

DERECHO AL OLVIDO

THE RIGHT TO BE FORGOTTEN

María Cristina Plovanič¹

Resumen: El derecho al olvido ejercido con límites es una respuesta adecuada para resguardar la libertad de autodeterminación digital, ya que permite preservar derechos personalísimos, honor, intimidad, identidad, etc., que hacen a la dignidad de las personas, frente a la lesión que información verdadera y no discriminatoria relativa a ellas, pueda ocasionarles. Faculta a exigir a los sitios web, motores de búsqueda, la desindexación o supresión de información que ya no es necesaria para la finalidad por la que fue tratada, por el tiempo transcurrido o por ser inapropiada, irrelevante.

Este derecho no es absoluto, se debe priorizar la libertad de expresión, libertad de prensa, cuando la relevancia pública de la información así lo amerite. La ponderación entre los derechos implicados y el respeto al principio de proporcionalidad debería ofrecer la respuesta. Es conveniente una regulación legal que fije los límites, determine pautas y establezca mecanismos para facilitar su concreción.

Palabras clave: olvido- internet- autodeterminación informativa - libertad de prensa.

Abstract: The right to be forgotten exercised with limits is an adequate response to safeguard the freedom of digital self-determination, since it allows requires websites, search engines, the deindexation or deletion of information that are no longer necessary for the purpose for which they were treated, for the time elapsed or for being inappropriate, irrelevant.

This right is not absolute, freedom of expression, freedom of the press must prevail when the facts that are revealed deal with matters of general interest or harm the common good. The weighting between the rights involved respect for the principle of proportionality should provide the answer. It's convenient a legal regulation that sets the limits, determines guidelines and establishes mechanisms to facilitate their concretion.

Keywords: forgott- internet- infomative autonomy- freedom off the press.

Sumario: 1. Introducción. El desarrollo tecnológico y los desafíos para el Derecho. 2. Derecho al olvido. Concepto. 3. Derecho al olvido: posible solución. 4. Por qué legislar. 5. Antecedentes legislativos nacionales. 6. Antecedentes jurisprudenciales nacionales. 7. Límites y lineamientos a considerar en una futura regulación. 8. Dificultades para lograr eficacia. Reflexión. 9. Conclusiones.

Artículo recibido el 24/8/2022 – aprobado para su publicación el 27/2/2023.

¹ Doctora en Derecho y Cs. Sociales. UNC. Profesora Consulta Facultad de Derecho, UNC. Ex Prof. Adjunta de las asignaturas D. Privado I. Parte General y D. Privado VII. Derecho de Daños, de la Facultad de Derecho. UNC. Investigadora. Docente de Posgrado. Profesora titular de D. Civil I. UBP. Miembro del Instituto de D. Civil de la Academia de Derecho de Córdoba. mcplovanich@hotmail.com

1. Introducción. El desarrollo tecnológico y los desafíos para el Derecho.

El avasallante desarrollo de la ciencia y la tecnología plantea al derecho nuevos desafíos. Internet se compone de un conjunto de ordenadores interconectados entre sí que a través de medios tecnológicos permite comunicarse a su vez con otras redes interconectadas, lo que acrecienta la tensión entre derechos de igual jerarquía constitucional, el derecho a la intimidad, honor, imagen, identidad, por un lado, y la libertad de expresión, de difundir noticias, y de acceso a la información, por el otro. Estos conflictos existen desde hace largo tiempo, con características diferentes ya que los medios de comunicación utilizados tenían menor poder de expansión y memoria acotada; los criterios adoptados en nuestro país para resolverlos se han orientado a armonizar ambos derechos en base al principio de la razonabilidad y el interés público en juego según la naturaleza del caso.

En el contexto actual lo que varía son los medios, la proliferación y el desarrollo de las nuevas tecnologías, denominadas TICs, menos controlables, con mayor poder de expansión, problemas que se agravan por la infalibilidad de la memoria total de Internet que contrasta con los límites de la memoria humana. El cyber espacio es difusor en tiempo real y de alcance mundial; con memoria que no olvida, conserva, en palabras de la Comisaria Europea de Justicia, Viviane Reading: “Dios perdona y olvida, pero la web nunca”². Internet preserva los malos recuerdos, los errores del pasado de los que nos gustaría renegar. Puede ser, también, una memoria utilizada por rencor, venganza o menosprecio, que podría afectar y alterar la vida de otras personas relacionadas, cualquiera que quiera crear problemas al prójimo puede usarlos.

La intimidad se ve en riesgo ante la recolección y tratamiento de datos personales. Por ello se reconoce la autodeterminación informativa que es un despliegue más de la autonomía individual, en cuanto la persona puede decidir, hasta cierto límite, cuándo y qué información referida a ella, puede ser objeto de procesamiento³. El concepto tradicional de intimidad es diferente a la intimidad de internet. Respecto a esta última expresa Cecile de Terwangne: “En el contexto de Internet, esta dimensión de la privacidad significa autonomía informativa o autodeterminación informativa ... la autonomía individual está en relación directa con la información personal. La libre determinación sobre la información significa tener el control sobre nuestra información personal, es decir, es el derecho de los individuos a decidir qué información sobre ellos mismos será revelada, a quién y con qué objetivo. El derecho al olvido en Internet reconoce una protección a la persona física, cuando esta lo solicita, para dejar de estar presente en la Web a través de los datos que a ella se refieran, requiriendo su eliminación por los mismos medios por los que dichos datos hayan sido incorporados a la red, e intentando alcanzar un equilibrio entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad”⁴.

Si bien los buscadores y las redes sociales no son generadores de información, son sus principales vehículos de transmisión, permitiendo su difusión masiva; y gozan de la

² Citada por DE TERWANGNE, Cecile, en su artículo “Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido”, IDP: revista de Internet, derecho y política = revista d’Internet, dret i política, ISSN-e 1699-8154, N°. 13, 2012.

³ MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Protección de datos personales como derecho autónomo. Principios rectoros. Informes sobre solvencia crediticia. Uso arbitrario. Daño moral y material”, 2003, SAIJ DACC030027.

⁴ DE TERWANGNE, C., ver cita 1.

garantía constitucional que ampara la libertad de expresión, conforme disposiciones de la Ley 26.032.

Aquí es donde entran en tensión los derechos personalísimos (a la intimidad, imagen, identidad y honor individual), con la libertad de expresión y el derecho a la información colectiva.

Es necesaria alguna herramienta legal que permita solucionar la situación, muchas veces injusta, por la que atraviesa quien aparece vinculado actualmente a una información antigua y negativa sobre su persona y que lo transforma, en los hechos, en prisionero de su pasado⁵.

Entre los derechos que se reconocen a los titulares de los datos en las normas que regulan el derecho a la protección de los datos personales (usualmente denominados “derechos ARCO”), los que se vinculan directamente con el derecho al olvido son tres: el de acceso a los datos, el de cancelación de los datos y el de oposición al tratamiento de los datos. Es procedente vincularlo con el principio de calidad de los datos, que en nuestro país está contenido en el art. 4º inc. 1º de la ley 25.326- Protección de los datos personales y hábeas data: “Los datos personales que se recojan a los efectos de su tratamiento deben ser ciertos, adecuados, pertinentes y no excesivos en relación al ámbito y finalidad para los que se hubieren obtenido” y en el inc. 7º: “Los datos deben ser destruidos cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a los fines para los cuales hubiesen sido recolectados”. Como consecuencia de ello, si un dato no reúne los requisitos establecidos en la referida norma, quedan habilitadas diversas facultades que también están establecidas en la ley (actualización, rectificación, eliminación, bloqueo, etc.), que incluyen la eliminación del dato de la base de datos.

La consecuencia jurídica sería que esos datos se “olviden”, se borren o se desindexen de los motores de búsqueda, a solicitud de su titular en razón de que por el transcurso del tiempo han devenido inútiles o nocivos para él mismo. El ejercicio de este derecho crea tensión con el derecho a la información y a la libertad de expresión.

El derecho al olvido se presenta como una alternativa que, en ciertos casos, permite conciliar los derechos fundamentales en pugna, aportando la alternativa de desvincular de los motores de búsqueda el nombre de la persona interesada con relación a los contenidos que describen el hecho pretérito que se busca “olvidar”, o que no es relevante para el conocimiento general.

No se pretende que la información se torne privada, sino que no resulte accesible cada vez que se introduce el nombre de la persona que protagonizó la información en el buscador. Por lo tanto, esta información seguirá existiendo cada vez que alguien quiera ejercer su derecho a investigar, ya que estará accesible en las páginas respectivas, o en las hemerotecas de los diarios digitales⁶.

Comparto la opinión de María Julia Fornari⁷ en el sentido de que el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) in re “Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: Acciones relacionadas”, reconoce implícitamente el derecho

⁵ PUCCINELLI, Oscar, El derecho al olvido digital. La nueva cara de un derecho tan viejo como polémico. <https://revistas.ubp.edu.ar> Revista Derecho Constitucional, UBP, Año 1, Número 1, pág. 80-93.

⁶ FORNARI, María Julia, “El derecho al olvido digital como tutela de los derechos personalísimos”, ponencia presentada ante la Comisión No 1: Derechos Personalísimos y nuevas tecnologías, XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mendoza, 22,23 y24Septiembre de 2022.

⁷ FORNARI, María Julia, ver cita 5.

al olvido digital, al definir los límites de su aplicación, y resolver su inaplicabilidad en supuestos que involucren datos o información de personalidades públicas, y/o temas de interés público en los que esta prerrogativa, colisiona con los principios liminares de la libertad de expresión.

2. Derecho al olvido. Concepto.

Laura Silberleib expresa que el “derecho al olvido”, también llamado “derecho a ser olvidado” garantiza, a las personas físicas que así lo requieren, que la información que se haya publicado sobre ella en Internet sea removida de la Web bajo ciertas condiciones y por los mismos medios por los que fue incorporada, protegiendo así sus derechos a la intimidad, al honor, y a la dignidad, en un sano equilibrio con el derecho a la información y a la libertad de expresión, todos ellos englobados dentro de los derechos personalísimos⁸.

Fernández Delpech lo define como un derecho que tiene toda persona física o jurídica de exigir a los sitios web motores de búsqueda, la supresión de información o datos personales que ya no son necesarios para la finalidad por la que fueron tratados o por el tiempo transcurrido o por ser inapropiados irrelevantes o desactualizados⁹.

Vaninetti (2011) lo define como la facultad que tiene un individuo o su familia de que no se traigan al presente hechos verídicos realizados en el pasado, deshonrosos o no, y que por el transcurso del paso del tiempo no son conocidos socialmente, pero que al ser divulgados ocasione un descrédito público.

Según la definición que brinda Cecile de Terwangne (2012) en su artículo “Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido”, el derecho al olvido, también llamado derecho a ser olvidado, “es el derecho de las personas físicas, persona humana, a hacer que se borre información sobre ellas después de un período de tiempo determinado”.

El Derecho al olvido en Internet ha sido tratado por la Unión Europea, en la Sentencia del Tribunal de Justicia, TJUE, (Gran Sala) del 13 de mayo de 2014, en el caso C-131/12 (Google Spain SL, Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González). El Tribunal declara que debe interpretarse que la actividad de un motor de búsqueda, que consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado, debe calificarse de «tratamiento de datos personales». También enuncia que para respetar y proteger los derechos de las personas físicas en cuanto a la difusión de sus datos en Internet, el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar, de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona, los vínculos a las páginas web publicadas por terceros y que contienen información relativa a dicha persona, también en el supuesto de que su nombre o información no se

⁸ SILBERLEIB, Laura, “El Derecho al olvido y la persistencia de la memoria”, laura.silber@gmail.com. Universidad de Buenos Aires, Argentina. Información, cultura y sociedad: Revista del Instituto de Investigaciones Bibliotecológicas, núm. 35, 2016. Universidad de Buenos Aires.

⁹ FERNÁNDEZ DELPECH, Horacio, “Derecho al olvido en internet”, LL 2015-F-489.

borren previa o simultáneamente de estas páginas web, y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita¹⁰.

La Justicia hizo lugar a lo peticionado por la parte actora y le ordenó a Google que desvinculara el nombre del ciudadano español Mario Costeja con aquellas publicaciones que enlazaban información vinculada a una deuda de la seguridad social. La misma había sido publicada en un periódico de difusión nacional 16 años atrás, y si bien lo que se comunicaba era veraz, esa deuda comercial carecía de actualidad.

La decisión del TJUE no innovó con respecto a los principios que aplicó para la protección de los derechos personalísimos de la persona, la novedad de la decisión fue el traslado de los principios de la directiva al espacio digital que hasta ese momento estaba exento de su aplicación. Resulta de aplicación a los buscadores que no estén radicados en Europa.

¿Cómo se entera el particular si se removió o no? El buscador incorpora una leyenda: “Algunos resultados pudieron haber sido removidos por disposición de la ley europea de protección de datos. Ver más”.

3. Derecho al olvido: posible solución.

La mayoría de las personas desconoce lo que es internet, cómo funciona, está a disposición y se utiliza, pero se desconoce a dónde nos llevará. Algunas personas toman algunos resguardos, pero surgen interrogantes: ¿es posible que el usuario defina sus propias categorías de contactos? ¿Es posible para el usuario controlar lo que un tercero haga con sus datos? ¿Existen intromisiones ilegítimas de la red social o terceros a los que se otorga acceso?

En Internet se encuentran al menos dos dificultades. La primera, es difícil controlar a quién se está divulgando información. Los datos personales pueden ser brindados por el titular de los datos de modo voluntario sin ningún tipo de restricción si se construyó un perfil público, o seleccionando el grupo destinatario de su comunicación, perfil semi público. Lo que se haya decidido dar a conocer a ciertos destinatarios, no necesariamente se quiere que sea accesible a otras personas ajenas a ese círculo. Puede haber ataques de sus pares, aun de modo anónimo.

La información también puede ser difundida a través de los buscadores de Internet, conocidos como motores de búsqueda –Google entre ellos– ya que estos sistemas realizan exploraciones informáticas en respuesta a una solicitud de información sobre un tema determinado. Los buscadores se encuentran permanentemente recogiendo datos de los archivos almacenados en servidores a través de una araña web o “spider”, y generalmente responden a la solicitud de los usuarios –realizada a través de palabras clave o con árboles jerárquicos– desplegando el resultado a lo largo de un listado de direcciones web entre las que figuran los datos vinculados con las palabras claves ingresadas originalmente.

La otra dificultad se refiere al momento en que se produce la divulgación. Lo que se ha dado a conocer en un momento de la vida, no se quiere que esté permanentemente disponible.

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de la Unión Europea de fecha 13/5/2014 en autos “Google Spain, S.L. y Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de datos”; C-131/12.

Atento las características que presenta el cyber espacio, difusor en tiempo real y de alcance mundial, se plantea la cuestión del reconocimiento o no de un derecho a ser olvidado, si debe conferirse esta posibilidad a las personas afectadas; ya sean privadas o públicas, ya que éstas pueden ver reducida su intimidad en internet pero también la tienen.

Es una cuestión sobre la que es necesario reflexionar y debatir. Si es conveniente legislar para garantizar la libre determinación de las personas, acompañando la eventual necesidad de un individuo de ser diferente al que fue hasta un momento específico de su existencia, sin avasallar el derecho a la información de la sociedad en el ámbito jurídico, periodístico, en el desempeño en la función pública o en temas de interés histórico. O si por el contrario deben ser los magistrados los que decidan el camino a seguir en cada caso concreto.

Las razones expresadas en párrafos anteriores me llevan a propiciar que se incorpore al sistema legal argentino el derecho que tiene toda persona de exigir a los sitios web motores de búsqueda, la supresión de información o datos personales que ya no son necesarios para la finalidad por la que fueron tratados o por el tiempo transcurrido o por ser inapropiados, irrelevantes o desactualizados¹¹. Permitir que la persona afectada en su dignidad, honor, por divulgación de datos, imágenes, pueda tomar el control de su información personal.

4. Por qué legislar.

Al estar en juego derechos de jerarquía constitucional (arts. 14, 19, 33 de la Constitución Nacional), y supra constitucional reconocidos en tratados internacionales (Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), entre otros), reforzados por el Código Civil y Comercial (CCyC arts. 51, 52, 53, 55, 1770 y 1771), considero que resulta conveniente dictar un marco legal que aporte mayores certezas para resolver conflictos entre ellos al posibilitar el alcance de criterios interpretativos judiciales homogéneos.

La cuestión no es escoger un derecho a priori para proteger, dar preeminencia automática a un derecho sobre otro. En cada caso, y según sus circunstancias concretas, deberá prevalecer uno u otro y el juez a cargo será el que decida cuál habrá de prevalecer en el caso que resuelve.

El Dr. Marcelo López Mesa expresa en uno de sus votos: “La libertad de expresión, como el derecho al honor poseen rango constitucional, pero a ninguno de dichos derechos puede concederse carácter absoluto o prevalencia, haciéndose preciso en cada supuesto de colisión de los mismos la fijación de los respectivos límites de cada uno, para determinar si el ejercicio de la primera a través de la manifestación de opiniones afecta o no a la dignidad personal del sujeto aludido”¹².

¹¹ RIVERA (h), Julio, “Lesión a la intimidad de la persona”, *Protección jurídica de la persona. Homenaje al Dr. Julio C. Rivera*, LL, Bs. As., p. 202. El autor cita un fallo que sostuvo que “la difusión de hechos de la vida de un juez de familia ocurridos en su juventud, mucho antes de su designación, concernientes a la relación con una mujer que lo había demandado por filiación, exceden notablemente aquellas circunstancias que encuadrarían en el concepto de interés prevaleciente de la sociedad”.

¹² Voto del Dr. Marcelo LÓPEZ MESA en la CACC Trelew, Sala A, del 9/02/2009, en autos “Novoa, L. A. c/ El Diario de Madryn S.A. y otra s/ Daños y Perjuicios”, Eureka, con cita de una sentencia del Tribunal

Al no existir normas expresas que traten la cuestión a veces se recurre a legislación o jurisprudencia extranjera, o al “derecho flexible” encontrando una comprensión en el conjunto social, estableciendo relaciones con otros componentes de índole económico, político y ético. Esto amplía el margen de discrecionalidad del magistrado interviniente.

La respuesta no puede ser global, uniforme para todos los planteos, ya que depende de las características del caso, y de la cultura, idiosincrasia e historia de cada país.

El juicio de “balanceo”, con el que nuestra jurisprudencia generalmente resuelve estos casos, requiere del principio de proporcionalidad y no cabe prescindir del “peso abstracto de los derechos”, ya que “en ocasiones puede ocurrir que uno de los principios tenga una mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción predominante de la sociedad”, como la libertad de información frente a la difusión de opiniones o valoraciones¹³. Se requiere prudencia, realismo y razonabilidad (arts. 51, 52, 53, 55 y concs., CCyC).

El criterio preponderante es que las cuestiones de interés público son objeto de preferente protección, en orden a la primacía de la libertad de expresión e información. En caso de funcionarios públicos el resguardo de la privacidad es más débil.

La carga de la argumentación y la prueba recae en quién procura la desvinculación de su nombre, es decir, acreditar que el derecho personalísimo que considera perjudicado es más fuerte que la afectación sobre la información pública que pudiera verse limitada¹⁴.

La necesidad de legislar está respaldada por diferentes Convenciones. La idea de que las injerencias que una persona puede padecer en su vida privada están justificadas si hay un interés público en su develación, tiene sustento en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en textos constitucionales, legales y en la doctrina y jurisprudencia. El CEDH dice que las invasiones en este derecho sólo están justificadas “en tanto y en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás” (CEDH, 4 de noviembre de 1950, artículo 8,2.). La CIDH prescribe que “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1960, artículo 11,2.).

5. Antecedentes legislativos nacionales.

En nuestro país, hasta no hace mucho tiempo, cuando se hablaba de esta figura se hacía referencia únicamente a la posibilidad de que una persona solicite la eliminación de

Supremo de España, Sala 1ª, 1/10/02, sent. Nº 913/2002, ponente: Sr. Almagro Nosete, en sist. Inform. El Derecho (Esp.), caso 2002/37154.

¹³ GALDÓS, Jorge M., “Cesación del daño en las redes sociales - Principales estándares valorativos”, RC Boletín diario 25 de julio de 2022. Cita: 397/2022.

¹⁴ PAGÉS, H., “resulte recomendable exigir a quien pretende la desvinculación de su nombre a contenidos publicados en Internet, que justifique la razonabilidad de su pedido a la luz de criterios que muestren que los derechos personalísimos afectados presentan mayor robustez que el derecho a la información pública que pueda verse limitado o postergado a raíz de su pedido de desindexación o desvinculación de los enlaces” (L. L. del 28-4-20).

informaciones crediticias adversas y cuya procedencia estaba vinculada al paso de un determinado lapso. El ap. 4 del art. 26 de la Ley 25326 de Protección de Datos Personales, LNPDP, y su Decreto reglamentario (Dc 1558/01) establecen que sólo se podrán archivar, registrar o ceder los datos personales que sean significativos para evaluar la solvencia económico-financiera de los afectados durante los últimos cinco años. Dicho plazo se reducirá a dos años cuando el deudor cancele o de otro modo extinga la obligación, debiéndose hacer constar dicho hecho. Varios son los proyectos presentados con el propósito de reformar e incluso derogar la ley 25326, que protege el uso de datos.

Entre quienes se pronuncian por legislar sobre derecho al olvido, no hay aun consenso a fin de determinar si debiera incorporarse como anexo de LNPDP o debiera formularse una ley especial, ya que la protección que se pretende lograr con la regulación es más amplia que la establecida en la referida norma.

De los proyectos de ley presentados considero que el del año 2019, sobre derecho a la supresión/desindexación (derecho al olvido), presenta una formulación adecuada. En su artículo 3 expresa: Artículo 3°. Toda persona titular de derechos personalísimos, podrá solicitar la eliminación de determinados vínculos a páginas web, indexados por los proveedores de servicios de búsqueda en Internet, como consecuencia de una búsqueda efectuada a partir de su nombre, que contengan datos o información verídica, que no sean relevantes, pertinentes o adecuados, o sean excesivos según los fines para los cuales fueron tratados, y que resulten lesivos para el usuario. Dicha eliminación podrá solicitarse, aún en el supuesto que la información no se borre previa o simultáneamente de las páginas web, y que la publicación en dichas páginas sea lícita. No podrá requerirse la eliminación de resultados que se relacionen con acontecimientos de interés público, o con fines científicos o culturales, en los cuales, el acceso a la información de que se trate esté justificado por un interés jurídico preponderante.

Con respecto al modo de hacerlo efectivo dispone en el art. 4°. que se deberá diseñar un Formulario de Supresión de Resultados de Búsqueda, y en el art. 5° que los proveedores de servicios de búsqueda en Internet deberán instrumentar el formulario a fin de garantizar el ejercicio del derecho de supresión contemplado en el art. 16 de la Ley 25.326.

6. Antecedentes jurisprudenciales nacionales

El criterio seguido por la Corte Suprema de Justicia (CSJN) de nuestro país en cuestiones referidas al derecho al olvido, es coincidente con el de la mayoría de la jurisprudencia del TEDH y de la CIDH, en el sentido de que el medio para dilucidar la legitimidad en la restricción a un derecho es el “test” de proporcionalidad. Un rasgo común y uno de los requisitos exigidos para que la medida restrictiva del derecho sea legítima, es que persiga y satisfaga el interés público o una necesidad social imperiosa.

En cada caso concreto se distingue si se trata de figuras públicas y de hechos de interés general para realizar una ponderación y un balance entre los derechos y analizar si está justificada una limitación a la libertad de expresión: las cuestiones de interés público constituyen el límite. Se ha señalado en distintos pronunciamientos y se mantiene en el caso Natalia Denegri donde la actora solicita que deje de vincularse con su nombre videos sobre hechos ocurridos hace más de veinte años relacionados con el caso Coppola, que Google y YouTube siguen mostrando en su página principal. El pedido es rechazado por considerar que se trata de información de interés público sobre un tema

que aún lo mantiene y “mediando interés público (artículos 31 de la ley 11.723 y 53 del Código Civil y Comercial de la Nación), no puede reputarse ilícita la reproducción del contenido de los registros de video en internet”¹⁵.

En otro caso en el que el pedido fue formulado por un funcionario público, no se admitió el cese de la difusión de determinados URLs cuando se efectuara una búsqueda con el nombre y apellido del peticionante, porque las expresiones contenidas en las páginas de Internet que se indican como presuntamente agraviantes son acusaciones contra un funcionario público en relación a hechos relativos al ejercicio de su cargo, revistiendo un indubitable interés público¹⁶.

En cambio, cuando la información no se vincula con el interés público, sino que es del ámbito privado, sí se hizo lugar a la acción de habeas data articulada por la actora contra la empresa propietaria del motor de búsqueda de internet demandada y, en consecuencia, se ordenó bloquear las URLs que fueron denunciadas en la demanda y por las que fue intimada, siempre que hagan referencia a la información vinculada con el fallecimiento de su padre. La prueba aportada permitió presumir fundadamente que las circunstancias que precedieron a la muerte del padre de la reclamante difirieron sustancialmente de los relatos que efectuaban los contenidos cuestionados (que falleció con motivo de un supuesto encuentro sexual con una mujer conocida en los medios). La información brindada afectó sus derechos personalísimos, sin que pueda reconocerse la presencia de algún interés público en su difusión, se configuró un supuesto en el cual, por no estar en juego la libertad de expresión, por la naturaleza de la información y el tiempo transcurrido puede reputarse como legítima la adopción de una medida de bloqueo circunscripta a contenidos ya existentes e identificados con precisión¹⁷.

En un reciente fallo de la Corte de Justicia de Salta se ordena a la División de Antecedentes de la Policía de la Provincia de Salta, se abstenga de informar respecto de los antecedentes penales del actor, sobre las causas de “falsificación” y “lesiones y amenazas”, pues la antigüedad del dato -casi 40 años y 30 años- y principalmente el hecho de que se trate de actuaciones penales en que no habría recaído sentencia condenatoria, además de que los tribunales que debieron juzgar han desaparecido debido a una reforma del CCP, permite advertir la inutilidad e impertinencia de aquella registración para cumplir los fines a los cuales se encuentra encaminada. El tribunal aplica la Ley 25326 que consagra también el derecho al olvido respecto a los datos personales registrados con fines policiales, que deberán cancelarse cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento¹⁸.

¹⁵ CSJN 28.06.2022 “Denegri Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: Acciones relacionadas”
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7765751&cache=1656433432111>

¹⁶ CSJN 3-dic-2019, “Paquez José c/ Google Inc. s/ medidas precautorias”, Cita: MJ-JU-M-122283-AR | MJJ122283 | MJJ122283

¹⁷ CNApelCivCom Fed. Sala II, 21/04/2021, “Pompilio, Natalia Andrea vs. Google Inc. s. Habeas data (Art. 43, Constitución Nacional)”; RC J 2053/21.

¹⁸ CSJ, Salta, 01/02/2022; RC J 2174/22, “L. S., J. O. vs. Policía de la Pcia. de Salta s. Hábeas data - Recurso de apelación”.

7. Límites y lineamientos a considerar en una futura regulación.

El derecho al olvido no es un derecho absoluto, es necesario que una ley establezca los límites, determine las pautas a seguir y los mecanismos para facilitar su concreción. El primer límite son las cuestiones de interés público no del interés del público. Se debe dar prioridad al derecho a la información cuando los hechos que se revelan presentan un interés específico para su divulgación, hechos o acontecimientos con relevancia social, que traten sobre cuestiones que lesionan el bien común, al interés general.

El derecho a la información debe anular el derecho al olvido cuando la información esté relacionada con un tema de interés histórico, o esté vinculada al ejercicio de la actividad pública por parte de una figura pública¹⁹.

El consentimiento brindado por la persona al proporcionar datos en las redes es un límite, y si no fuera el afectado quien divulgó la información, sino que hubiese sido de manera anónima no habría legitimado pasivo contra quien dirigir la acción.

Debiera quedar determinado que la libertad de expresión cede si los derechos personalísimos afectados fueran titularizados por personas menores de edad, ya que existe protección convencional preferente para niños, niñas y adolescentes. La CDN, establece en su art. 16 “1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”.

La Observación General núm. 25 (2021) de las Naciones Unidas relativa a los derechos de los niños en el entorno digital expresa que “todos los niños deben tener acceso equitativo y efectivo al entorno digital de manera beneficiosa para ellos. Deben tomarse medidas para prevenir proactivas que sufran discriminación si reciben comunicaciones que transmiten odio o un trato injusto cuando utilizan esas tecnologías”. El interés superior del niño merece consideración especial.

Si los afectados son personas vulnerables hay pluralidad de fuentes jurídicas de distinta jerarquía -convencional, constitucional y leyes nacionales- que protegen su intimidad con tutela reforzada o preferencial de personas menores de edad, ancianos, “analfabetos digitales”, víctimas de violencia de género, “escraches digitales” o “pornovenganza”. La jurisprudencia nacional les reconoce preeminencia²⁰.

Señala Sandra Wierzba²¹ que si la difusión de hechos o imágenes que afecte a personas menores de edad, tiene origen en el ámbito intrafamiliar se formulan órdenes de abstención de nuevas publicaciones, eliminación y bloqueo de contenidos, con prevalencia de los derechos personalísimos.

Se impone la necesidad de actualizar la Ley de Protección de Datos Personales, pues resulta insuficiente para proteger la privacidad de las personas, frente al avance de la tecnología que superó muchas de sus previsiones.

¹⁹ DE TERWANGNE, Cecile, ver cita 1.

²⁰ GALDÓS, Jorge M., “Cesación del daño ...”.

²¹ WIERZBA, Sandra, “Derechos personalísimos y nuevas tecnologías”, exposición realizada en las Pre-JNDC «Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe», 14 y 15 de octubre 2021- plataforma virtual de LLOnline.

A este fin sería conveniente seguir los lineamientos del Reglamento General 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo (RGDP)²² porque al sumarse nuestro país al Convenio 108+ en septiembre 2019, de reciente ratificación, asume el compromiso de mantener su marco regulatorio interno conforme a los estándares internacionales actuales, en gran medida demarcados por la nueva normativa europea. El RGDP regula el derecho de supresión o al olvido en el art. 17. La regla general es que el titular de datos personales tiene derecho a obtener sin dilación la supresión de sus datos personales en las circunstancias que se enumeran, por ejemplo, cuando ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o sean tratados de otro modo, cuando retire el consentimiento según lo previsto en la propia ley, cuando se oponga al tratamiento en los casos que la ley prevé, cuando hayan sido tratados ilícitamente.

En el apartado 3° de esa norma se establecen excepciones expresas, según las cuales el titular de los datos no puede pedir la supresión cuando el tratamiento sea necesario para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información; para el cumplimiento de una obligación legal que requiera el tratamiento de datos impuesta por el derecho de la Unión o de los Estados miembros; por razones de interés público en el ámbito de la salud pública; con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos.

El límite está dado por la relevancia del interés público, lo que exige la permanencia y libre acceso a la información.

Otro aspecto importante es que las disposiciones deberán exigir el uso ético de las tecnologías (de la inteligencia artificial (IA) en general y de las tecnologías de la información y comunicación (TICs) en particular) a fin de no afectar los derechos fundamentales de las personas, reconocidos en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Así lo manifiesta el considerando 23 del fallo de la CSJN en “Denegri” al establecer un principio rector para el legislador que actualice la Ley de Protección de Datos Personales: “...cabe destacar la existencia de un foro de discusión mundial acerca del modo de compatibilizar los problemas que en algunas ocasiones podrían suscitarse entre los mencionados derechos y el funcionamiento de los sistemas de algoritmos (como ejemplo de los temas en debate en la materia, puede consultarse las “Directrices Éticas para una IA fiable”, Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial creado por la Comisión Europea en junio de 2018)”²³.

8. Dificultades para lograr eficacia. Reflexión.

Si bien las redes sociales tienen características positivas, también exhiben una faz negativa porque pueden constituir instrumentos de hostigamiento, de mensajes de odio y de violencia. Estos efectos se agravan por la velocidad de la difusión y continuidad del daño mediante la viralización del hecho nocivo y el eventual anonimato del dañador.

Hay límites técnicos de la aplicación del derecho a ser olvidado, la implementación práctica es dificultosa. Primero hay que solicitar al editor del sitio web en cuestión que

²² Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y Consejo 27.04.2016 con entrada en vigencia el 25.05.2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento y libre circulación de sus datos personales. <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>

²³ Ver cita 14.

elimine los datos problemáticos, después de que el editor haya accedido a la solicitud, la información seguirá estando disponible en los resultados presentados por los motores de búsqueda en la memoria caché durante un tiempo. La siguiente indexación del sitio web puede tardar unos días o semanas antes de que la nueva versión sustituya a la anterior en la memoria caché. Durante todo el tiempo que los datos hayan sido de dominio público, las personas interesadas en la información pueden haberla descargado y divulgado. Es algo que nunca sabremos con certeza. Si descubriéramos que de una forma u otra la información ha circulado (porque los que hubieran descargado la información la hubieran vuelto a publicar en su sitio web, por ejemplo) tendríamos que volver a repetir el proceso de limpieza. Es necesario considerar la falta de neutralidad de los algoritmos utilizados por los buscadores, e incluso relativas a aspectos técnicos que impiden modificar la información existente en la red (por ejemplo, cuando se emplea tecnología Blockchain), lo que deberá ser paliado o resuelto por el legislador.

Existe una enorme disparidad entre el particular y las redes, éstas con poder de expansión y recursos frente a la vulnerabilidad del usuario. La multiplicación de vínculos hace cualquier eliminación de datos difícil y costosa.

La mayoría de las personas no advierte los permisos que otorga al firmar las condiciones que imponen las redes para su ingreso. En expresiones de Sandra Wierzba se firman contratos con “cláusulas presidiarias”: presión por pertenecer y sofisticación de la oferta a usuarios que va mucho más allá de la abusividad; se cede el mundo privado²⁴.

Se solicita permiso para usar el nombre, foto del perfil e información sobre las acciones que se realizan con anuncios y contenido patrocinado: “Nos concedes permiso para usar tu nombre y foto del perfil e información sobre las acciones que realizas en Facebook junto a anuncios, ofertas y otro contenido patrocinado que mostramos en nuestros Productos, o en relación con ellos, sin que recibas compensación de ningún tipo”.

Todos estos datos son muy valiosos desde un punto de vista económico. Mantener durante mucho tiempo todas estas huellas inconscientes es fundamental para las empresas de Internet debido al modelo económico de la oferta de servicios. La mayoría de los productos o servicios de información son aparentemente gratuitos, mientras sean financiados por la publicidad individualizada y publicidad comportamental, lo que sin duda limita la posibilidad de borrar dicha información.

Los mecanismos técnicos de funcionamiento de internet y las redes resultan de difícil comprensión y resultan ajenos al conocimiento de la generalidad de los usuarios. El Parlamento Europeo ha propuesto una medida que podría obligar a revelar los algoritmos de los buscadores. La CSJN en el caso Denegri señala la necesidad de asumir hacia el futuro la problemática de ciertos aspectos del funcionamiento de los algoritmos de los que se sirven los motores de búsqueda, para que resulten más entendibles y transparentes para los usuarios, hoy sujetos a la decisión de aquellos. Por su parte Google anunció una iniciativa para proporcionar “actualizaciones algorítmicas para mostrar contenido más fidedigno” en un esfuerzo por evitar la presencia de información intencionalmente engañosa, falsa u ofensiva en los resultados de búsqueda.

El RGDP es sin dudas un modelo a seguir, como instrumento moderno de regulación en la materia, dado que sienta las condiciones para quienes, en un entorno globalizado con

²⁴WIERZBA, Sandra, “Derechos personalísimos y nuevas tecnologías”, exposición...ver cita 4.

crecientes flujos transfronterizos de datos, quieran dinamizar su economía a través del intercambio de bienes y servicios, con las garantías adecuadas para la protección de los datos personales de sus ciudadanos.

9. Conclusiones

El derecho al olvido ejercido con límites es una respuesta adecuada para que las personas logren protección para la libertad de autodeterminación digital. Es conveniente una regulación legal que fije los límites, determine pautas a seguir y establezca mecanismos para facilitar su concreción.

En el necesario equilibrio entre derechos, la libertad de información debe prevalecer cuando los hechos que se revelan tratan sobre cuestiones de interés general o lesionan el bien común.

El consentimiento previo brindado al proporcionar de modo voluntario las imágenes o hechos que luego se pretende desindexar o borrar, limita el ejercicio del derecho al olvido digital. No puede facultarse sin más a que cada uno construya un pasado a su medida, obligando a los editores de páginas web o a los gestores de los motores de búsqueda a eliminar el tratamiento de sus datos personales cuando se asocian a hechos que no se consideran positivos, pues en algunas ocasiones afectaría el conocimiento de información de relevancia social. Además, es difícil determinar si la información que se pide eliminar de Internet es realmente falsa, obsoleta o sin interés público

La ciencia y la tecnología seguirán avanzando, no se detendrán, seguirán aportando novedades, pero no traerán la respuesta de cómo deberán usarse. Están a disposición del ser humano y será él quien deba reflexionar y decidir qué hacer con ellas, si será para beneficio de todos o será para unos pocos, si serán de uso público o privado. Habrá que releer el marco jurídico, ético y moral. Depende de lo que la sociedad haga con ello, reflexione y decida, lo que sucederá depende de lo que se resuelva.

Por tanto, como sociedad y como usuarios de internet no podemos librar completamente ni al Estado, ni a los intermediarios la responsabilidad de nuestros datos, sino que debemos tomar conciencia de cuáles son los efectos de una participación imprudente en las redes. Éstas son un gran espacio para la libertad o un gran controlador.

Vale considerar las expresiones de De Lorenzo²⁵ cuando nos dice que el ordenamiento jurídico realza el valor de la autodeterminación al punto que la dignidad, de algún modo, se realiza y confunde conceptualmente con la libertad y autodeterminación del propio individuo. La dignidad opera aquí como un derecho. Ahora bien, desde otro plano, cuando el acto de la persona trasciende a sí mismo y se concreta o intenta realizar *con o a través de la relación con un tercero*, la dignidad humana como parte del orden público, actúa como el fundamento de deberes para el propio individuo. El sujeto es considerado ya no como acreedor sino como deudor del deber de respeto de su propia dignidad con relación a la totalidad del género humano. Son las dos dimensiones en las que opera la dignidad, y que se condensan en el artículo 51: “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”.

²⁵ DE LORENZO, Miguel Federico, “Repensar al “otro” (Reflexiones sobre el Derecho Civil)”, Revista Jurisprudencia Argentina, 2019 II, fasc. 3, Buenos Aires, 17/4/2019.

Considero que será la educación, la implementación de mayor información y toma de consciencia sobre el cuidado de la dignidad propia y ajena lo que propiciará tanto una red más segura como una mejor protección a la libertad de expresión.