas. “En Japón, en 2014, un tribunal ordenó a Yahoo Japan Inc. que eliminara información alojada en su sitio web. Siguiendo los lineamientos del caso, Yahoo Japan Inc. anunció públicamente que implementaría criterios propios para aplicar el derecho al olvido” (Torres Manrique, enero - junio 2018, pág. 172). De esta manera el derecho al olvido se configura de una manera más concreta como concepto y como institución, siendo que situaciones similares se han dado en otros puntos del planeta.

No obstante, este claro desarrollo intelectual del concepto de derecho al olvido, no ha seguido la misma suerte para su regulación legal específica, “...es de reconocer que, taxativa y reglamentariamente, el derecho fundamental al olvido no se registra de manera específica en la norma legal. —salvo contadas excepciones, como Nicaragua y Rusia” (Pérez de Acha, junio de 2015, pág. 2) Esto es así, porque no hay una norma jurídica específica que se refiera de manera literal al concepto normativo o descriptivo en su caso, del derecho al olvido. De manera que su aplicación en la práctica judicial resulta de una interpretación integral de la ley.

En consecuencia, con lo expuesto, se pueden confirmar varios hechos concretos en los antecedentes del derecho al olvido, en cuyo contenido quizá lo más importante sea que es un concepto en ascenso en el acervo cultural universal, pero especialmente en su tratamiento jurídico. De manera que no sorprenderá que el día de mañana aparezca en diferentes cuerpos normativos,



descrito con definiciones legales específicas y con normas para su propia regulación.

De los hechos concretos distinguibles entre los antecedentes históricos del derecho al olvido, se puede enfatizar de manera sintética los siguientes: Primero, que su desarrollo conceptual debe entenderse vinculado con el de otros derechos, pero especialmente con el derecho a la intimidad, el derecho a la libre autodeterminación informativa y el de la protección de datos personales. En segundo lugar, que su antecedente más remoto a escala mundial puede situarse en el órgano jurisdiccional de Quebec, Canadá, en aquella sentencia histórica contra el diario Le Violon, mucho antes del apareamiento y desarrollo de los medios informáticos tecnológicos, es decir, antes de las TIC's. En tercer lugar, que el internet y las TIC's, vienen a fortalecer la justificación de su análisis e inclusión en la práctica forense a nivel universal, y especialmente en Guatemala como se explicará más adelante. Y finalmente, que entre los antecedentes históricos no se encuentra aún de manera manifiesta, su desarrollo en los cuerpos normativos.

3.3. Conceptualización del derecho al olvido

Se cita una primera definición, que se considera adjetiva de la función del derecho al olvido. Es decir, que describe este derecho, pero sobre la base de sus virtudes, lo califica. Según el autor de la misma, el derecho al olvido es: “un derecho natural indispensable para que el peso de un pasado no destruya a un hombre, haciéndole perder el sentimiento de su libertad al impedirle rehacer su

personalidad” (Salmón Alvear, 2008, pág. 37) Como es evidente, se distingue al derecho al olvido de otros, a partir de las ventajas que tiene la institución jurídica.



La definición el autor Salmón Alvear, está construida especialmente sobre la base de los siguientes conceptos: derecho natural; indispensable; para que el pasado no destruya a un hombre; sentimiento de libertad; rehacer vida. En cuanto el primer término *derecho natural*, se considera que el autor quiere calificar al derecho al olvido como un derecho humano, pero su orientación es claramente iusnaturalista, el problema de concebirlo de dicha forma es que tal corriente de fundamentación ha recibido muchas críticas y existen en oposición y controversia con ella, otra serie de propuestas conceptuales de los Derechos Humanos que no es procedente entrar a conocer en este estudio, por razón de la congruencia con el objeto de estudio.

Se evidencia que la definición es calificativa de este derecho, por cuanto le ofrece una ponderación meritoria al caracterizar al derecho al olvido como “indispensable”. En consonancia, con ello, se puede aseverar que este es un derecho que efectivamente resulta irreductible si se quiere lograr el respeto a la libertad de autodeterminación informativa y protección de datos personales.

El elemento terminológico más importante de la definición, en cuanto se refiere a describir el concepto al cual busca dar un significado, es probablemente el que el pasado no pueda destruir a un hombre. Efectivamente, el derecho al olvido busca que cierta información que ha cumplido con ciertos requisitos y



formalidades legales especialmente en cuanto a temporalidad y prescripción, pueda ser suprimida del pasado público de una persona. Este elemento de la definición citada, junto al de poder *rehacer su vida*, son de los que más describen el contenido del derecho al olvido. Finalmente, estos elementos, ciertamente pueden garantizar de alguna forma el sentimiento de libertad en el ser humano.

Otra definición al respecto del derecho al olvido es la siguiente: “es el derecho de las personas físicas a hacer que se borre información sobre ellas después de un período de tiempo determinado” (Silberleib, diciembre 2016, pág. 169) A diferencia de la definición de Salmón Albear, esta definición resulta tanto más descriptiva en cuanto a comprender de un modo más descriptivo el derecho que se quiere conocer.

En la línea de describir más propiamente el derecho al olvido, se encuentra la siguiente definición: “Facultad jurídica de que goza toda persona cuyos derechos fundamentales son afectados por la divulgación de información antigua publicada lícitamente, para pedir que dicha divulgación se restrinja o cancele en un ejercicio de ponderación judicial, cuando el interés público que pudo justificar la –divulgación agravante en el pasado, ha cesado o decaído, y ya no lo justifica” (Justiciabilidad del derecho al olvido en Chile: una propuesta a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema en casos sobre informaciones relacionadas, 2018, pág. 498). En verdad el derecho al olvido es un mecanismo útil para satisfacer un abanico de pretensiones diversas, que buscan la protección de bienes jurídicos y situaciones diferentes



En ese mismo orden de ideas, el derecho al olvido específicamente en característica digital se define de la siguiente forma: “como un derecho que exige que los datos de las personas dejen de ser accesibles en la web, por petición de las mismas y cuando estas lo decidan; como un derecho a retirarse del sistema y eliminar la información personal que la red contiene”. (Hernández, 2013, pág. 9).

Por otra parte, elementos que pueden complementar las definiciones ya apuntadas son los contenidos en la siguiente: “...que tiene el titular de un dato personal a borrar, bloquear o suprimir información personal que se considera obsoleta por el transcurso del tiempo o que de alguna manera afecta el libre desarrollo de alguno de sus derechos fundamentales” (Martínez Becerril, 2013, pág. 1)

En México, la resolución de un recurso de revisión 3751/09, en sesión de 25 de noviembre de 2009. Instituto Federal de Acceso a la Información Pública. Voto disidente de los Comisionados María Marván Laborde y Ángel Trinidad Zaldívar. Consultable en <http://www.ifai.org.mx>; considera que el derecho al olvido: “...conlleva la posibilidad de que desaparezcan de los sistemas de registro de datos personales, aquellos datos negativos (no queridos, perjudiciales, socialmente reprobados o desfavorables) acerca de una persona; es un derecho a la caducidad del dato negativo, del dato que arroja información que se considera que afectaría el desarrollo normal de una persona en sociedad”



Derivado de lo anterior, algunos de los autores citados incluyen en el derecho al olvido el derecho al honor, pero no el derecho a la vida privada (privacidad), que se refiere a datos que nunca han sido públicos (como el ADN, preferencias sexuales) a diferencia del derecho al olvido que trata sobre datos públicos y veraces, ocurridos en un tiempo determinado, que después de un lapso razonable, el titular de esos derechos desea que sean borrados porque le afecta su honor en el futuro.

3.4. Relación entre Habeas Data y derecho al olvido

Para explicar la relación entre Habeas Data y derecho al olvido, es preciso plantearse que el primero contiene al segundo. El primero necesita al segundo para llevar a cabo, algunos de los más importantes procedimientos para el cual existe.

Según Richter, como ya se analizado en este trabajo, entre las características del Habeas Data están: “cinco metas fundamentales: acceder a la información, rectificarla, actualizarla, suprimirla y asegurar su confidencialidad” (Richter, 2009, pág. 418) lo que en otra forma ha sido sistematizado como los derecho ARCO, en cuanto a acceso, rectificación, cancelación y oposición, relativas a la autodeterminación informativa. De estas cuatro actividades posibles por medio del Habeas Data, dos corresponden al derecho al olvido. Es decir que la relación entre Habeas Data y derecho al olvido está precisamente en relación con



que, por medio del segundo de los indicados, se puede efectuar, materializar, llevar a la práctica o ejecutar el primero, el Habeas Data.

Quiere decir esto que, sin el derecho al olvido, el Habeas Data carece de fundamento para realizar algunas de sus características más importantes.

Si bien la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad no regula de forma expresa el hábeas data, en caso de denegatoria de dicho derecho de toda persona para conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica esta información, así como a corrección, rectificación y actualización, puede recurrirse en la vía del proceso de Amparo en cuanto a que las peticiones y trámites ante autoridades administrativas no sean resueltos en el término que la ley establece, o de no haber tal término, en el de treinta días, una vez agotado el procedimiento correspondiente; así como cuando las peticiones no sean admitidas para su trámite.

A pesar de que el hábeas data no está constitucionalmente regulado en Guatemala como garantía constitucional, existe la Ley de Acceso a la Información Pública, sancionada por el Congreso de la República el 23 de septiembre de 2008, por medio del Decreto Número 57-2008 y publicada el 23 de octubre de ese mismo año.



En el artículo 9.4 de tal cuerpo de leyes conceptúa al hábeas data de la siguiente manera: Es la garantía que tiene toda persona de ejercer el derecho para conocer lo que de ella conste en archivos, fichas, registros o cualquier otra forma de registros públicos, y la finalidad a que se dedica esta información, así como a su protección, corrección, rectificación o actualización. Los datos impersonales no identificables, como aquellos de carácter demográfico recolectados para mantener estadísticas, no se sujetan al régimen de hábeas data o protección de datos personales de ley.

En tal virtud, "...el principal objetivo tuitivo del hábeas data es el derecho fundamental de autodeterminación informativa, al que concibe como un derecho sustancial (con materialidad propia) y, a su vez, como derecho instrumental de otras facultades y libertades" (Bazán, 2012, pág. 76) situación que hace propicio a este instituto medio para lograr el derecho al olvido a su vez.

En efecto, el Habeas Data es un instrumento que sirve para brindar acceso a la información a los ciudadanos, especialmente la información pública pero también la persona en un ejercicio claro de su derecho a la autodeterminación informativa. Con el Habeas Data se puede determinar el acceso de una persona a los registros públicos o privados acerca de los datos personales que tengan memoria en estas instancias: Entidades de gobierno, entidades de inteligencia, de policía administrativa, de policía propiamente dichas, de justicia (tribunales o juzgados etc.), así como instituciones bancarias o crediticias del Estado de Guatemala; Además, entidades privadas como bancarias, financieras, crediticias,



hipotecarias, prendarias, o bien, los motores de búsqueda de la sociedad de información.

El Artículo 33 de la Ley de Acceso a la Información, Decreto Número 57-2008 del Congreso de la República de Guatemala, estatuye que: “Sin perjuicio de lo que dispongan otras leyes, solo los titulares de la información o sus representantes legales podrán solicitarla, previa acreditación, que se les proporcione los datos personales que estén contenidos en sus archivos o sistema de información. Esta Información debe ser entregada por el sujeto obligado, dentro de los diez días hábiles siguientes contados a partir de la presentación de la solicitud, en formato comprensible para el solicitante, o bien de la misma forma debe comunicarle por escrito que el sistema de datos personales no contiene los referidos al solicitante.”

En tal virtud, el acceso de cualquier persona en ejercicio de su autodeterminación informativa o administración de sus datos personales es procedente en Guatemala, por vía de la norma jurídica citada anteriormente para los propósitos consignados en tal texto legal.

El Artículo 31 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula que: “Toda persona tiene el derecho de conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica esta información, así como a corrección, rectificación y actualización.



Quedan prohibidos los registros y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos.”

Por otro lado, también se puede lograr la rectificación de aquellos datos erróneos, equivocados, que manejan los sujetos descritos en el párrafo anterior. En tal virtud, lograda la exhibición, el sujeto afectado puede solicitar, con elementos probatorios de por medio, que sean corregidos los datos en cuestión, es decir el derecho de rectificar.

El Artículo 34 de la Ley de Acceso a la Información Pública, Decreto Número 57-2008 del Congreso de la República de Guatemala estatuye que: “Los titulares o sus representantes legales podrán solicitar, previa acreditación, que modifiquen sus datos personales contenidos en cualquier sistema de información. Con tal propósito, el interesado debe entregar una solicitud de modificaciones, en la que señale el sistema de datos personales, indique las modificaciones que desea realizar y aporte la documentación que motive su petición. El sujeto obligado debe entregar al solicitante, en un plazo no mayor de treinta días hábiles desde la presentación de la solicitud, una resolución que haga constar las modificaciones o bien, le informe de manera fundamentada, las razones por las cuales no procedieron las mismas.

En tal virtud, las dos actividades primeras de los derechos ARCO, están plenamente cubiertas con el *Habeas Data*. Sin embargo, al analizar las otras dos, las de cancelación y oposición, es posible determinar o comprender la importancia



del derecho al olvido en ellas, para que el *Habeas Data* tenga efectividad de aplicación.

A este respecto, se puede comprender la necesidad de requerir la fundamentación del derecho al olvido como parte del *Habeas Data*.

Cuando una persona solicita la cancelación o supresión de ciertos datos personales de historia individual, que aparecen en registros de comunicación general en instancias públicas o privadas, es procedente determinar así el ejercicio de su derecho al olvido. Se trata de una extensión del derecho a la autodeterminación informativa, en cuyo contenido se debe encontrarse el derecho al olvido como para de la administración de los datos personales que en forma individual puede llevar a cabo cualquier ciudadano, pero siendo que la autodeterminación informativa es una derecho implícito, se tendría la complicación interpretativa de asignar al derecho al olvido en este caso, dicha categoría también; sin embargo, tal cuestión debe darse en apego a la tutela jurídica que constituye el derecho a la intimidad o a no sufrir ataques en su vida privada. En tal virtud, se hace presente el derecho al olvido, pero, encuentra su materialización en el *Habeas Data*, al cual le da fundamento.

Por ello, resulta importante determinar que la relación entre *Habeas Data* y derecho al olvido es evidente en cuanto a que uno forma parte del otro. El derecho al olvido garantiza la aplicación del *Habeas Data* como parte de los derechos ARCO que como se indicó están conformados por las acciones jurídicas de



Acceso, rectificación, cancelación y oposición a su publicación; que en todo caso pudiera lograrse, pero sin el fundamento del derecho al olvido.

Se trata de que en el conjunto de características del Habeas Data, se encuentra como parte del mismo, el derecho al olvido. En tal virtud, es preciso advertir que el derecho al olvido es conceptualmente menor al Habeas Data, por cuanto este último contiene al anterior y no al revés.

En la administración de datos personales, es procedente que una persona constate que, en poder de una institución, sea esta privada o pública, obra una información lícita que es procedente, de conformidad con ciertas formas legales, que sea suprimida de la historia o del cúmulo informativo personal que la contiene. De tal manera que la misma no vuelva a aparecer. En este caso, se trata de información que su publicación en determinado momento ha sido legal además de legítima. Por ello, se argumenta que su publicación ha sido lícita. Entonces, de conformidad con el cumplimiento de ciertos requisitos (prescripción extintiva de su uso; redención o cumplimiento de penas; modificación de las condiciones que dieron lugar a su publicación anterior, etc.) se puede solicitar con fundamento en el derecho al olvido, que las mismas sean borradas, suprimidas, canceladas.

Lo mismo ocurrirá en caso de que aun no siendo permitida la cancelación de la información en cuestión, el afectado puede sin embargo oponerse a su publicación, a su revelación, a su publicidad. En tal virtud, no se trata de una supresión de la información de mérito, sino de la reserva de su publicación.



Ahora bien, todo lo anterior es procedente por medio del Habeas Data. Es decir, se trata del derecho al olvido, vuelto efectivo por medio del Habeas Data que constituye un derecho y recurso procedimental para materializar aquel derecho fundamental a la intimidad y la vida privada.

Si, por otro lado, la información que se trata resulta ilícita de publicar, resulta ilegal de publicar entonces no se trata de derecho al olvido, pero si se puede lograr supresión por medio del Habeas Data, que no es más que el procedimiento para lograrse tal propósito. No es derecho al olvido, por cuanto el sujeto afectado no tiene culpa de su publicación por resultar un dato extraído ilegalmente o bien un dato consecuencia de una difamación o infamia. Consecuentemente, no tiene que lograrse que los demás olviden tal información, sino, por el contrario, que aun sabiéndola o conociéndola, sepan que se trata de algo ilegal y, por tanto, no reprochable al afectado.

En el último de los casos, el derecho al olvido resulta inservible, porque la protección de datos personales se da por otras vías del derecho. Ahora bien, no pasa lo mismo con el *Habeas Data*, que resulta ser el principal medio recursivo para lograr la exclusión de tal información por ilícita o bien para lograr la publicación de la fe de erratas.

Como es notorio hasta aquí, la relación entre derecho al olvido y Habeas Data resulta por demás evidente. Se trata de dos conceptos jurídicos



complementarios entre sí, por virtud de los cuales una encuentra su medio procedimental más apropiado y el otro se apoya en este primero para determinar así su fundamentación.

3.5. El *Habeas Data*, el acceso a la información y el derecho a la intimidad

El acceso a la información pública es un derecho que puede ser entendido como la garantía fundamental de toda persona a acceder a la información, a informar y a ser informada o como el derecho a atraerse información; incluye las facultades de: Recibir información objetiva y oportuna, completa y además, con carácter universal, sin excluir a ninguna persona.

El derecho de acceso a la información es un derecho fundamental reconocido a nivel internacional como tal debido a la naturaleza representativa de los gobiernos democráticos; es un derecho esencial para promover la transparencia de las instituciones públicas y para fomentar la participación ciudadana en la toma de decisiones. Además, las Administraciones Públicas se financian con fondos procedentes de los contribuyentes y su misión principal consiste en servir a los ciudadanos por lo que toda la información que generan y poseen pertenece a la ciudadanía.

En un sistema democrático, donde el gobierno no deja de ser el representante del pueblo, el derecho de acceso a la información se está convirtiendo paulatinamente en una herramienta esencial para que el ciudadano a



través de su uso haga valer sus derechos frente al estado; de hecho, es la naturaleza representativa del gobierno la que convierte al derecho de acceso a la información en un derecho fundamental.

Siguiendo el principio de publicidad que rige normalmente el funcionamiento de las instituciones públicas, toda la información en manos del Estado debería ser pública; de no ser así, debe existir una ley de acceso a la información que asegure dicha publicidad.

Numerosas instituciones internacionales encargadas de la promoción y la protección de los derechos humanos han reconocido la naturaleza fundamental del derecho al libre acceso a la información, así como la necesidad de que este se proteja expresamente por leyes que estén encaminadas a que este derecho se respete y se implemente en la práctica. Entre otras normas e iniciativas, cabe destacar:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en 1948 por la Naciones Unidas, incluye en su artículo 19 al derecho de acceso a la información. El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos aprobado en 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas establece también en su artículo 19 la misma protección al derecho de acceso a la información.

En 1993, la Comisión para los derechos humanos de las Naciones Unidas creó la oficina del Relator Especial para la Libertad de Opinión y de Expresión, de



cuyo mandato era parte esencial la definición del contenido de dichos derechos. Ya en 1995 el relator anotó que el derecho de buscar información o de tener acceso la información es uno de los elementos esenciales de la libertad de expresión.

Las diferentes y numerosas menciones a este derecho coinciden en resaltar la creciente importancia que está cobrando. Este derecho supone una herramienta indispensable para adquirir aquellos conocimientos que nos permitan controlar la actuación de los gobiernos y prevenir y luchar contra la corrupción, así como contrarrestar la violación de nuestros derechos. En otras palabras, de estos preceptos se desprende que el derecho de acceso a la información debe ser destacado como un valor intrínseco al concepto de democracia.

El Convenio del Consejo de Europa sobre Derecho de Acceso a la Información fue adoptado el 27 de noviembre del 2008. Es el primer instrumento jurídico internacional vinculante que reconoce un derecho general de acceso a documentos públicos en manos de las autoridades públicas. Después de años de activismo por parte de la sociedad internacional, este Convenio fue llamado a ratificar el 18 de junio del 2009.

Para firmar este convenio, los países deberán incluir la protección mínima establecida en él, hasta ahora solo 12 países lo han firmado.

La Convención para el Acceso a Documentos Oficiales establece las garantías mínimas que los Estados miembros del Consejo de Europa deben



integrar en sus leyes nacionales de acceso a la información. Aunque este Convenio es un acuerdo de mínimos y por ello no recoge todas las demandas de la sociedad civil europea, consigue establecer las condiciones básicas para la buena puesta en práctica del derecho de acceso a la información (sintetizadas en los nueve principios citados anteriormente).

Para no incurrir en equivocaciones de conceptos con algunas definiciones de datos o aún más importante sobre el concepto del Habeas Data se hace necesario distinguirlos; puesto que en esta nueva ley se habla de datos sensibles o personales, información confidencial, información reservada y propiamente del *Habeas Data*.

Los datos sensibles o datos personales sensibles como ya se aclaró, han sido definidos como aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o actividad; y los datos personales, como los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales identificadas o identificables; como vemos se trata de la información propiamente de una persona individual que conste en un banco de datos o como los datos que constan en la red, en las entidades públicas como el Registro Civil, Policía Nacional Civil y en el Organismo Judicial.

En cuanto a la información pública, se ha estipulado que es la información en poder de los sujetos obligados en las diferentes instituciones o entidades privadas; existe una similitud de conceptos conforme a la información confidencial,



ya que se considera que es toda información en poder de los sujetos obligados, pero con la diferencia de que, por mandato constitucional o disposición expresa de una ley se tendrá un acceso restringido, o bien, la que haya sido entregada por personas individuales o jurídicas bajo garantía de confidencialidad; de ello encontramos un concepto que se encuentra en mediana medida de discrecionalidad, ya que la información reservada es la información pública cuyo acceso se encuentra temporalmente restringido por disposición expresa de una ley (constitucional u ordinaria) o haya sido clasificada como reservada, pero deberá seguirse el procedimiento que la misma ley exige.

Así mismo, la información de Seguridad Nacional o todos aquellos asuntos que son parte de la política del Estado para preservar la integridad de la Nación y de su territorio, a fin de proteger todos los elementos que conforman el Estado de cualquier agresión producida por grupos extranjeros o nacionales beligerantes y aquellos que se refieren a la sobrevivencia del Estado Nación frente a otros Estados; son considerados confidenciales y de reserva, ya que las políticas de una Nación no pueden estar expuestas a utilizaciones arbitrarias.

En cuanto se refiere al *Habeas Data*, hay que considerar que la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de la personalidad de un individuo que aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca, pero que coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que este tiene derecho a mantener reservado.



Si la intimidad, en sentido estricto, está suficientemente protegida por las previsiones del artículo primero de la Constitución al enunciar que el Estado deberá garantizar la seguridad de la persona individual, recordemos que esta seguridad se debe también al ámbito de la intimidad de las personas y para ello el artículo 44, de la Constitución dispone que los derechos y garantías que otorga no excluyen otros que aunque no figuren expresamente en ella son inherentes a la persona, más claramente al configurarse la preeminencia del derecho internacional; por lo que queda claro que la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo; es decir, ya no se trata de la libertad de exclusión que faculta a negar información relativa a las propias experiencias personales, sino de la libertad de dominio de dichas experiencias o datos personales insertos en un archivo informático, lo que se ha dado en denominar *Habeas Data*.

En alguna medida, es interpretado como respetado en el medio guatemalteco, no obstante lo cual se ha hecho preciso proponer un proyecto de ley, mismo que está contenido en la iniciativa de Ley de Protección de datos personales número 4090 que tiene como objeto garantizar a cualquier persona física o jurídica, sea cual fuere su personalidad, residencia o domicilio, el respeto a sus derechos fundamentales, concretamente, su derechos a la autodeterminación informativa en relación con su vida o actividad privada y demás derechos de la persona. Si se garantiza en forma expresa el derecho a la autodeterminación informativa, se garantiza el derecho al olvido. Sin embargo, esta iniciativa no



prosperó y paso a ser un documento archivado en el ente legislativo.

Ciertamente, se debe tener un control sobre todos los datos personales, garantizando la protección sobre el uso indebido en el manejo que se debe dar a cada uno de estos datos, en especial para el tratamiento dentro de las empresas y otros establecimientos, donde el mal manejo de esta información pudiera causar algún perjuicio en el entorno personal, social y profesional de las personas, causando agravios a sus derechos inherentes como la intimidad, el honor y la dignidad humana.

La comercialización de datos personales de los diferentes bancos de datos que se han generado por particulares, ha sido una problemática actual debido a la facilidad en el acceso y manipulación de estos.

Por lo anterior, la Ley de Libre Acceso a la Información se establece la protección de estos derechos, que sin consentimiento de las personas sus datos personales no pueden ser distribuidos y deben estar enterados de la información que conste de ellos en archivos, fichas, registros o cualquier otra forma de registros públicos, y de la finalidad de la misma.

La ley establece esto dentro de su apartado de *Habeas Data* en donde también se estipula el tratamiento que deberán llevar los datos y la corrección que de ellos se solicite por la parte afectada.



3.6. El derecho al olvido como derecho implícito

Entre los derechos constitucionales de Guatemala, no figura como derecho expreso el derecho al olvido. En otras palabras, no hay una norma legal en la Constitución Política de la República de Guatemala en cuyo texto aparezca de forma expresa el derecho subjetivo al olvido; sin embargo, es procedente analizar si por otro lado este, puede constituir un derecho implícito en la legislación constitucional guatemalteca.

El derecho al olvido es parte del derecho a la intimidad. Si alguien sufre de injerencia en su vida privada, está siendo atacado en su derecho a la intimidad. Si alguien pretende oponerse a la publicación de cierto dato personal de su vida, está oponiéndose a que se vulnere su derecho a la intimidad. En tal virtud, como se indica, el derecho al olvido forma parte del derecho a la intimidad.

Como se determinó en su momento, en este trabajo de investigación, el derecho a la intimidad es un derecho humano que forma parte de la legislación interna por vía del bloque constitucional, por cuanto, al interpretarse la ordenanza constitucional contenida en el Artículo 46, de la Constitución Política de la República de Guatemala, puede constatarse que el Artículo 12 y el Artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, forman parte del derecho interno guatemalteco. En consecuencia, el derecho a la intimidad forma parte del derecho interno guatemalteco.



Si se entiende que el derecho a la intimidad, forma parte del derecho interno de Guatemala, podría asegurarse que cualquier derecho implícito a este, es también derecho interno en la legislación guatemalteca. Así las cosas, solo restaría comprobar que el derecho al olvido, efectivamente, forma parte del derecho a la intimidad; en la legislación nacional porque, seguramente el primero de los indicados derechos, sería considerado implícito para del segundo.

Primeramente, es oportuno revisar la postura de Mieres, para quien el derecho al olvido no solo está conectado con el derecho a la intimidad, sino que trasciende a este.

...el reconocimiento del derecho al olvido como derecho fundamental implícito derivable del artículo 10.1 de la Constitución (CE). A juicio de este autor, el bien jurídico protegido por este derecho excedería de los intereses más específicos protegidos por los derechos a la intimidad, el honor o la protección de datos. (Mieres Mieres, 2014, pág. 11)

El verdadero sentido de lo que expresa el autor citado, demuestra que el derecho al olvido no solo tiene una relación directa con el derecho a la intimidad, sino que, aún más, lo trasciende en su contenido conceptual, llegando incluso a desarrollar sus propias características. Realmente, el derecho al olvido existe sin necesidad de que deba demostrarse una amenaza real al derecho a la intimidad. Sin embargo, y, por otro lado, los vínculos más importantes que se establecen entre uno y otro derecho son dos: el primero, se refiere a la protección de un interés en común con el derecho a la intimidad, es decir, con un aspecto interior o



profundo de una persona, que comprende sentimientos, vida familiar o relaciones de amistad con otras personas. El segundo, porque el derecho al olvido sirve para desactivar cualquier amenaza supuesta o real, contra la intimidad o incluso el honor de la persona.

Otra evidencia de la relación entre el derecho al olvido y el derecho a la intimidad, especialmente en conexión con la protección de datos, es el análisis que desarrolla Berríos para el derecho chileno. En este sentido, la autora de mérito realiza una búsqueda de lo que ella denomina “puntos de apoyo”, para determinar el reconocimiento del derecho al olvido en la legislación ya indicada. Lo encuentra precisamente en el derecho a la protección de datos personales y relaciona este con el derecho a la honra. Advierte, sin embargo, que tales categorías de derecho no se encuentran de forma expresa en el contenido de la Constitución chilena, y que por lo tanto deben buscarse en interpretaciones que sirvan para perfeccionar la garantía del derecho a la intimidad.

Con el propósito de encontrar en el texto constitucional puntos de apoyo para afirmar el reconocimiento del derecho al olvido, a continuación, se revisarán aquellos derechos que protegen alguna de sus dimensiones. Es necesario tener presente que la doctrina ha establecido una cierta identificación entre el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos personales, como manifestación del derecho a la honra. Si bien el derecho a la protección de datos personales no está expresamente consagrado en el catálogo de nuestra Carta, la jurisprudencia ha entendido

que forma parte de este derecho a la intimidad que a continuación pasaremos a individualizar. (Berríos Droguett, 2017, pág. 7)



Según esta autora, el derecho a la intimidad precisa de la protección datos, especialmente ahora que el registro de información con el que cuentan modernas formas de tecnología y de software, como los recursos ligados a internet, no tienen contemplado temporalidad para caducidad, prescripción u oportunidad. La intimidad y la honra de una persona pueden estar amenazadas por datos de su pasado, que como un derecho humano el individuo debiera tener la posibilidad de oponerse a su publicación, o bien a que se siga publicando después de un tiempo razonable. Para perfeccionar la protección al derecho a la intimidad, resulta preciso que la persona interesada, pueda reclamar la cancelación de esa información o bien se pueda oponer a su publicación a partir de cierto tiempo. En tal sentido, esa oposición o solicitud de cancelación de la información no deseada, corresponde conceptualmente con el derecho al olvido. Adicionalmente a ello, el poder de control sobre esa información es lo que esta autora denomina autodeterminación informativa.

Es menester tener presente que el derecho a la intimidad informática contiene principios que deben respetarse. Dichos principios dicen relación con la calidad de los datos, el consentimiento del afectado, la existencia de datos especialmente protegidos, la seguridad de los datos y el deber de secreto, la finalidad de los datos y proporcionalidad, entre otros, respecto a los cuales los dos últimos parecen ser los más relevantes para determinar



la eliminación o cancelación de una información que carece de interés actual. (Berríos Droguett, 2017, pág. 13)

El derecho a la protección de datos personales contiene al derecho al olvido, para garantizar así la protección al derecho a la intimidad, y como se venía indicando anteriormente, el profesor Mieres es de la opinión que el segundo de los indicados derechos trasciende el contenido de los otros dos, por razón de que se convierte en una forma de control de datos y, por ende, de autodeterminación informativa.

...para entender que el derecho a la protección de datos personales contiene al derecho al olvido, es necesario realizar una proyección digital del mismo, considerando al menos dos aspectos. En un primer sentido, “es necesario considerar que cualquier publicación de datos accesibles en la red constituye un tratamiento de datos personales que debe someterse a la normativa específica de protección”. En un segundo sentido, afirma 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 datos obsoletos resulte inadecuado, impertinente o excesivo, dando lugar a que el titular pueda ejercer su derecho de cancelación, oposición o rectificación”. Así, tanto la proyección del derecho a nuevos ámbitos, como el reconocimiento que existe de datos que por el paso del tiempo se vuelven obsoletos, entregan herramientas que permiten configurar el derecho al olvido. Concluyendo, si vinculamos lo esgrimido anteriormente respecto al derecho a la intimidad, con este derecho al



control de los datos que posee cada uno de nosotros por el contenido que se encuentra on-line; a nuestro parecer, no cabe duda que el derecho al olvido surge, y debe surgir, como resultado de esta relación. (Berríos Droguett, 2017, pág. 13)

Resumiendo lo descrito hasta aquí, es relevante además de evidente, la relación y el vínculo entre el derecho a la intimidad con el derecho al control de datos personales que debe poseer cada sujeto; es allí donde surge la tutela concurrente del derecho al olvido, especialmente por aquella información que deba ser protegida por cada uno.

Esa relación, evidenciada por los autores antes analizados, es posible considerarla por el derecho internacional de los Derechos Humanos, especialmente, en lo tocante al Artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos entre otras normas jurídicas que a su vez, se encuentran vigentes en Guatemala como derecho interno, por vía del principio interpretativo de bloque de constitucionalidad. De tal manera que, los análisis de realizado por los autores antes expuestos en este trabajo, también aplican al derecho guatemalteco.

Con respecto al derecho a la propia imagen, por ejemplo, en España se le consideró un derecho implícito, y sobre la base de tal situación un Tribunal Constitucional fue de la siguiente opinión:



En la medida que la libertad de la persona se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y de las características del mismo, es evidente que con la protección constitucional de la imagen se preserva no solo el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen [...], sino también una esfera personal y, en este sentido, privada, de libre determinación y, en suma, se preserva el valor fundamental de la dignidad humana. Sí, pues, lo que se pretende con este derecho, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas (Nogueira Alcalá, 2007, pág. 262)

El derecho a la propia imagen se considera como implícito por la protección a la dignidad de la persona humana. De esta misma forma puede concebirse la protección del derecho al olvido, es decir, como parte del derecho a la dignidad de la persona.

El ser humano es un ente provisto de moral, de conciencia. La persona posee fuero interno y en él se desarrollan la razón, el intelecto y la voluntad. Estos últimos tres conceptos enunciados, distinguen al hombre y a la mujer, del resto de seres del reino animal. “El derecho a tener y a poner en práctica derechos es la especificación del valor de la dignidad humana” (Herrera Flores, 1989, pág. 126)



Por los argumentos descritos o expuestos en el párrafo anterior, se considera que la dignidad del ser humano es la que posibilita la existencia de la intimidad. Precisa el ser humano de un ámbito de intimidad y de vida privada, por razón de su propia dignidad. Este tipo de pensamiento no sugiere que quien expone su vida en forma pública es una persona sin dignidad; no, lo que se sugiere es que quien no tiene dignidad es el que expone su vida sin molestarle en forma alguna, que en su historia haya aspectos, socialmente reprochables. La dignidad es el elemento que da origen a la intimidad, a la vida privada y otros derechos.

Cuando se llevan a cabo actividades individualísimas como la desnudez o el aseo personal, la intimidad; se está desarrollando a su vez, acciones propias de la dignidad del ser humano. Cuando los españoles llegaron al territorio de lo que hoy se nombra Guatemala, encontraron a indígenas semidesnudos, y en algún tipo de correspondencia, el conquistador indicaba que únicamente cubrían sus *vergüenzas* con una hoja. A este concepto conviene destacar que lo íntimo es aquello que puede causar al ser humano vergüenza, y esta a su vez está ligada esencialmente la dignidad del ser humano.

El Artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos estatuye en frase conducente, lo siguiente: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad”. Esto indica que el último término de la cita es parte esencial de los derechos de los seres humanos. La Declaración de 1948 establece, en su Preámbulo, que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen

por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca. De tal manera que este elemento sirve de organizador conceptual a todos los derechos humanos.



Es a partir de los instrumentos jurídicos internacionales y del movimiento del constitucionalismo, especialmente en América, que se empieza distinguir una forma más humana de los derechos, se humanizan los derechos. "...a diferencia del Derecho internacional clásico, la persona no puede ser considerada como un mero objeto" (Marín Castán, 2007, pág. 4), entonces se empieza a distinguir la dignidad de la persona.

Por los argumentos indicados, es evidente que el ser humano desarrolló el concepto legal de dignidad, para lo cual se lograron conjuntamente otra serie de conceptos interesantes como la vida privada y la intimidad. Se trata de que el origen de la dignidad conforma también el origen de derechos como la intimidad y la vida privada, la honra, la autodeterminación informativa y los datos personales; pero, además, se deben tomar en cuenta conceptos jurídicos complementarios como el honor y la reputación.

Es la dignidad humana la que da fundamentación a los derechos antes descritos de intimidad y vida privada, siendo por otro lado el elemento que establece un justo equilibrio a la libertad de información. Para poder determinar límites a la expansión informativa que se produce hoy día, la dignidad del ser humano ha de ser una de las mejores formas de lograrlo. Es un límite, una frontera a los excesos que puede constituir la expansión en la difusión de



información de datos personales que se ha generado a partir del desarrollo de las Tecnologías de Información y Comunicación TIC's lo que se denomina "la sociedad de la información" y en general desde antes con la posibilidad de publicar datos que le son negativos a la honra y la dignidad de una persona.

En Guatemala, la legislación interna, incluyendo los tratados internacionales aplicables de derecho, no se distingue entre derecho a la privacidad y derecho a la intimidad. La respuesta de la Corte de Constitucionalidad, transcrita líneas arriba, no hace reparo en tal cuestión.

Por otro lado, tampoco hay una norma que determine la extensión con que puede aplicarse el derecho a la privacidad para establecer una línea limítrofe entre este y el derecho a la intimidad. En tal virtud, tampoco puede ser congruente con la sola interpretación de la extensión del ámbito del amparo, que estén protegidos los dos: Derechos a la privacidad y derecho a la intimidad.

Si se encuentra garantizado el derecho a la autodeterminación informativa como quedó apuntado en el capítulo segundo de esta investigación, por vía implícita y por principio de integración constitucional, entonces puede considerarse que el derecho al olvido también se encuentra incluido como parte de esta interpretación, ahora bien, la pregunta en tal virtud procedería a ser si esta forma de considerar incluido dentro de la tutela jurídica al derecho al olvido, resulta o no efectiva, factible o realizable. Lo que en suma podría conducir a dar respuesta a la interrogante de si se trata de un derecho justiciable por vía de del marco de la

legislación nacional interna del Estado de Guatemala o bien precisa de modificarse dicho marco legal para lograr dicho propósito.



En tal virtud, para establecer un orden en la exposición de todo lo apuntado hasta aquí, se puede afirmar lo siguiente: primeramente, los derechos a la vida privada y a la intimidad se encuentran vinculados al de la autodeterminación informativa como forma de lograr su tutela jurídica. Segundo, que los mencionados derechos a la vida privada y a la intimidad son dispositivos legales que resguardan y complementan la tutela jurídica que debe el derecho guatemalteco a la dignidad del ser humano, cuya protección es implícita como se consignó ya en esta investigación al tenor del criterio de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

Por otro lado, si la autodeterminación informativa resguarda la dignidad del ser humano, especialmente al proteger la vida privada y la intimidad de las personas, entonces resulta también implícito el contenido del primero de los mencionados, para interpretar como parte del mismo al derecho al olvido.

El objeto fundamental del derecho al olvido constituye, como se indicó en el apartado correspondiente de esta investigación, la protección de datos especialmente en dos acciones que dimanen de los derechos ARCO, como lo son los de cancelación de aquellos datos que ya no proceda mantenerlos en forma pública además del derecho de oposición a que se publiquen cierta clase de datos susceptibles de no exponerse al público.



Como ya se indicó oportunamente, los derechos ARCO son estructura del *Habeas Data*, pero para que estos estén completos hay que interpretar que el derecho de cancelar cierta información o bien oponerse a que publique otra, constituye en la práctica el denominado derecho al olvido y todas las acciones conjuntas, conforman el *Habeas Data* y el derecho al olvido, que a su vez determinan el significado y justificación del derecho a la autodeterminación informativa.

Esto demuestra que: primero, acceder a la información personal; segundo, rectificar el contenido de aquella que se considera y se demuestra que no es correcta; tercero, la de cancelar la información no vigente o bien, en cuarto lugar, oponerse a la publicación por específicos motivos válidos, de determinada información; no son más que la estructura de la autodeterminación informativa.

La autodeterminación informativa está explicada anteriormente que, garantiza la protección de la dignidad humana y si es interpretado, como la Corte de Constitucionalidad, en opinión ya citada en este trabajo de investigación, como derecho implícito, entonces el derecho al olvido ciertamente constituye un derecho implícito así mismo.

Ahora bien, para hacer efectiva la protección de datos desde el punto de vista del derecho al olvido sería necesario que una de las formas fuera que el mismo constituyera un derecho justiciable en la legislación nacional guatemalteca, pero tal extremo es aún más difícil de considerar, por cuanto no se considera que



entre las acciones del *Habeas Data*, se encuentren garantizados los de cancelación de datos personales y oposición a la publicación de aquellos que signifiquen precisamente el contenido del derecho al olvido.

En relación con la comercialización de información personal, la Corte de Constitucionalidad expone lo siguiente:

La obtención de datos personales que puedan formar una base de datos, susceptible de transmisión por medios de comunicación masiva o electrónica -por medio de la informática-, debería ser objeto de regulación por una ley... En Guatemala no existe tal regulación, y en tanto no la haya, para no incurrir en situaciones *legibus solutus*, a criterio de esta Corte toda comercialización de información de datos de una persona debe estar sujeta a que esa información fuera proporcionada voluntariamente por la persona, cuyos datos serán objeto de comercialización; y que al momento de obtenerse, se le haya garantizado a dicha persona los derechos de actualización, rectificación, confidencialidad y exclusión antes citados, como una forma de resguardar los derechos fundamentales a su intimidad personal, privacidad y honor. Se acota que si bien la comercialización de datos personales pudiera estar comprendida en el ejercicio del derecho que garantiza el Artículo 43 constitucional, este último encuentra una limitación en el derecho a la dignidad humana, el cual prevalece sobre aquél; de manera que ante esa prevalencia y salvo lo que en contrario pueda disponerse en leyes específicas, se sostiene que todas aquellas personas individuales o jurídicas que realicen actividades de comercialización de



información obtenida de registros o bases de datos personales, deberían al comercializar tal información, por lo menos.

Los datos que, para tal efecto hubiesen obtenido, lo hayan sido conforme una finalidad plenamente definida, de forma legítima y de manera voluntaria por parte de aquél cuyos datos vayan a ser objeto de comercialización.

La utilización de esos datos personales debe hacerse sin obviar un previo asentimiento de la persona interesada, utilización que debe realizarse con un propósito compatible con aquél para el que se hubiesen obtenido.

El registro y utilización de los datos debe conllevar, necesariamente, la implementación de controles adecuados que permitan, por aquél que disponga de esos datos, la determinación de veracidad y actualización de los mismos por parte y como una responsabilidad de quien comercializa con los mismos, y el amplio goce del derecho a la rectificación de estos por aquél que pudiera verse afectado en caso de una errónea o indebida actualización.

Toda vez ha sido probada la relación entre el derecho a la intimidad y el derecho al olvido, es procedente, asimismo, evidenciar que si el segundo de los indicados, ciertamente, no es un derecho expreso en las citas de leyes internacionales consignadas anteriormente, también es cierto que la necesidad de perfeccionar la tutela al derecho a la intimidad lo convierte en un derecho implícito, lo que resulta relevante para considerar su reconocimiento en la legislación



nacional guatemalteca, con el mismo rango constitucional que los derechos explícitos. Por la integralidad y proporcionalidad de la hermenéutica constitucional que parte de los Artículos 44 y 46, de la Constitución Política de la República de Guatemala.

3.7. El derecho al olvido como derecho justiciable

La justiciabilidad en un derecho cualquiera, depende de las condiciones de sus fundamentos facticos y normativos para pretender, legítima y legalmente el reclamo efectivo a su aplicación. Es decir, el derecho fundamental que asiste a toda persona para reclamar ante los órganos de la jurisdicción, la protección de los derechos de que es titular.

Las herramientas que sirven al efecto de la justiciabilidad de derecho al olvido en el ámbito de la legislación guatemalteca, son aquellas que ofrece el derecho a la tutela judicial efectiva en general, es decir: El derecho de acceder a los tribunales; el derecho a un proceso con todas las garantías; el derecho a una resolución fundada en derecho; el derecho a los recursos legalmente previstos y el derecho a la efectividad de la resolución.

Por supuesto, la tutela judicial efectiva que se debe brindar a la protección de datos en el derecho a la intimidad surge del derecho al olvido, lo cual no significa que el derecho haga exigible una resolución favorable a los intereses de quien pide tutela.



Tal derecho demanda un trámite coherente con las garantías procesales de: derecho a un juez natural y predeterminado por la ley, imparcial e independiente, así como el derecho a la defensa y asistencia de letrado; el derecho a un proceso público; derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes y las garantías específicas del proceso como la presunción de inocencia.

Esto genera la posibilidad de reclamar el derecho al olvido de determinada información que resulta ofensiva para un individuo que desea suprimirla u oponerse a su publicación, especialmente con los procesos y recursos disponibles en la legislación nacional guatemalteca entre los que indefectiblemente deben figurar el amparo y la inconstitucionalidad de leyes.

Una de las formas más seguras de tornar justiciable el derecho al olvido en la legislación interna guatemalteca, es considerarlo como un derecho implícito; situación que se ha dejado en claro en el capítulo precedente.

Al tenor de lo establecido por la Corte de Constitucionalidad, el derecho al olvido puede estar garantizado como un derecho implícito, en la amplitud del ámbito de aplicación del amparo. De esta forma está incluso garantizada, aparentemente, la legalidad de su justiciabilidad.

Toda comercialización de datos personales que no observe tales



parámetros (cuya enunciación es enumerativa y no limitativa), podría derivar en una actividad ilegal, violatoria de derechos fundamentales, que conllevaría responsabilidad legal tanto para aquéllos que proporcionen en tales datos como para quienes que se sirvan de ellos en la toma de decisiones respecto de situaciones relacionadas con una persona en particular.

Sobre la tutela judicial de los registros personales, la Corte de Constitucionalidad es de la opinión que, una vez reconocida la existencia del derecho de una persona a determinar la existencia o inexistencia de registros o bases de datos en los que consten sus datos personales, y de obtener una rectificación, supresión o eventual bloqueo de los mismos, si en la utilización indebida de éstos se pueda, en efecto, afectar su intimidad y honor, corresponde ahora determinar la manera en la que puede solicitarse la tutela judicial de tales derechos sabido que en la legislación comparada y de acuerdo con la doctrina procesal constitucional moderna, la tutela de tales derechos se hace por medio de la acción procesal denominada *hábeas data*, la cual en Guatemala está establecida en el Decreto cincuenta y siete – dos mil ocho (57-2008) de la Ley de Acceso a la Información Pública... Por tal razón, esta Corte sostiene que por la amplitud con la que está establecido el ámbito de conocimiento del amparo, este último resulta ser la acción constitucional idónea para garantizar el derecho que a toda persona asiste de acceder a su información personal recabada en bancos de datos o registros particulares u oficiales ... o cuando esos datos sean proporcionados por personas individuales o jurídicas que prestan un servicio al público de suministro de información de personas, a fin de positivar aquellos

derechos de corregir, actualizar, rectificar, suprimir o mantener en
confidencialidad información o datos que tengan carácter personal.



CONCLUSIONES



Se confirma la hipótesis rectora del presente estudio, en el sentido de que el derecho al olvido constituye un derecho justiciable en la legislación nacional guatemalteca, con plena tutela judicial efectiva.

El reconocimiento del derecho al olvido, como un derecho implícito en la legislación nacional guatemalteca con el mismo rango que otro cualquier derecho constitucional expreso, que dimana de una norma implícita de protección al derecho humano a la intimidad, protegiéndolo de cualquier amenaza en su contra, así como también a la protección de datos personales, la honra y otros derechos, sobre la base del resguardo a la dignidad del ser humano, constituye el principal hallazgo investigativo de este estudio que, a la vez, permite establecer la comprobación de la hipótesis al respecto de permitir su justiciabilidad, con el amparo de una tutela judicial efectiva.

REFERENCIAS



Alegre Martínez, M. Á. (1997). *El derecho a la propia imagen*. Madrid, España:

Tecnos.

Alonso Vidal, H. J. (2012). Los principios implícitos, su relevancia en la aplicación del derecho. *Cuadernos de filosofía del derecho*, 157 - 172.

Bazán, V. (2012). El habeas data, su atonomía respecto del Amparo y la tutela del derecho fundamental de autodeterminación informativa. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 37 - 76.

Berrios Droguett, M. (2017). *Análisis del derecho al olvido digital en el ordenamiento jurídico chileno*. Valparaíso: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Bidart Campos, G. J. (1989). *Teoría general de los derechos humanos*. México: UNAM.

Blánquez Fraile, A. (1985). *Diccionario latino-español, español-latino*. Barcelona: Sopena.

Candia Falcon, G. (2014). Derechos Humanos: Una reflexión a la luz de la noción de Estado de Derecho. *Revista Chilena de Derecho*, 873 - 902.

Carpio Marcos, E. (2000). *El significado de la cláusula de los derechos no enumerados*. México: UNAM.

Castellano, P. S. (2015). *El reconocimiento al derecho al olvido digital en España y la UE*. Barcelona: Bosch.

Castillo-Cordova, L. (2008). *Justificación y significación de los derechos constitucionales implícitos*. Lima: PIRHUA.



- Cortés, C. (2016). *Derecho al olvido: Entre la protección de datos, la memoria y la vida personal en la era digital*. Reino Unido: CELE.
- Davarra Fernández de Marcos, I. (2014). *Colección para la transparencia de la ciudad de México*. México: Instituto de Acceso a la información pública.
- De Bernardis, L. M. (2009). *La garantía procesal del debido proceso*. México DF: Harla.
- De Blas Dominguez, D. B. (2017). *El derecho al olvido. Estudio de la sentencia del TJUE Google Spain y consecuencias en el ordenamiento comunitario*. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá.
- De Diego Arias, J. L. (2015). *El derecho a la intimidad de las personas reclusas*. Oviedo: Universidad de Oviedo.
- Desantes, J. M. (1991). El derecho fundamental a la intimidad. *Derecho a la intimidad y a la vida privada y los medios de comunicación*. Madrid: Centro de Estudios Públicos.
- Ferrajoli, L. (2006). Sobre los derechos fundamentales. *Cuestiones constitucionales*, 113 - 136.
- Ferreira Causil, A. C. (2017). *Los derechos implícitos en Colombia, reflexiones sobre su origen*. Colombia: Academia.
- González Gaitano, N. (2002). *El deber de respeto de la intimidad en la información periodística*. Barcelona: Ariel.
- González Rivera, S. J. (2007). *La regulación del derecho a la intimidad en el derecho constitucional guatemalteco*. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala.



- Gros Espiell, H. (2000). *Los Derechos Humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el Artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos*. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Guastini, R. (2017). *Derechos Implícitos*. México: Dialnet.
- Guox Pérez, J. O. (2018). *Derechos constitucionales implícitos*. Quetzaltenango: Universitaria.
- Hernández, M. (2013). *El derecho al olvido digital en la web 2.0*. Salamanca: Telefónica.
- Herrera Flores, J. (1989). *Los derechos humanos desde la escuela de Budapest*. Madrid: Tecnos.
- Jiménez-Castellanos Ballesteros, I. (2018). *El derecho al olvido digital del pasado penal*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Justiciabilidad del derecho al olvido en Chile: una propuesta a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema en casos sobre informaciones relacionadas*. (2018). Chile: Universidad Pontificia de Chile .
- Marín Castán, M. L. (2007). La dignidad humana los derechos humanos y los derechos constitucionales. *Revista de bioética y derecho*, 1 - 8.
- Martínez Becerril, R. y. (2013). El derecho al olvido. *El mundo del abogado*, 1 - 19.
- Martínez de Pisón, J. (1997). Vida privada e intimidad. *Anuario de filosofía del derecho*, 717 - 738.
- Martínez López-Saenz, M. (2017). Nuevos perfiles del derecho al olvido en Europa y España. *Anuario de la Facultad*, 231-266.



- Michelini, D. J. (2010). La dignidad humana en Kant y Habermans. *Estudio de la filosofía práctica y la historia de las ideas*, 41 - 49.
- Mieres Mieres, L. J. (2014). *El derecho al olvido digital*. Cataluña: Fundación Alternativas .
- Navarro Aracena, J. (2016). *Análisis crítico de los Derechos Constitucionales Implícitos*. Santiago de Chile: UChile.
- Nogueira Alcalá, H. (2007). El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. *Ius Et Praxis*, 245 - 285.
- Organismo Ejecutivo, G. d. (2013). *Resolución 168- 2007*. Guatemala: Gobierno de Guatemala.
- Orrego, C. A. (2013). Una aproximación al contenido constitucional del derecho a la autodeterminación informativa en el ordenamiento jurídico peruano . *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 311 - 330.
- Pérez de Acha, G. (junio de 2015). Una panorámica sobre el derecho al olvido en la región. *Noticias jurídicas*, 177 - 198.
- RAE. (2016). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Espasa Calpe.
- RAE. (2016). *Diccionario de lengua española*. Madrid: Espasa.
- Richter, M. (2009). El habeas data en Guatemala. En M. Richter, *Habeas data: un remedio ante la violación al derecho a la intimidad* (págs. 407 - 437). Guatemala: Organización Iberoamericana de Juventud.
- Salazar Muñoz, C. (2008). *Problemas fundamentales sobre teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Guatemala: Universitaria.



- Salcedo Camacho, C. R. (2016). *Posmodernismo, derechos fundamentales implícitos y la solución constitucional dominicana*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Salmón Alvear, C. (2008). *Nociones del habeas data en el Ecuador*. Guayaquil: s.E.
- Silberleib, L. (diciembre 2016). El derecho al olvido y la persistencia de la memoria. *Información, cultura y sociedad*, 125 - 136.
- Solá, V. (2017). *Estándares interpretativos e imprevisión convencional. Una lectura de los derechos implícitos con sede en el modelo de adjudicación del ius constitutionale commune lationamericanum*. Córdoba, Argentina: UNC.
- Tafoya Hernández, J. G. (2016). Reflexiones en torno al derecho al olvido. *Consejo de la judicatura federal*, 76 - 104.
- Torres Manrique, J. I. (enero - junio 2018). El derecho fundamental al olvido: reconocimiento y evolución. *Pensamiento jurídico*, 167 - 200.