

**SUPERANDO LA DISCRIMINACIÓN: EL CASO DEL DERECHO AL
OLVIDO ONCOLÓGICO EN LA INDUSTRIA ASEGURADORA**

**OVERCOMING DISCRIMINATION: THE CASE OF ONCOLOGICAL
RIGHT TO BE FORGOTT EN IN THE INSURANCE INDUSTRY**

Ana Paola Menacho Rubina

Alumna de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres

SUMARIO

- Introducción
- Delimitación conceptual: ¿intimidad o privacidad?
- Aspectos generales del derecho al olvido
- Sobre el derecho al olvido oncológico
- Análisis económico del derecho al olvido oncológico
- Conclusiones
- Fuentes bibliográficas

RESUMEN

En la era actual de la revolución digital y la transformación social, impulsadas por la globalización, ha dado lugar a una constante proliferación y fácil accesibilidad de datos personales a través de los motores de búsqueda en línea. Este fenómeno ha traspasado las barreras de protección de la privacidad de los individuos, ocasionando una serie de lesiones directas a sus derechos fundamentales de libertad personal.

En este marco, ha surgido la necesidad de establecer el "derecho al olvido", el cual se ha expandido incluso al ámbito oncológico. En este contexto específico, las personas que han superado el cáncer, a menudo se enfrentan a barreras discriminatorias debido a su clasificación como "sujetos de alto riesgo" al momento de intentar acceder a servicios financieros esenciales como créditos, seguros o hipotecas para continuar con su proyecto de vida.

Este artículo subraya la necesidad de que, en el ámbito legislativo, se establezcan nuevos medios de tutela jurídica para ampliar la esfera de protección de la privacidad y contrarrestar los riesgos y vulneraciones que surgen de la exposición masiva de información personal. En este proceso, es de vital importancia llevar a cabo una evaluación exhaustiva que contemple la

importancia de lograr un equilibrio eficiente en la regulación para proteger los derechos de las personas que han enfrentado el cáncer sin comprometer la viabilidad económica de las instituciones financieras.

PALABRAS CLAVE

Derecho al olvido, revolución digital, globalización, intimidad, privacidad, análisis económico del derecho.

ABSTRACT

In the current era of the digital revolution and social transformation driven by globalization, there has been a constant proliferation and easy accessibility of personal data through online search engines. This phenomenon has transcended the barriers of individuals' privacy protection, leading to a series of direct infringements on their fundamental rights of personal freedom.

Within this framework, there has arisen a need to establish the "right to be forgotten," which has extended to the oncological context. In this specific context, individuals who have overcome cancer often face discriminatory barriers due to their classification as "high-risk subjects" when trying to access essential financial services such as loans, insurance, or mortgages to continue with their life projects.

This article underscores the necessity for new legal safeguards to be established in the legislative realm to expand the sphere of privacy protection and counter the risks and violations stemming from the massive exposure of personal information. In this process, it is of vital importance to conduct a comprehensive evaluation that considers the importance of achieving an efficient balance in regulation to protect the rights of individuals who have faced cancer without compromising the economic viability of financial institutions

KEYWORDS

Right to be forgotten, digital revolution, globalization, privacy, intimacy, economic analysis of law.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, producto de la dinámica de la revolución digital y transformación social como resultado de la globalización, ya es una realidad asumida por todos. Este nuevo paradigma involucra que la información fluya constantemente y quede registrada en múltiples plataformas en línea, dando como resultado, la aparición de nuevos problemas que impactan directamente en las diversas esferas de la vida de las personas; problemas que el ordenamiento jurídico no puede ignorar.

De ese modo, surge por primera vez en la Unión Europea un concepto jurídico denominado "derecho al olvido". Este derecho se manifiesta como una suerte de protección personal que busca resolver los daños y perjuicios causados por la vasta acumulación de información personal que se almacena y procesa fuera del ámbito de nuestro control, amenazando así nuestra intimidad, privacidad y libertad personal.

Sobre esta cuestión, el derecho al olvido se erige como un derecho fundamental que supone una exigencia al Estado de Derecho de enfrentarse a las consecuencias propias de la revolución digital y de adaptar su estructura legislativa a las transformaciones de la realidad actual, tanto en términos económicos como sociales, propias de la evolución constante del comportamiento humano.

Así pues, el derecho al olvido también trasciende al ámbito médico, específicamente, al campo oncológico; donde el cáncer, además de ser una de las enfermedades que más afecta a la salud, el bienestar de las personas y de la sociedad en su conjunto, trae consigo implicancias jurídicas significativas. Una de ellas es que, debido al historial médico como pacientes oncológicos, a menudo se les coloca barreras al clasificarlos como “sujetos de alto riesgo” frente a las calificaciones crediticias bancarias, de seguros, o de cualquier otra garantía patrimonial.

El enfoque central de esta investigación reside en la imperante necesidad de establecer regulaciones en nuestro sistema legal con respecto al derecho al olvido oncológico. Esto busca garantizar que las personas que han enfrentado el cáncer reciban un trato equitativo por parte de las instituciones financieras y las compañías de seguros al solicitar una póliza de seguro o un préstamo crediticio, permitiéndoles avanzar en sus proyectos de vida.

Finalmente, el tema en cuestión se desarrollará en base a un análisis económico del derecho, el cual nos permitirá evaluar las posibles externalidades y costos involucrados en la toma de

decisiones regulatorias, garantizando una aproximación integral a la implementación del derecho al olvido oncológico que proteja tanto a los individuos que han enfrentado el cáncer como a las instituciones financieras y aseguradoras.

DELIMITACIÓN CONCEPTUAL: ¿INTIMIDAD O PRIVACIDAD?

Es necesario establecer una distinción conceptual entre "intimidad" y "privacidad", dos términos que a menudo generan controversia y que se utilizan de manera indistinta en el ámbito jurídico para situaciones similares. Según la Real Academia Española (RAE), la "intimidad" se refiere al "ámbito más íntimo de una persona, abarcando tanto lo espiritual como lo físico, ya sea de una persona o de un grupo de individuos". Por otro lado, la "privacidad" abarca el "ámbito de la vida que se tiene derecho de proteger de cualquier intromisión, y que no constituye parte de la esfera pública".

La intimidad, por su parte, según Noain (2016), se sitúa en el ámbito más personal, más íntimo de cada individuo, en el cual se gestan las decisiones más propias e intransferibles que, por esencia, se encuentran fuera del ámbito externo, configurándose así, el derecho de exclusiva que tenemos sobre nuestros pensamientos, acciones y la esfera de nuestra personalidad.

Esta esfera de lo íntimo permite que cada persona pueda desarrollar y ejercer su autonomía libremente, otorgándole un control absoluto para determinar su modo de actuar sin trasgredir la barrera de lo ajeno. En otras palabras, es decir, la intimidad se halla protegida de cualquier influencia externa, manteniendo una clara distinción entre lo propio y lo ajeno.

En lo que respecta a la privacidad, su conceptualización resulta ser un tema más complejo a nivel doctrinario. Dicha complejidad genera que su comprensión se vea restringida y limitada, por lo que resulta sencillo que las personas no reconozcan a simple vista los perjuicios a su privacidad. Así pues, según señala Doris (2010), en países como Estados Unidos, la idea de privacidad también resulta controvertida y se encuentra estrechamente vinculada a los conceptos liberales de autonomía individual y la libertad frente al Estado, lo que dificulta el objetivo de establecer una definición universal y práctica de la privacidad.

Solove (2009) luego de una exhaustiva investigación sobre el concepto de privacidad, llegó a la conclusión de que definir las características de la privacidad no era suficiente para abarcar todos sus aspectos. No obstante, logró categorizar la privacidad en seis tipos: (i) el derecho a ser dejado en paz, (ii) el acceso limitado al yo, es decir, la capacidad de protegerse contra el

acceso no deseado de otros, (iii) el secreto, que implica ocultar ciertos asuntos a terceros, (iv) el control sobre la información personal, que involucra la capacidad de ejercer control sobre la información acerca de uno mismo, (v) la preservación de la personalidad, individualidad y dignidad de la persona, y (vi) la intimidad, que abarca al control sobre las relaciones íntimas o cualquier aspecto de la vida personal.

De este modo, se aprecia que si bien estos dos términos tienen similitudes semánticas, se advierte que cada uno de ellos debe ser empleado de manera indistinta para cada situación específica. Por lo que, el derecho a la intimidad está relacionada con la potestad que cada ser humano tiene para proteger su autonomía personal y el libre desarrollo de su personalidad fuera de influencias externas. El derecho a la privacidad, por su lado, sale de la esfera de lo íntimo para regular el flujo de información, pues nos otorga la potestad de controlar la información que circula sobre nosotros, otorgándonos la garantía de confidencialidad y seguridad de los datos.

ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO AL OLVIDO

El crecimiento exponencial de la “digitalización” ha traído consigo múltiples ventajas alrededor del mundo. Sin embargo, pese a la existencia de ventajas significativas, no es ajeno a la realidad que el desarrollo de la tecnología de la información, por el contrario, ha traído consecuencias negativas en algunos aspectos de la vida de las personas, traspasando las barreras de protección propias de la privacidad de las personas, ocasionando lesiones directas en los derechos de libertad personal de los individuos.

La ruptura de las barreras de protección de la privacidad conlleva la exposición masiva de la información de las personas, lo que a su vez, amplifica de manera considerable el riesgo de sufrir perjuicios de diversa índole. Este riesgo se materializa en una variedad de situaciones y contextos, que abarcan desde la esfera personal hasta la profesional, y plantea cuestiones críticas en términos de seguridad y protección de datos.

La necesidad de abordar esta problemática se vuelve cada vez más apremiante en un mundo interconectado y digital, donde la información personal circula con facilidad y está al alcance de todos. Por tanto, es fundamental que a nivel legislativo se desarrollen nuevos medios de tutela jurídica con el objeto de extender el ámbito de protección de la privacidad y mitigar los riesgos y vulneraciones asociados a su exposición a gran escala.

Por lo expuesto, el derecho al olvido otorga la potestad de todo ciudadano de exigir a cualquier portador de sus datos -ya sea que se trate de una persona natural o una persona jurídica de derecho público o privado- a eliminar dichos datos de forma definitiva, bien porque se trate de información privada o ajena al interés público, o simplemente porque la información que circula es falsa, esta desactualizada o su difusión es lesiva de otros derechos tales como el honor, la reputación o la intimidad.

Este derecho cobra cada vez más relevancia alrededor del mundo, sobre todo en la Unión Europea, donde se habla a profundidad sobre el tema. En el Perú el tema del derecho al olvido sigue siendo incipiente, pese a que existe jurisprudencia relevante acerca de sentencias sobre la materia, nos falta incidir mucho más sobre su regulación y los impactos que podrían generar tanto social como económicamente si se llegase a establecer una regulación que pueda amparar este derecho.

En ese contexto, es importante destacar que, aunque el derecho al olvido aún no está específicamente regulado en el Perú, desde el 2011, la Ley 29733 -Ley de Protección de Datos Personales-, tiene como objetivo garantizar el derecho fundamental de protección de los datos personales de las personas, en el marco del artículo 2 numeral 6 de la Constitución Política del Perú que establece el derecho de toda persona a que los servicios informáticos, ya sean públicos o privados, no suministren información que afecte la intimidad personal y familiar. Así pues, este derecho implica la facultad que ostenta toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, a fin de frenar algún perjuicio que pueda ocasionarle la circulación de su información en distintos medios informáticos.

Sobre esta cuestión, surge la necesidad de exigirle al Estado que se ajuste a esta nueva realidad y otorgue instrumentos jurídicos que tutelen los nuevos derechos producto de la revolución digital. Esto implica reconocer que la legislación debe ser flexible y estar en constante revisión para asegurar que se mantenga actualizada y sea efectiva en un entorno digital en constante cambio. De esta manera, se puede garantizar la protección de la privacidad de los individuos y su intimidad en este nuevo escenario tecnológico.

SOBRE EL DERECHO AL OLVIDO ONCOLÓGICO

Sabemos que el cáncer impacta de diversas maneras la vida de las personas que lo padecen o que alguna vez en sus vidas lo han padecido. Y es que, uno de los principales retos es el tema

de la reinserción laboral, ya que debido a la enfermedad se han visto obligadas a dejar su trabajo o cambiarlo debido a las secuelas propias del cáncer.

No obstante, a pesar de los avances en la lucha contra el cáncer y la creciente conciencia sobre la importancia de la atención médica y el apoyo a los pacientes, persiste un desafío importante. Este desafío radica en la discriminación que enfrentan las personas que han superado el cáncer cuando intentan acceder a servicios financieros esenciales como créditos, seguros o hipotecas.

A menudo, estas personas se encuentran con barreras significativas que dificultan su capacidad para obtener estos servicios. La razón detrás de esta discriminación se encuentra en el fácil acceso a su historial médico, lo que lleva a que sean etiquetadas como "sujetos de alto riesgo" en las calificaciones de solvencia y patrimonio.

Así pues, el derecho al olvido oncológico establece esencialmente que, después de cinco o diez años desde el último tratamiento (cinco años en el caso de menores de edad) y una vez superada la enfermedad, esta no debe ser un factor condicionante al solicitar un seguro o una hipoteca. En otras palabras, la legislación de este derecho tiene como objetivo principal evitar la discriminación por parte de las aseguradoras y los bancos al revisar el historial médico de los pacientes que desean solicitar un préstamo, adquirir una vivienda o contratar una póliza de seguro.

A partir de lo expuesto, surge la pregunta de si es factible implementar una legislación que restrinja el acceso de las compañías a la información al evaluar los riesgos antes de la contratación. Y es que, para estas compañías, acceder a dicha información también es crucial, ya que los seguros son un sistema de colectivización de riesgos que, en última instancia, beneficia a todas las partes involucradas en el seguro. No obstante, esta iniciativa legislativa debe analizarse desde una perspectiva que beneficie a todas las partes, teniendo en cuenta diversas variables que podrían tener un gran impacto tanto a nivel social como económico.

Una de las posibles consecuencias económicas que podría desencadenar dicha regulación sería un aumento impredecible de las primas¹ lo que afectaría la "equidad" de miles de personas. Esto se debe a que las primas no solo se determinan desde la perspectiva de un consumidor

¹ Incremento en el precio del seguro que, en concepto de contraprestación, debe pagar el asegurado a causa de una agravación del propio riesgo, una modificación de la tarifa aplicable, entre otros.

individual, sino que también involucran a un grupo de consumidores que tienen riesgos en común.

Por lo tanto, es fundamental llevar a cabo un análisis exhaustivo para lograr un equilibrio óptimo donde ninguna de las partes resulte perjudicada en caso de una potencial regulación del derecho al olvido oncológico. Este análisis debe abordar detenidamente las implicancias económicas y sociales, así como los incentivos asociados con la regulación o ausencia de esta, con el fin de garantizar que las personas que han enfrentado el cáncer reciban un trato justo y equitativo en el ámbito de las aseguradoras y bancos, sin comprometer la viabilidad económica de dichas entidades.

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO AL OLVIDO ONCOLÓGICO

En primera instancia, es evidente que uno de los mayores desafíos para el análisis económico del derecho es dirigir un planteamiento en el cual no se considere al Estado como un agente regulador de fallas de mercado. A menudo, se cree erróneamente que vincular cuestiones de política y economía no implica costos y externalidades económicas significativas, pero nada está más alejado de la realidad.

Ronald Coase en su artículo *“The problem of social cost”*, plantea que en la medida en que los costos de transacción sean bajos o inexistentes, o dicho de otra manera, iguales a cero, no importará la solución que se adopte, pues siempre las partes, a través de acuerdos voluntarios llegarán a la solución más eficiente. De lo contrario, si los costos de transacción son elevados, tenemos que encontrar la regla legal que más adapte -intervención del Estado-, en conclusión “los costos de transacción” hacen la diferencia.

De lo expuesto, surge la siguiente pregunta: ¿cómo llegamos al concepto de eficiencia en el caso objeto de análisis? La respuesta no es tan sencilla, ya que el ejercicio de un derecho (en este caso, el derecho al olvido oncológico) conlleva un costo que resulta en la pérdida que experimenta la otra parte (compañías de seguros, bancos) como consecuencia de dicho ejercicio. No obstante, debemos considerar la variable del derecho de propiedad, que en términos económicos está referido a la "titularidad" de un derecho frente a una persona, y no necesariamente a un bien material. Esta variable será de relevancia en nuestro análisis.

Entonces, ¿sería erróneo pensar que optar por una legislación en manos del Estado que otorgue ciertas titularidades respecto del derecho al olvido oncológico es una medida eficiente? No, no

sería erróneo, y es que pese a la creencia de que la intervención del Estado sólo tendría consecuencias negativas, esta resultaría ser una excepción. De hecho, la intervención del Estado en este ámbito podría tener resultados positivos. Al otorgar titularidades relacionadas con el derecho al olvido oncológico a las personas que han padecido cáncer, se les estaría abriendo la puerta a miles de posibilidades para que puedan seguir adelante con sus proyectos de vida.

Sin perjuicio de lo expuesto, desde el punto de vista económico, esta medida tendría un impacto positivo. Cuando se otorgan titularidades, se fomenta la inversión, la creación de empleo y, por ende, la generación de riqueza. Por ejemplo, las empresas dedicadas al desarrollo de tecnologías para el tratamiento del cáncer tendrían un incentivo adicional para invertir en investigación y desarrollo, lo que a su vez podría conducir a avances médicos más significativos en la lucha contra la enfermedad. En resumen, una legislación estatal que otorgue titularidades relacionadas con el derecho al olvido oncológico podría tener un efecto beneficioso tanto para las personas afectadas por el cáncer como para la economía en general.

Dicha titularidad está basada en que una persona que ha superado el cáncer no estará obligada a declarar dicha enfermedad al momento de contratar un seguro, siempre que haya transcurrido un período de cinco a diez años desde la finalización del tratamiento. En otras palabras, la titularidad de este derecho permitirá la exclusión de la información que una persona puede proporcionar o no, evitando así la discriminación y mejorando el acceso de estas personas a los servicios financieros.

Los motivos son claros; podría pensarse que los costos de transacción para implementar una medida de esa magnitud recaerían no solo sobre las compañías de seguros, sino sobre todos nosotros. Sin embargo, las titularidades permiten la internalización de las externalidades, lo que significa que si el Estado garantiza esta titularidad, generaría una protección al principio de equidad, contrario a lo que sucede en la realidad, donde las compañías de seguros vulneran este principio al conceder seguros a personas que han sufrido cáncer a un "precio elevado" solo por ser consideradas "potencialmente de riesgo".

De lo expuesto, podría pensarse que una de las desventajas de implementar el derecho al olvido oncológico en nuestra legislación implica un aumento en los costos de transacción en los que se tienen que incurrir para suprimir la información de las personas que han padecido cáncer de

los motores de búsqueda o del historial médico a la que las compañías de seguros puedan tener acceso.

Sin embargo, si analizamos este punto desde la noción del *cheapest cost avoider*, que desarrolló Calabresi (1970), se alude directamente a la parte que puede evitar los daños a un menor costo, caeríamos rápidamente en la cuenta de que podríamos ser nosotros, todos los ciudadanos quienes asumiríamos los costos asociados a la implementación de este derecho, puesto que, con un posible aumento en las primas de seguros, los costos se trasladarían a toda la sociedad, y no solo a las personas afectadas por la enfermedad. Esto subraya la importancia de encontrar un equilibrio que considere tanto la equidad como la eficiencia al gestionar eficazmente los recursos disponibles.

Ahora bien, como parte de la búsqueda de equilibrio eficiente, en el Perú -actualmente- se encuentra en evaluación el Proyecto de Ley 5790/2023-CR, que busca establecer el Derecho al Olvido Oncológico como una herramienta legal que garantice derecho de igualdad y no discriminación de las personas que han superado el cáncer, al momento de contratar una prestación en salud, un seguro de vida, productos financieros, entre otros; transcurrido un determinado período de tiempo desde la finalización de su tratamiento y sin episodios de recurrencia.

Así pues, el equilibrio eficiente, desde la perspectiva del óptimo de Pareto se basa en la variable del tiempo transcurrido desde la finalización del tratamiento y sin episodios de recurrencia para que las personas que han superado el cáncer puedan ejercer su derecho al olvido oncológico. Esta regulación busca no solo proteger a las instituciones financieras, como bancos y aseguradoras, para evitar posibles impactos negativos derivados de esta medida, sino también mejorar el bienestar de los pacientes que han sobrevivido al cáncer, logrando así un equilibrio adecuado entre los intereses involucrados.

Finalmente, es crucial que la legislación del derecho al olvido oncológico en Perú sea objeto de una evaluación minuciosa que abarque nuestra situación real. Esta evaluación debe profundizar en aspectos éticos, legales y, por supuesto, económicos, con el objetivo de lograr un equilibrio eficiente que beneficie tanto a las personas afectadas como a la sociedad en su conjunto. Por lo que, un adecuado análisis económico del derecho será fundamental para lograr este equilibrio y tomar decisiones informadas en la materia.

CONCLUSIONES

La implementación del derecho al olvido oncológico debe buscar un equilibrio eficiente, garantizando la protección de las personas que han tenido cáncer, sin imponer costos excesivos a las compañías de seguros y bancos, ni a la sociedad en general. Este equilibrio es esencial para garantizar que se respeten tanto los derechos de las personas como el funcionamiento adecuado de las empresas.

La introducción de un período de tiempo desde la finalización del tratamiento y sin recurrencias como requisito para ejercer el derecho al olvido oncológico puede ser una medida efectiva. Dicha variable asegura que las personas hayan superado la fase crítica de la enfermedad sean tratadas con igualdad permitiendo que continúen con su proyecto de vida y, por otro lado, minimiza el riesgo de abuso del derecho.

El análisis económico del derecho es una herramienta valiosa para evaluar la viabilidad y las implicaciones de la regulación. En efecto, al abordar este tema desde una perspectiva económica y legal, podemos comprender mejor los incentivos y desincentivos para la regulación adecuada y cómo esta afecta tanto a nivel económico como social.

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

Belzuz Abogados. (2022). “*El derecho al olvido y la discriminación en la contratación de seguros*”. Disponible en <https://www.belzuz.net/es/publicaciones/en-espanol/item/11639-el-derecho-al-olvido-y-la-discriminacion-en-la-contratacion-de-seguros.html>.

Calabresi, G. (1970). *The Costs of Accidents: a Legal and Economic Analysis*. London, Yale.

Coase, R. H. (1992). “*El problema del costo social*”. Estudios públicos, (45).

Doris, M. J. (2010). Reseña de "COMPRENSIÓN DE LA PRIVACIDAD" de Daniel J. Solove. *Edinburgh Law Review*, 14(3), 543-545. ISSN 1364-9809.

Noain Sánchez. *La protección de la intimidad y vida privada en internet: la integridad contextual y los flujos de información en las redes sociales (2004-2014)*.

Solove, D., *Understanding Privacy*, Harvard University Press, Cambridge, 2009, 13.