

PERDURABILIDAD DEL DATO, INTERNET E INTIMIDAD. LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO AL OLVIDO A PARTIR DE LA REVOLUCIÓN INFORMACIONAL

*Ricardo Sebastián PIANA**

Fecha de recepción: 7 de enero de 2020

Fecha de aprobación: 13 de marzo de 2020

Resumen

Las informaciones, fotos, preferencias y geolocalizaciones que hoy voluntariamente subimos a las redes sociales crean un perfil digital que puede condicionar nuestro futuro laboral, económico y social.

Cada vez más personas pretenden borrar esta información, pero en Argentina hay pocas precisiones normativas y sólo algunas definiciones jurisprudenciales sobre lo que se ha dado en llamar “derecho al olvido” y que puede colisionar con otros derechos como el de informar, la libertad de expresión y las cláusulas contractuales.

En este artículo analizaremos los principales estudios doctrinarios, normativos y jurisprudenciales, comenzando con un desarrollo conceptual de los autores más destacados en nuestro país y continuaremos con la normativa europea, referencia en la materia que nos servirá de parámetro para delinear este derecho. Luego nos detendremos en la normativa Argentina para finalizar estudiando dos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Como destacaremos en las Conclusiones, existe un notorio vacío normativo que incide en la conceptualización de este derecho y su limitado alcance.

* Abogado graduado de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP – Argentina), doctor en ciencia política por Universidad del Salvador (USAL - Argentina) y doctor en ciencias jurídicas por la Universidad Nacional de La Plata (UNLP – Argentina). Docente de Derecho Público en la UNLP y la USA.

Palabras clave

Derecho al olvido – libertad de expresión – redes sociales – dignidad humana

DATA DURABILITY, INTERNET AND PRIVACY. CONSTRUCTING THE RIGHT TO BE FORGOTTEN FROM THE INFORMATION REVOLUTION

Abstract

The information, photos, preferences and geolocations that we voluntarily upload to social networks today creates a digital profile that can condition our work, economic and social future.

More and more people are trying to erase this information, but in Argentina there are few regulatory details and only a few jurisprudential definitions of what has been called the "right to be forgotten" and which may collide with other rights such as information, freedom of expression and contractual clauses.

In this article we will analyze the main doctrinal, regulatory and jurisprudential studies, beginning with a conceptual development of the most prominent authors in our country and we will continue with European regulations, a reference in the matter that will serve as a parameter to delineate this right. Then we will stop on the Argentine regulations to finish studying two rulings of the Argentine Supreme Court of Justice. As we will highlight in the Conclusions, there is a notorious regulatory gap that affects the conceptualization of this right and its limited scope.

Keywords

Right to be forgotten - freedom of expression - social networks - dignity of human being

1. Introducción

"*What happens in Vegas, stays in Vegas*" es el slogan utilizado por la más conocida ciudad del Estado de Nevada, Estados Unidos, para promocionar su turismo: todo lo que allí pasa queda protegido con un manto de olvido. Pero no podemos decir lo mismo de lo que sucede en internet; por el contrario, "*what happens in Internet, remains forever*". Y esto es un problema no sólo personal sino también social.

Muy pocos de quienes suben a la red aspectos de su vida saben que pierden el control del derecho a su intimidad. En efecto, como ha señalado VANINETTI (2011: 566) “millones de usuarios en el mundo, día a día, constantemente en algunos casos, vuelcan en Internet sus fotos personales, vivencias, comportamientos y preferencias sexuales, ideológicas, religiosas, etcétera, a través de páginas personales, fotolog, foros o en las redes sociales” sin reflexionar en los aspectos negativos ni en que, lo que hoy puede parecer positivo, mañana puede no serlo.

PEYRANO (2014) nos recuerda que muchas veces nuestra "imagen virtual" tiene una impronta propia, esté o no vinculada con el mundo real. Y lo más paradójico es que en el mundo de la hiperconexión, muy pocos ya conocen nuestra imagen real. Con la información volcada y resguarda en los servidores, la intimidad se convierte en información; la información se preserva y la intimidad desaparece. Nuestro pasado está siempre presente y condiciona nuestra vida. Si nuestra memoria es limitada, la capacidad de resguardar información sólo está limitada por la cantidad de *bytes* que los servidores quieran almacenar en nuestras cuentas y casi siempre, sin control para el usuario.

En una cultura que exalta compartir los aspectos de la vida privada y preferencias, que promueve subir nuevos desaffos, que valora la cantidad de seguidores y *likes*, casi nunca leemos qué autorizamos al asociarnos a nuestras cuentas de Twitter, Facebook, Instagram, YouTube, google, etcétera, etcétera. Salirnos de estas redes, no es salir; es sólo desactivarlas: nuestra información sigue allí, nuestras fotos siguen allí, nuestras preferencias aún están. Esto implica un absoluto descontrol de la privacidad (TOMELO, 2014),¹ la imposibilidad de superar nuestros errores o preferencias pasadas.

¿Qué hacer en este contexto? ¿Cómo resguardar nuestra intimidad voluntariamente perdida? ¿Cómo sopesar este derecho con el de libertad de información? Como ha señalado SILBERLEIB (2016: 126) “se ha planteado la necesidad de lograr un equilibrio entre la libre difusión de la información, la protección de los datos personales, y el derecho a estar informado”. En efecto, no hace mucho tiempo ha surgido el derecho al olvido como “el

¹ Sin embargo, como bien ha dicho DE TERWANGNE (2012: 54), “[e]n el contexto de Internet, esta dimensión de la privacidad significa autonomía informativa o autodeterminación informativa” pues la mayoría de las veces es el propio usuario quien sube y quiere compartir esa información, sólo que luego deja de quererlo o la olvida y alguien la recupera, afectándolo en sus preferencias o privacidad actual.

derecho de las personas físicas a hacer que se borre información sobre ellas después de un período de tiempo determinado" (DE TERWANGNE, 2012: 54).

Este derecho puede entrar en colisión con otros derechos fundamentales, tales como el derecho a informar, la libertad de expresión y las cláusulas contractuales que los usuarios aceptaron. Sabiendo que ningún derecho es absoluto, cabe preguntarse ¿se debe olvidar la información de una condena penal firme...? ¿y luego de cuánto tiempo? ¿Si el delito es de corrupción, o una condena por un delito sexual? ¿Si la foto indexada en un buscador es una foto publicada por nosotros mismos...? ¿y si esa foto es de un personaje público? ¿Si las preferencias que publicamos son certeras? ¿Y el derecho colectivo de acceder a la información para formar una opinión pública?

Cada vez más personas pretenden dar de baja la información que está publicada, pero en Argentina hay pocas precisiones normativas al respecto (ZABALE, 2015) y sólo algunas definiciones jurisprudenciales. En esta investigación analizaremos los principales desarrollos doctrinarios, normativos y jurisprudenciales en Argentina. Iniciaremos con un desarrollo conceptual de los autores más destacados en nuestro país, para continuar con la normativa europea, referencia en la materia que nos servirá de parámetro para delinear este derecho. Luego nos detendremos en la normativa en Argentina para finalizar estudiando dos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Como destacaremos en las Conclusiones, existe un notorio vacío normativo que incide en la conceptualización de este derecho y su limitado alcance.

2. La caracterización del derecho al olvido en internet

Como todo derecho nuevo, existen tantas definiciones sobre el derecho al olvido en internet y perspectivas de análisis como autores estudian sobre esta materia.² Así, en nuestro país ha sido entendido como el derecho por el cual ciertas informaciones deben ser eliminadas de los archivos, a) transcurrido un determinado tiempo desde el momento en que acaeció el hecho a que se refieren (PALAZZI, 2009) o b) cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a los fines para los cuales hubiesen sido recolectados (Masciotra,

² Veremos más adelante que como derecho general, el derecho al olvido tiene antecedentes y algunos desarrollos respecto a los registros de antecedentes y/o condenas penales e informes financieros.

2012) o c) a pedido del interesado cuando dicha información pueda ser comprometida o desea preservar su intimidad (ZABALE, 2015), todo ello para evitar que estas informaciones lo puedan perjudicar o poder controlar la información que nos refiera (PALAZZI, 2009).

Las definiciones y fundamentos son variados y un breve *racconto* por la doctrina local puede dar cuenta de ello:

El medio para imponer límites temporales a la información que se puede brindar a través de diversos medios, de Internet o de distintas bases de datos es el derecho al olvido, que podemos definir como el derecho y por consiguiente la facultad de exigirlo del titular de datos a que, luego de transcurrido un período determinado de tiempo, aquéllos se supriman o que se restrinja su acceso en las bases de datos en las que estuvieran almacenados (FARINATI, 2011: s/p)

El derecho al olvido digital como hoy lo conocemos se erige como una peligrosa herramienta, que implementada sin verdadero control, criterio y regulación omnicomprensiva de todas sus aristas, es capaz de esconderle a la sociedad el pasado real de todo lo bueno y todo lo malo que en ella ocurrió, comprometiendo inexorable y negativamente su futuro (FALIERO, 2018: 161).

El derecho al olvido ha sido caracterizado como el principio a tenor del cual ciertas informaciones deben ser eliminadas de los archivos transcurrido un determinado espacio de tiempo desde el momento en que acaeció el hecho a que se refieren, para evitar que el individuo quede prisionero de su pasado ... Este derecho está íntimamente relacionado con otros principios del derecho a la protección de datos personales como ser el principio de finalidad, la calidad de los datos, o aquel que sugiere minimizar la recolección de datos personales a los estrictamente necesarios. El derecho al olvido pretende, en definitiva, hacer más efectivo el control sobre la información personal que terceros detentan sobre el titular de los datos al establecer un límite temporal para el tratamiento de datos personales" (PALAZZI, 2009: 1).

El "derecho al olvido" ... constituye el derecho a exigir que, en determinadas circunstancias, se hagan efectivos límites temporales para el tratamiento de las informaciones referidas, asociadas o vinculadas a las personas (PEYRANO, 2014: 927).

El Derecho al Olvido es el derecho que tiene una persona a que ciertas y determinadas informaciones sobre hechos pasados sean olvidados o dejen de ser informados luego de cierto tiempo. Su fundamento es muy sencillo y radica en la necesidad de enterrar el pasado, dar vuelta la página, dejar prescribir ciertos hechos y de esta forma asegurar la paz social, es pues una forma de prescripción de la información (ZABALE, 2015: s/p).

El derecho al olvido es el derecho que tiene una persona a borrar de internet información sobre sí misma y preservar de este modo su privacidad y sus datos personales. La idea es que ciertos contenidos queden definitivamente enterrados en el cementerio digital y que no resuciten milagrosamente, una y otra vez, mediante la acción del Buscador de Internet (TOMELO, 2014: s/p).

Este derecho apunta a la eliminación de información verdadera, y no de información falsa o incomprobada (VIBES, 2014: 600).

Resulta evidente que la inexistencia de una legislación específica determina un alto grado de indeterminación del derecho al olvido en internet por parte de la doctrina argentina. Así, uno de los aspectos más relevantes que marca PEYRANO (2014) son los vicios de nuestra "personalidad virtual", vicios que van desde la falsedad, la inexactitud, la desactualización, el carácter incompleto frente al transcurso del tiempo (obsolescencia). Así este derecho se fundaría en el deber de exactitud, veracidad, pertinencia, actualidad de la información tratada así como también los medios y las finalidades con que dichos datos son obtenidos y tratados. TOMELO (2014), por tomar otro ejemplo, señala como fundamento los datos personales, la privacidad y el honor de las personas aún cuando reconoce la tensión ante libertad en la circulación de información y contenidos y ciertas previsiones contractuales que los usuarios de páginas aceptan.

3. Antecedentes en la legislación europea

A pesar de existir desarrollos jurisprudenciales relevantes en los Estados Unidos respecto al derecho al olvido en general,³ el derecho al olvido en internet tuvo un amplio desarrollo en Europa a partir de un fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2014 cuando determinó que los particulares tienen derecho a requerir a los buscadores de internet que eliminen contenidos de sus resultados de búsqueda, especialmente si la información es perjudicial, inexacta o carece de relevancia.⁴ El caso había sido incoado por Costeja González contra la Agencia Española de Protección de Datos española, Google Spain SL y Google Inc. para que se elimine su nombre de los buscadores porque aparecía vinculado a un anuncio de subasta de inmuebles relacionados con un embargo por deudas de Seguridad Social en una nota publicada por el diario "La Vanguardia" de enero y marzo de 1998.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en "Google Spain, S.L., Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González" analiza en primer término la responsabilidad los motores de búsqueda, afirmando que éstos tratan datos de carácter personal y como tales son responsables de su tratamiento, finalidad y los medios de dicho tratamiento (TOMELO, 2014; BASTERRA, 2014). Sobre dicha base entendió que la actividad de un motor de búsqueda puede afectar derechos fundamentales como la privacidad y la protección de datos personales, y que el gestor de ese motor, debe garantizar que se respeten las exigencias de entonces Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

En segundo lugar, el Tribunal determinó las obligaciones que le corresponden al responsable del tratamiento de datos afirmando que, de acuerdo al artículo 6° de esa Directiva, el responsable del tratamiento debe asegurar que los datos personales sean

3 Suprema Corte de los Estados Unidos (1989) *in re Department of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press*, sentencia del 22 de marzo de 1989, en 489 U.S. 749.

4 Señala TOMELO (2014) que en Europa pueden encontrarse las raíces del derecho al olvido en el llamado *le droit a l'oubli* como el derecho de un condenado a oponerse a la publicación que informe un crimen cuando ya ha cumplido su condena.

tratados de manera lícita, que sean recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos y que la actividad no se desarrolle de manera incompatible con estos fines. De allí que entendió que el responsable debe adoptar todas las medidas razonables para que los datos que no responden a estos requisitos sean suprimidos o rectificadas.

Por último, el Tribunal analizó el alcance de los derechos del interesado. Al respecto, señaló que la información contenida en los anuncios resulta lesiva para su vida privada y que, en razón de que la publicación inicial se remonta dieciséis años atrás, el actor tuvo razones suficientes para que esa información ya no se vincule ni se indexe a su nombre con base a su derecho fundamental a la protección de datos personales y derecho a su intimidad o vida privada (PALAZZI, 2015; TOMELO, 2014; PEYRANO, 2014).⁵

La actual regulación europea, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, fija en su artículo 17 el derecho de supresión o derecho al olvido señalando que:

1. El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo;
- b) el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento ... y este no se base en otro fundamento jurídico;
- c) el interesado se oponga al tratamiento ... y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento ...;

⁵ Debemos destacar algunas otras consideraciones del fallo: la protección de datos personales prevalece, con carácter general, sobre el mero interés económico de los buscadores pero asimismo, se reconoce que el derecho al olvido puede superponerse y ser prevalecido por intereses públicos (cfr. PEYRANO, 2014).

- d) los datos personales hayan sido tratados ilícitamente;
- e) los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento;
- f) los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información.⁶

En cuanto a los aspectos procedimentales el Reglamento determina que el responsable del tratamiento, teniendo en cuenta la tecnología disponible y el coste de su aplicación, adoptará medidas razonables, incluidas medidas técnicas, con miras a informar a los responsables que estén tratando los datos personales de la solicitud del interesado de supresión de cualquier enlace a esos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos.

Ahora bien, para la Unión Europea, el derecho de supresión se encuentra limitado cuando el tratamiento del dato sea necesario para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información, para el cumplimiento de una obligación legal o por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, entre otros.

4. Antecedentes en el derecho argentino

Aún antes de la sanción de la Ley de Protección de los Datos Personales, los tribunales argentinos habían reconocido el derecho al olvido en materia de información crediticia (BASTERRA, 2014). Hoy, respecto a la información crediticia y los registros y bancos de datos creados con esta finalidad, la ley 25.326⁷ establece que (art. 26):

⁶ Cfr. [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=es>].

⁷ Esta norma tiene su fuente en el derecho constitucional que sólo garantiza el derecho de supresión, rectificación, confidencialidad o actualización en caso de falsedad o discriminación. En efecto, en lo referente a los datos personales obrantes en los registros o archivos estatales o privados destinados a proveer informes, el artículo 43 de la Constitución Nacional, salvaguarda el derecho de acceso para conocimiento y finalidad, teniendo derecho en caso “de falsedad o discriminación, para exigir la

1. En la prestación de servicios de información crediticia sólo pueden tratarse datos personales de carácter patrimonial relativos a la solvencia económica y al crédito, obtenidos de fuentes accesibles al público o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento.
2. Pueden tratarse igualmente datos personales relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones de contenido patrimonial, facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés.
3. A solicitud del titular de los datos, el responsable o usuario del banco de datos, le comunicará las informaciones, evaluaciones y apreciaciones que sobre el mismo hayan sido comunicadas durante los últimos seis meses y y el nombre y domicilio del cesionario en el supuesto de tratarse de datos obtenidos por cesión.
4. 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.
5. La prestación de servicios de información crediticia no requerirá el previo consentimiento del titular de los datos a los efectos de su cesión, ni la ulterior comunicación de ésta, cuando estén relacionados con el giro de las actividades comerciales o crediticias de los cesionarios.

Señala MASCOTRA (2012) que no puede ser objeto de tratamiento cualquier dato aún cuando ese dato sea veraz sino sólo aquel que tenga significación y vinculación con la situación económico-financiera del titular del dato. Así, los criterios de pertinencia, especificidad, adecuación y finalidad son los criterios específicos para la información

supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos" mediante el procedimiento expedito del habeas data.

financiera y comercial.⁸ En lo que respecta al derecho al olvido, el inciso 4° del artículo 26 de la ley 25.326 limita la vigencia del dato a cinco años, plazo que se reduce a dos cuando esa obligación se haya cancelado o extinguido. Estos datos “obsoletos” deben ser destruidos y es un derecho que corresponde a los titulares de los datos personales el exigirlo una vez transcurridos los plazos o cuando la pertinencia que justificó su recolección haya desaparecido (PEYRANO, 2014). Otras previsiones aparecen en la norma respecto de archivos, registros o bancos de datos públicos: en el artículo 22 inciso 3) se establece que “en las disposiciones que se dicten para la supresión de los registros informatizados se establecerá el destino de los mismos o las medidas que se adopten para su destrucción”. Respecto de servicios informatizados de datos personales, se determina que (art. 25, inc. 2):

[u]na vez cumplida la prestación contractual los datos personales tratados deberán ser destruidos, salvo que medie autorización expresa de aquel por cuenta de quien se prestan tales servicios cuando razonablemente se presuma la posibilidad de ulteriores encargos, en cuyo caso se podrá almacenar con las debidas condiciones de seguridad por un período de hasta dos años.

En el ámbito de los derechos fundamentales, el derecho al olvido puede colisionar, como hemos mencionado más arriba, con el derecho de informar y la libertad de información. En nuestro país, la ley 26.032 determinó que “[l]a búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión” (art. 1°) pero esta ley no está protegiendo a los servidores, redes sociales o páginas que almacenan datos sino a los usuarios de internet.⁹

8 Los autores identifican a estos criterios como *calidad* de los datos.

9 La ley 26.032 pretendió bloquear cualquier posible efecto residual de la ley 25.873 (2004), más conocida como ley espía, que exigía a todos los prestadores de servicios grabar y almacenar la información que los usuarios transmitieran por sus redes por el plazo de diez años, ley que declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “*Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986*”. El abogado Ernesto Halabi promovió acción de amparo reclamando que se declare la inconstitucionalidad de la Ley n° 25.873 y de su decreto reglamentario n° 1563/04, en virtud de considerar que sus disposiciones vulneran las garantías establecidas en los

En agosto de 2015 entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que en su artículo 51 reconoce que "[l]a persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad" y en el artículo 52 que "[l]a persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos...". Respecto la imagen o voz, el artículo 53 del Código Civil y Comercial señala por último que:

Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento excepto en los siguientes casos:

- a) que la persona participe en actos públicos;
- b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario;
- c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general.

En caso de personas fallecidas pueden prestar el consentimiento sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad. Si hay desacuerdo entre herederos de un mismo grado, resuelve el juez. Pasados veinte años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre.

artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional. Dicha normativa autorizaba la intervención de las comunicaciones telefónicas y por internet sin que una ley determine "*en qué casos y con qué justificativos*", importando una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, poniendo en riesgo el "secreto profesional" que debe guardar y garantizar (arts. 6º inc. f, 7º, inc. c y 21, inc. j, de la ley 23.187). La Corte señaló en que todo lo que los individuos transmiten por las vías pertinentes integran la esfera de intimidad personal y están alcanzadas por las previsiones de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional. Véase a este respecto ZABALE (2015), entre otros.

Otra normativa, de antigua data, legisla el “retrato fotográfico”, hoy derecho a la imagen. La ley 11.723 (Régimen legal de la Propiedad Intelectual), en su artículo 31 prevé:

El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto, del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre.

La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarciendo daños y perjuicios.

Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público.

Por último, entre la normativa vinculada podemos reseñar la creación reciente de la Agencia de Acceso a la Información Pública, ley 27.275, como organismo estatal responsable de ser Autoridad de Aplicación de la Ley de Protección de Datos Personales N° 25.326.

A pesar de haberse presentado algunos proyectos legislativos,¹⁰ a la fecha no existe ningún procedimiento a fin de facilitar y/o canalizar el derecho al olvido digital.

5. Las decisiones jurisprudenciales en Argentina

Dos *leading cases* donde se trata el derecho al olvido han sido resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, la “Corte”), uno en 2014 y otro en 2017. El primero de ellos la modelo y artista Belén Rodríguez contra a Google Inc. y Yahoo de Argentina S.R.L. por el uso comercial y no autorizado de su imagen que aparecía en determinadas páginas de internet de contenido erótico o pornográfico; el segundo, la

¹⁰ S-0444/15 presentado en el Senado; el Proyecto conocido como “Hábeas Internet” EXP-4388-D-2015.

modelo Carolina Valeria Gimbutas contra Google Inc. por vincularse a sitios de internet relacionados con prácticas sexuales denigrantes.

Belén Rodríguez había promovido demanda contra Google Inc., acción luego ampliada contra Yahoo de Argentina S.R.L. por utilizar indebidamente su imagen sin su consentimiento. Fundó su demanda en el régimen legal de la propiedad intelectual, ley 11.723, específicamente su artículo 31. Señaló que no habría ninguna justificación de interés general para su libre publicación. Como ha destacado BASTERRA (2014), la pretensión de la actora no sólo se encuadraba dentro del derecho al olvido porque también solicitaba a) la reparación del daño causado a su honor, intimidad e imagen al vincularse con páginas de internet de contenido pornográfico; b) el resarcimiento económico; c) el cese del uso no autorizado de su imagen y nombre; y d) la eliminación definitiva de toda vinculación de éstos con los sitios referenciados a través de los buscadores demandados.

El juez de primera instancia condenó a los demandados a pagar una indemnización a la accionante y a la eliminación definitiva de las vinculaciones de la modelo con los sitios de internet. Apelado, la Cámara confirma parcialmente la sentencia, y advirtió el conflicto entre el derecho al honor, imagen e intimidad y el derecho a la libertad de expresión y al acceso a la información; ambos derechos fundamentales. Si bien reconoció que los motores de búsqueda no generan, modifican ni seleccionan el contenido de las páginas web y por ello no son editores, afirmó también que cuando hay posibilidad de control, hay responsabilidad. De esta manera, la Cámara entendió que los buscadores simplemente se limitan a facilitar el acceso a sitios web y que no tienen forma -en principio- de saber qué contenidos son ilegales o agraviantes y por ello entendió que le corresponde a la parte informar tal circunstancia para que los buscadores procedan a filtrar, bloquear o extraer de sus listados de resultados.

El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por voto de la mayoría,¹¹ desestimó el recurso extraordinario de la actora haciendo lugar al interpuesto por Google y rechazó la demanda en todas sus partes. La Corte entendió, al igual que la Cámara, la colisión de dos derechos fundamentales: la libertad de expresión e información, por un lado, y el

¹¹ Voto producido por los Dres. Fayt, Highton de Nolasco y Zaffaroni. El voto de los Dres. Lorenzetti y Maqueda es en disidencia parcial. El caso puede verse en *Fallos*: 337:1174. [<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumento.html?idAnalisis=716258&interno=1>].

derecho al honor y a la imagen, por el otro. Si el primero involucra el derecho a transmitir ideas, hechos y opiniones, aún por internet, derecho éste equiparado como vimos por la ley 26.032 a las garantías de la libertad de expresión; el segundo, el “derecho al honor”, protege a la persona frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecedor en la consideración ajena al ir en su descrédito.¹²

Respecto a los buscadores, la Corte entendió que no existía responsabilidad objetiva¹³ y encuadró el caso bajo los criterios de la responsabilidad subjetiva, pasando a analizar cuál es la responsabilidad y el deber de estos buscadores. Señaló que los buscadores no tienen una obligación legal de “monitorear” los contenidos que suben a la red, ya que son proveídos por los responsables de cada página web: la inexistencia de una obligación general de vigilar genera, como consecuencia, la ausencia de responsabilidad por incumplimiento de un deber legal. Para la Corte, sólo queda subsistente la responsabilidad de los buscadores responsabilidad por culpa, esto es, cuando teniendo conocimiento de la ilicitud del contenido, no haya actuado en forma diligente.

Pero –y aquí es cuando entra en tensión el derecho al olvido, la responsabilidad económica y el derecho de acceso a la información- ¿basta una notificación privada al buscador por el interesado o es necesario una comunicación de autoridad competente que le informe al buscador eliminar la noticia. Para la Corte no hay un único criterio, sino que depende de las circunstancias: si el daño es manifiesto, es suficiente la notificación privada; por el contrario, si ello requiere un esclarecimiento, no puede exigirse al buscador que limite el acceso a la información; deberá esperar la comunicación judicial o administrativa que así lo ordene.

Por último, la mayoría de los jueces de la Corte entendieron que cuando se encuentra en juego la libertad de expresión no procede articular una tutela preventiva a fin de censurar el contenido pues está en juego un derecho fundamental para el sistema democrático. Entendieron que también en este caso (aún cuando están en juego el nombre,

¹² También entendió que el “derecho a la imagen” es parte del derecho a la privacidad del artículo 19 de la Constitución Nacional y que por ello las decisiones de la persona sobre la propia imagen no pueden tener interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, siempre que dichas elecciones no menoscaben derechos de terceros.

¹³ Para la Corte, una responsabilidad objetiva, que analizara los resultados de las acciones independientemente de la culpa, amenazaría libertad de expresión.

la imagen y las fotografías de la modelo, con sitios y actividades de contenido sexual) resulta aplicable el criterio restrictivo a la censura previa y –eventualmente- las ulteriores responsabilidades económicas por el daño. Es así que no configurando el caso una excepción a este invariable criterio de la Corte, rechaza la demanda de Belén Rodríguez.¹⁴

Un nuevo caso llegó a la Corte en septiembre de 2017.¹⁵ En el caso "Gimbutas, Carolina Valeria c/ Google Inc. s/daños y perjuicios", en base a la Ley de Protección de los Datos Personales N° 25.326, la actora demandó al buscador que elimine de sus archivos informatizados sus datos personales (nombre, apellido e imagen personal) que, adujo, utilizaba sin su consentimiento previo y escrito. Sus datos aparecían vinculados con sitios de internet relacionados con prácticas sexuales denigrantes. En una segunda acción, por ver vulnerados sus derechos personalísimos al nombre, honor e intimidad y por la reproducción, difusión y utilización comercial de su imagen sin su consentimiento, la modelo también demandó a Google por indemnización de daños y perjuicios.¹⁶

A pesar de la expresa fundamentación normativa en la Ley de Protección de los Datos Personales, la mayoría de los jueces de la Corte insistieron con los argumentos vertidos en el Caso Rodríguez, María Belén. De allí que volvieron a señalar que los buscadores de imágenes como el de Google, no "captan", "reproducen" ni "ponen en el comercio" imágenes en el sentido empleado por los artículos 31 de la ley 11.723 y 53 del

14 Lorenzetti y Maqueda, mediante su disidencia parcial, señalaron que la actividad de los buscadores es sólo indexar contenidos publicados por terceros y que ello se encuentra dentro del ejercicio del derecho a la libertad de expresión y la difusión de información. Entendieron que su comportamiento resulta antijurídico cuando toma conocimiento efectivo de que está causando un perjuicio individualizado y no actúa con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente, haciendo cesar la situación lesiva. Y respecto al servicio de buscador de imágenes, que por reproducirlas o utilizarlas resultaba estrictamente aplicable el artículo 31 de la ley 11.723, señalan que sobre la imagen la ley no distingue el medio que se emplea para su difusión, y que requiere la exigencia del consentimiento del titular del derecho personalísimo para la publicación de su imagen, salvo casos de interés general.

15 Ver [<http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-gimbutas-carolina-valeria-google-inc-danos-perjuicios-fa17000083-2017-09-12/123456789-380-0007-1ots-eupmocsoffaf?>].

16 El servicio de búsqueda por imágenes vinculaba su nombre con sitios de contenido pornográfico y prostitución.

Código Civil y Comercial de la Nación, sino que simplemente facilitan al público usuario de internet, mediante la indexación y la provisión de un modo de enlace, el acceso a las imágenes "captadas", "reproducidas" o "puestas en el comercio por otros"¹⁷ por lo que confirmó el rechazo de la demanda.¹⁸

6. Conclusiones

Hemos advertido que el derecho al olvido en Argentina sólo existe respecto a la información en bancos de datos de servicios de información crediticia y que existe un claro vacío normativo con respecto al derecho al olvido en internet. Este vacío ha llevado no sólo a la doctrina argentina a identificar este derecho desde muy distintos aspectos, variantes y fundamentos sino también a interpretaciones en el ámbito jurisprudencial que entendemos son limitadas.

En efecto, como hemos visto en el caso "Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/daños y perjuicios" resulta sugestivo la falta de referencias a la ley 25.326 siendo que en la controversia existían evidentes cuestiones de protección de datos personales.¹⁹ Crítica

17 El juez Rosenkrantz amplió fundamentos al voto de mayoría y argumentó que aun cuando por hipótesis pudiese considerarse que un buscador "capta", "reproduce" o "pone en el comercio" de algún modo la imagen de la actora, tampoco podría afirmarse la responsabilidad de la demandada pues se acreditó que la actora consintió que su imagen fuera puesta a disposición de los usuarios de internet por el buscador de la demandada. Entendió que quien consiente que su imagen sea alojada en una página web y conoce que internet funciona con buscadores, consiente también que buscadores faciliten al público usuario el acceso a esa imagen. En cuanto a la aplicación de la Ley de Protección de Datos personales, insiste con el consentimiento dado y que son datos obtenidos de fuentes de acceso público.

18 Los jueces Lorenzetti y Maqueda con disidencia parcial, añaden que la imagen debe ser también protegida como parte de un derecho a la identidad de la persona. Afirman que la ausencia de consentimiento de la persona reproducida respecto de la difusión de sus imágenes es un factor decisivo en la necesaria ponderación de los derechos en conflicto, 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. Por ello y teniendo en cuenta que advierten que ha quedado establecido que se ha utilizado una fotografía de la actora sin su consentimiento expreso o tácito, circunstancia que configura una invasión ilegítima a su esfera íntima que debe ser reparada.

19 Puede aumentarse este argumento en SEGURA (2015).

TOMELO (2014a) que aún cuando la Corte no les aplique a los buscadores responsabilidad objetiva por contenidos que no han creado ni editado, tampoco toma otros desarrollos conceptuales, como el del "facilitador" o de quien "contribuye al daño", criterios elaborados en el derecho anglosajón. Además no es lo mismo la censura previa respecto a contenidos de índole político que con contenido sexual, como se dio en el caso. Pero tal vez la crítica más fuerte que puede hacerse es su criterio restrictivo: sólo procedería la eliminación de datos frente a la solicitud del interesado respecto de contenido ilícito (y a través de un procedimiento administrativo o judicial cuando no la ilicitud o el daño no sea evidente), por lo que *no existe derecho al olvido* sino sólo el derecho a rectificación, subsanación o eliminación de información falsa, ilícitamente obtenida o personal y que cese el daño.

El *derecho al olvido* es algo más que esto: supone eliminar o restringir el acceso de información real, incluso subida y/o autorizada por el propio interesado, quien hoy ya no desea que siga visible porque lo afecta, porque es de larga data o porque no tiene relevancia o interés público.

Insistimos en que no se considera en este derecho ni la veracidad del dato ni la autorización: el paso del tiempo o la pérdida de su relevancia debería hacer desaparecer la *vigencia* del dato. Este dato, sin calidad, sin vida, debe poder olvidarse⁻²⁰

Frente a la posibilidad tecnológica de almacenar datos de forma casi ilimitada, el dato del pasado que siempre se nos aparece y, al decir de MASCIOTA (2012), el derecho al olvido es el derecho que resuelve criteriosamente la tensión entre el interés de la sociedad

²⁰ Recientemente, en agosto de 2020, la Sala H de la Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal en los autos "Denegri, Natalia Ruth C/ Google Inc S/ Derechos Personalísimos: Acciones Relacionadas" confirmó el fallo de primera instancia donde se dispuso que Google Inc. debe "suprimir toda vinculación de sus buscadores, tanto del denominado "Google" como del perteneciente a "Youtube", entre las palabras "Natalia Denegri", "Natalia Ruth Denegri" o "Natalia Denegri caso Cópola" y "cualquier eventual imagen o video, obtenidos hace veinte años o más, que exhiban eventuales escenas que pudo haber protagonizado la peticionaria cuyo contenido pueda mostrar agresiones verbales o físicas, insultos, discusiones en tono elevado, escenas de canto y/o baile, así como también, eventuales videos de posibles reportajes televisivos en los que la actora hubiera brindado información de su vida privada". Tanto el fallo del Dr. Pagués, del Juzgado Nacional en lo Civil n° 78 como el fallo de la sala de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil integrada por los Dres. Kiper, Liliana Abreut y José Benito Fajre abundan en referencias importantes para este trabajo, pero sigue pendiente la elaboración normativa necesaria que zanje la natural tensión entre derechos personales y libertad de información.

de contar con información y el de quienes no quieren quedar atrapados en un pasado histórico que superaron.

Entendemos que, hasta la sanción de una ley específica, la recientemente creada Agencia de Acceso a la Información Pública es el organismo idóneo para facilitar y/o canalizar administrativamente el reclamo ciudadano ante los buscadores y páginas Web. La creación de un Protocolo de actuación que permita proteger la intimidad pero que también resguarde el derecho de informar y de acceder a la información, es el camino para hacer efectivo y previsible el *derecho al olvido*.

El principio de la dignidad humana, como valor fundante de los derechos humanos, reclama una urgente atención de la comunidad académica, de las autoridades y de toda la sociedad.

Fuentes

BASTERRA, M. (2014) "La responsabilidad de los motores de búsqueda de Internet en el centro del debate jurídico", en *Revista La Ley*, 2014-F, p. 145.

DE TERWANGNE, C. (2012) "Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido" en *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, número 13, febrero 2012. Disponible en [\[https://www.raco.cat/index.php/IDP/article/download/251842/337491\]](https://www.raco.cat/index.php/IDP/article/download/251842/337491).

FALIERO, J. C. (2018) "El derecho al olvido y sus peligros. Aportes y reflexiones", en *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, abril 2018, p. 160.

FARINATI, E. N. (2011) "El derecho al olvido", en *Jurisprudencia Argentina*, número especial de Derecho Bancario, abril/junio de 2011.

MASCIOTRA, M. (2012) "El derecho al olvido. Reparación del daño ante su violación" en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2012, tomo IX, p. 83.

PALAZZI, P. (2009) "El "derecho al olvido" en la Ley de Protección de Datos Personales", en *Microjuris*, MJ-DOC-4241-AR, MJD4241. Disponible en [\[https://www.astrea.com.ar/resources/doctrina/doctrina0250.pdf\]](https://www.astrea.com.ar/resources/doctrina/doctrina0250.pdf).

— (2015) "Derecho al olvido en internet e información sobre condenas penales (a propósito de un reciente fallo holandés)", en *Revista La Ley*, 2015-A, p. 16.

PEYRANO, G. (2014) "El derecho al olvido en Internet (un fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que contribuye a la preservación de la imagen en los entornos virtuales)", en *El Derecho*, tomo 258, p. 918.

SEGURA, P. (2015) "A un año de Rodríguez contra Google: ¿Estableció la CSJN un derecho al olvido digital en Argentina?", disponible en [<http://www.saij.gob.ar/descarga-archivo?guid=klmnoprs-tuvw-nove-dade-scf150827pdf&name=cf150827.pdf>].

SILBERLEIB, L. (2016) "El Derecho al olvido y la persistencia de la memoria", en *Revista Información, cultura y sociedad*, número 35, diciembre 2016, pp. 125-136. Disponible en [http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-17402016000200007].

TOMEIO, F. (2014) "El derecho al olvido en Internet", en *Revista La Ley*, 2014-D, p. 896.

— (2014a). "Buscadores de Internet: Un fallo histórico", en *Revista La Ley*, 2014-F, 179.

VANINETTI, H. A. (2011) "El derecho al olvido en Internet", en *El Derecho*, tomo 242, p. 566.

VIBES, F. P. (2014) "La protección del honor en Internet. Un nuevo fallo que la limita", en *Revista La Ley*, 2014-E, p. 598.

ZABALE, E. (2015) "Libertad de información y bloqueo de contenidos en internet", en *Revista La Ley* 2015-A, p. 174.