

El Derecho al olvido: desafío para la memoria y la libertad de información

Nicolás Antúnez González.¹

1) Introducción

Como en otras oportunidades la inclusión de tecnologías en nuestras vidas genera el entorno propicio para un nuevo debate jurídico. En la actualidad uno de los temas más polémicos en el panorama de la protección de datos personales es el del significado del mentado “derecho al olvido” y el conflicto de derechos fundamentales que este proyecta.

En este entendido el presente trabajo buscará conceptualizar el alcance que internacionalmente se le ha otorgado a este derecho, teniendo en cuenta para ello recientes desarrollos doctrinarios, jurisprudenciales y normativos. Seguidamente repasaremos la actualidad jurídica de este tema en nuestro país, para luego abordar los diferentes límites que el mismo encuentra, o podría encontrar, tanto en el ámbito práctico como en el jurídico.

2) Conceptualización del “derecho al olvido”

El “derecho al olvido” se presenta como un nuevo avance de los derechos ya consagrados en la estructura clásica de la protección de datos personales, pero esta vez el esfuerzo procura adaptar estas garantías al mundo on - line. Como primera aproximación podemos concebirlo como una evolución del “derecho de supresión” el cual es reorientado, desde una lógica ligada a los tradicionales bancos de datos, hacia Internet con un especial foco en los “motores de búsqueda”.

En la tarea por delimitar este concepto encontramos opiniones doctrinarias que lo han considerado como una garantía de reciente aparición, mientras que otros autores lo ubican como un progreso de los mecanismos de protección de datos personales.² Su configuración está

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Facultad de Derecho de la Universidad de la República del Uruguay – UDELAR). Profesor Adscripto de Informática Jurídica (FEDER - UDELAR). Profesor de Derecho de la Empresa en la Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad de la Empresa de Uruguay – (U.D.E.). Integrante del Centro de Derecho Informático (FEDER – UDELAR).

² Carrascosa López, Valentín - Jaime Bennasar, Andrés. (2016). El derecho al olvido y la legitimación pasiva del responsable del tratamiento. El criterio del Tribunal Supremo. En Hacia una Justicia 2.0. Volumen III. Salamaca: Ratio Legis. Pág.: 57.

claramente emparentada con elementos derivados de los “derechos de cancelación y oposición”,³ y con los “principios de proporcionalidad y finalidad”. Como veremos más adelante el “derecho al olvido” tiene notorios vínculos y seguramente deba su origen a las iniciativas normativas que han acotado los plazos de permanencia en los registros de morosidad.

En el terreno práctico por lo general se lo ha perfilado como la posibilidad de oponerse a la difusión o a la permanencia de información de carácter personal localizable a través de motores de búsqueda. En tal entendido el interesado puede ejercer el derecho mediante la solicitud de la desindexación de dicha información en los referidos motores, lo que puede verificarse con independencia de la permanencia de la fuente original. Esto ocurre siempre que el tratamiento original se considere legítimo, lo cual implica que los datos se mantengan, pero con la salvedad de impedir la aparición de resultados obtenidos mediante búsquedas genéricas en Internet.

En tal sentido queda claro que este nuevo perfil procede en esencia frente a datos veraces, obtenidos en forma lícita, pero cuya permanencia actual puede considerarse inadecuada ya que en otros casos (obtención ilícita, falsedad, etc.) opera sin mayor discusión el clásico “derecho de supresión”. En definitiva una cosa es “olvidar” aquello que ha sucedido y otra muy distinta es la de suprimir la información cuyo tratamiento se encuentre en alguna forma viciado. Este derecho es concebido entonces como un mecanismo que busca evitar la condena social “*in aeternum*” de un individuo en razón de algún tipo de información que tenga, al menos, un potencial perjudicial.

De todas formas el mismo se encuentra claramente limitada por diferentes coordenadas. Por un lado las posibilidades técnicas que hacen cada vez más dificultosa la eliminación total de una información determinada en el ciberespacio. Desde el punto de vista jurídico, el “derecho al olvido” encuentra su frontera en el amplio espacio de influencia de la “libertad de información”.⁴

Más allá de que en Estados Unidos han surgido iniciativas como la “*eraser law*”, la cual garantiza a los niños la posibilidad de borrar informaciones denigrantes de redes sociales y limita la publicidad dirigida a adolescentes⁵ los últimos grandes impulsos del “derecho al olvido” provienen de la jurisprudencia europea. Dentro de la misma el caso que ha concitado especial atención es el renombrado “Caso Costeja”.

³ http://www.agpd.es/portalwebAGPD/CanalDelCiudadano/derecho_olvido/index-ides-idphp.php

⁴ Barón Bilat, Graciela Elizabeth. 2015. Derecho al Olvido. En Derecho Informático (XV, 29) Montevideo: FCU.

⁵ Freire Pimentel Alexandre, Queiroz Cardoso, Mateus, Mendes Saldanha, Paloma. (2016). El derecho al olvido en la ley del marco civil de Internet brasileña y el problema de la responsabilidad civil de los proveedores. Revista Iberoamericana de Derecho Informático (segunda época), Año 1 N° 1, Pág.:17-28.

3) El caso Costeja

El litigio que diera lugar a la sentencia bajo análisis se remonta a la reclamación presentada por el ciudadano español Mario Costeja González ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) contra la Vanguardia Ediciones S.L, Google Spain y Google Inc. En resumen Costeja expresaba que al realizar una búsqueda de su nombre en el motor “Google Search” se obtenía dos resultados relativos a el, resultando la fuente de los mismos el periódico “La Vanguardia” del año 1998. En dichas entradas se informaba sobre remates de inmuebles de su propiedad en razón de haber mantenido deudas con la Seguridad Social.

El accionante argumentó que había solucionado satisfactoriamente esta dificultad económica hace años, por lo que entendía que el tema carecía de trascendencia y que su actual publicidad le ocasionaba un daño. Con estos argumentos solicitó que se retirara la publicación del diario y se le exigiese a Google Spain y a Google Inc. que eliminaran sus datos personales para que dejaran de incluirse como resultados de búsqueda los enlaces anteriormente referidos.

La AEPD rechazó el reclamo en lo referente a “La Vanguardia” en razón que la publicación tenía un innegable justificativo legal. Sin embargo recogió los argumentos contra Google Spain y Google Inc., considerando que los motores de búsqueda estaban comprendidos en la normativa de protección de datos al realizar un tratamiento del cual resultaban responsables. Por lo tanto, el organismo de contralor entendió que podría dirigirse directamente a los mismos para ordenar que impidan el acceso a esta información en atención que su permanencia lesionaba el derecho a la protección de datos del denunciante. Según la AEPD este procedimiento podría solicitarse incluso, como en el presente caso, a pesar de mantenerse la página donde estuviera alojada la información.

Presentados los correspondientes recursos por parte de Google Inc. y su filial española ante la Audiencia Nacional, la misma suspendió el proceso planteando ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) cuestiones prejudiciales respecto a la interpretación de la Directiva 95/46 en base a lo dispuesto por el Artículo 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea.⁶

⁶ Artículo 267 (antiguo artículo 234 TCE) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) sobre la interpretación de los Tratados;
- b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional

Analizado el asunto, el Tribunal declaró que para la normativa europea existe tratamiento de datos personales cuando un motor de búsqueda realiza la actividad de hallar, indexar, almacenar o poner a disposición este tipo de datos a pesar que los mismos hayan sido subidos a la red por parte de terceros. En tal entendido el gestor de dicho motor resulta responsable por esta actividad.

Asimismo el TJUE entendió que cuando quien gestione el motor de búsqueda tiene una sucursal o filial dentro en un Estado de la U.E destinada a la promoción y venta de espacios publicitarios y esta actividad es dirigida a los habitantes de algún Estado miembro, deberá considerarse que se está ante tratamiento de datos dentro de ese territorio. Según Palazzi esta solución buscó evitar un “fraude a la ley” en razón de la notoria relación entre las sociedades, Google Inc. quien realiza el tratamiento técnico desde EEUU y Google Spain cuya actividad está dirigida a la promoción y venta de espacios publicitarios.⁷

La declaración sostiene que la Directiva obliga a los motores a eliminar los resultados obtenidos tras una búsqueda realizada a partir del nombre de una persona, aunque la publicación tenga fundamento lícito, siempre que la solicitud cumpliera con los requisitos correspondientes a los derechos de acceso y oposición. Por lo tanto, ante el requerimiento de un interesado los buscadores deben proceder a valorar la pertinencia, o no, de mantener la lista de resultados vinculados al nombre del solicitante. Frente a este panorama los buscadores más importantes del mercado han tomado medidas, entre las que se encuentra la elaboración de formularios para la presentación de reclamaciones.

En cuanto a la ponderación de derechos, el Tribunal considera que el derecho a la protección de datos “en principio” prevalece sobre el interés económico del gestor de datos y sobre el interés del público de acceder a esta información cuando el interesado carezca de un papel relevante en la vida pública. Esta declaración, junto con varios fallos de diferentes jurisdicciones, replantea la idea de buscar un equilibrio que pondere, para cada caso concreto, la

nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.

⁷ Palazzi, Pablo A. (2014). El reconocimiento en europa del derecho al olvido en Internet. 23.02.17, de El reconocimiento en europa del derecho al olvido en Internet Sitio web: UY/DOC/781/2014.

colisión de tan importantes derechos.⁸

Este asunto ha configurado un verdadero “leading case” en la materia, en el que un ciudadano, en la penosa búsqueda por el anonimato en la web, encontró la más perpetua y estridente de las exposiciones. Al obtener una sentencia en favor del olvido el accionante consiguió la paradoja de entrar para siempre en la posteridad con su caso.

4) El Derecho al Olvido en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo

El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos⁹ no solo deroga la Directiva 95/46/CE, sino que también abunda en temas como el del “derecho de supresión” o “derecho al olvido”.

En sus considerandos la norma expresa que los interesados deben gozar de un “derecho al olvido” “... si la retención de tales datos infringe el presente Reglamento o el Derecho de la Unión o de los Estados miembros aplicable al responsable del tratamiento.” En el entorno en línea el Reglamento pretende “reforzar” este derecho, estableciendo, en cabeza del responsable del tratamiento que haya hecho públicos datos personales, la obligación de informar a quienes estén tratando los mismos para que supriman todo enlace, copia o replica. Con tal objeto los mismos deberán tomar “medidas razonables” para dar cumplimiento a tal fin. Este nuevo cuerpo normativo asimila el “derecho de supresión” con el “derecho al olvido” nueva nomenclatura que seguramente busque mejorar la recepción pública del mismo.

El Artículo 17 del Reglamento bajo el “nomen iuris” de “*derecho de supresión («el derecho al olvido»)*” señala el derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos que le conciernan cuando concurren algunas circunstancias. Ejemplo de estas son cuando los datos ya no sean necesarios para la finalidad para la cual fueron colectados, hayan sido tratados ilícitamente o que 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. También corresponde cuando se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información dirigidos a niños.

Otra hipótesis donde resulta procedente el “derecho de supresión” es cuando el titular retire el consentimiento y el responsable no cuente con otro fundamento jurídico, esto quiere decir, que el tratamiento tenga como única fuente de legitimidad esta declaración de voluntad. Se

⁸ Toscano, Silvia Susana – Galmarini, Luciano, Derecho a la información, habeas data e Internet. (2016) Revista Iberoamericana de Derecho Informático (segunda época), Año 1 N° 1, Pág.: 77-90.

⁹ La fecha de aplicación prevista para el mismo es a partir del 25 de mayo de 2018.

subraya que se debe brindar protección cuando el interesado preste su consentimiento siendo niño aunque este ya no lo sea. También se contempla el este ejercicio en los casos que el interesado se oponga al tratamiento, motivado por su situación particular o cuando esta actividad tenga por objeto la mercadotecnia directa, sin que prevalezca otros motivos legítimos.

La normativa determina la inaplicabilidad del olvido frente a una importante variedad de hipótesis. Ejemplo de estos límites ocurren cuando el tratamiento es necesario para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información; cuando este se requiere para el cumplimiento de una obligación legal o de una misión realizada en interés público o cuando se de en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable. También se descarta la procedencia del derecho por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, cuando existen fines de archivo en interés público, de investigación científica, histórica, con fines estadísticos o cuando los datos sean necesarios para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

5) El “derecho al olvido” en nuestra normativa

Junto con los derechos de rectificación, actualización e inclusión el “derecho de supresión”, se encuentra regulado en el Artículo 15 de la Ley Nº 18.331 sobre protección de datos personales y acción de habeas data (L.P.D.P.). El mismo surge con carácter general cuando se ocasionen perjuicios a los derechos e intereses legítimos de terceros, exista notorio error o se contravenga a lo establecido por una obligación legal.

Una vez recibida la solicitud para la supresión el responsable cuenta con un plazo de cinco días hábiles en el que deberá tomar las medidas técnicas para alcanzar a tal fin, o por el contrario informar las razones por las cuales no procederá según lo peticionado. La negativa o el vencimiento del plazo deja expedita la vía del “habeas data” para el titular de los datos.

Cuando se proceda con la supresión el responsable debe notificar en un plazo de cinco días hábiles a quienes anteriormente recibieron la comunicación de la información. A diferencia de los casos de verificación, rectificación o inclusión, en nuestra opinión la ley no deja en claro si en la operación de análisis sobre la procedencia de una supresión debe dejarse constancia que dicha información se encuentra sometida a revisión. De todas maneras esta previsión parece aconsejable como mecanismo de cautela ante un eventual daño que pueda causar la permanencia de los datos.

Trazas del “derecho de supresión” también son identificables en el “principio de veracidad” por el cual se establece la obligación de suprimir los datos inexactos, falsos o que hayan caducado por disposición legal y en el “principio de finalidad” el cual establece el deber de eliminar los datos cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para los fines que se tuvieron en cuenta a la

hora de la colecta.

En nuestro ordenamiento jurídico el Artículo 22 de la L.P.D.P es la muestra más acabada, y en la práctica más importante, del “derecho al olvido” en sede de protección de datos. Esta norma, concebida como continuadora de la derogada Ley N° 17.838, está dirigida a limitar los plazos de inscripción de una obligación crediticias en las bases de datos orientadas al tratamiento de este tipo de información. El Artículo, modificado por Ley N° 18.719, dispone los plazos y condiciones de registro de las obligaciones de carácter comercial o crediticio relativo a las personas físicas. La referencia exclusiva a las personas físicas sigue las tendencias normativas que no conciben a los datos relativos a personas jurídicas como de carácter personal.¹⁰ Al no estar involucrado un derecho humano la circulación de información es más flexible en atención a que el bien jurídico tutelado es claramente de menor valía por lo que la protección excluye a estas entidades.

6) Los límites del “derecho al olvido”

Es extremadamente difícil tratar de dar un panorama acabado sobre las dificultades que presenta un tema de la complejidad que estamos abordando. De todas maneras vamos a resumir lo que a nuestro entender son algunos de los problemas más evidentes que surgen en cuanto a la realidad práctica de este derecho, anotando también los escollos culturales, técnicos y jurídicos que existen para transpolar el mismo a nuestra realidad.

6.1) Los problemas relativos a la pretensión de establecer un derecho con carácter universal en el ámbito de Internet

Entre las enseñanzas y preguntas que nos deja el “Caso Costeja” queda la duda sobre el alcance territorial que pueden tener los fallos jurisdiccionales que procuran garantizar el “derecho al olvido”. Este caso disparó las solicitudes de ciudadanos europeos para que los distintos buscadores, en particular Google, desindexen información a su respecto. Complementariamente en un sonado caso la Comisión Nacional de Informática y de las Libertades (CNIL) de Francia ha solicitado la extensión del proceso desindexación a escala global.¹¹

Desde el punto de vista del sujeto obligado, las iniciativas contra Google han marcado la tónica jurisprudencial. En general y siguiendo al “Caso Costeja” se ha entendido que más allá que la actividad técnica se realice por Google Inc. en California (EEUU)¹² o en otras jurisdicciones

¹⁰ Eirin Álvaro J. “La Protección de los datos personales relacionados con la salud de los trabajadores” www.elderechodigital.com.

¹¹ <http://www.efe.com/efe/espana/sociedad/google-recurre-en-francia-su-sancion-por-no-respetar-el-derecho-al-olvido/10004-2930346> visitada el 15.03.17.

¹² Carrascosa López, Valentín - Jaume Bennasar, Andrés. (2016). El derecho al olvido y la

ajenas a la U.E, el hecho de contar con un establecimiento destinado a la promoción y venta en un Estado miembro que el tratamiento se realiza en territorio europeo. Esta interpretación implica, por la vía de los hechos, que desde otra jurisdicción se afecte el funcionamiento de un modelo de negocios ubicado en un tercer país. Como es evidente esta situación puede generar toda clase de distorsiones no deseadas.

Semejante decisiones pueden considerarse una injerencia en otras jurisdicciones en las cuales se entienda como prevalentes otros derechos. Asimismo podemos llegar a estar ante órdenes de censura globales que eviten el acceso a determinada información que alguien entienda como inconveniente. A vía de ejemplo la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP) alertó acerca de los peligros de dotar a regímenes menos democráticos de herramientas que le permitan extender la censura a Internet.¹³

6.2) La contraposición con la libertad de pensamiento, expresión e información

La libertad de pensamiento es el punto de partida desde el cual se desprenden un conjunto de derechos entre los que destacan la libertad de expresión e información. Doctrinariamente se ha señalado que la “libertad de pensamiento” se desarrolla exclusivamente en el ámbito privado, mientras que la “libertad de expresión y comunicación” se verifican a partir que el individuo expone su pensamiento a un tercero.¹⁴

El acceso a la información es condición previa para el desempeño satisfactorio de estos derechos, los cuales a su vez operan como vehículo que permite promocionar el cumplimiento del resto de las garantías individuales.¹⁵ Frente a esta perspectiva la opacidad informativa se presenta como un escollo nada menor para el normal desempeño de una sociedad democrática.

Por lo pronto el “derecho al olvido” se presenta como un límite a la posibilidad de acceder a información marcando, nos guste o no, una frontera para estas libertades. Más allá de las posiciones que entienden viable la búsqueda del equilibrio como forma de dirimir el conflicto entre derechos, queda claro que la aplicación del “derecho al olvido” implica obturar una serie de

legitimación pasiva del responsable del tratamiento. El criterio del Tribunal Supremo. En Hacia una Justicia 2.0. Volumen III. Salamaca: Ratio Legis. Pág.: 66.

¹³ Beltrán, Washington. (2017). La memoria de Internet. 27.01.17, de El País Sitio web: <http://www.elpais.com.uy/opinion/memoria-internet-enfoque-beltran-storace.html>

¹⁴ Risso Ferrand, Martín. (2014). ¿Qué limitaciones legales pueden establecerse en materia de libertad de comunicación del pensamiento?. Revista de Derecho, 2da época. Año 9. Nº 10, Pag 197 y ss.

¹⁵

garantías y derechos fundamentales con el consecuente efecto sobre otros bienes jurídicos de singular valía.

Un rápido ejemplo sería el de la aplicación del “derecho al olvido” sobre los datos de una persona condenada por crímenes violentos. La limitación a la información no solo coarta la libertad de expresión, sino que puede implicar para aquellas personas que tengan desprevisto contacto con este individuo, riesgos para otros derechos como el de la seguridad personal.

Quien ya ha visto limitada sus posibilidades es la actividad periodística en base a discutibles criterios para sostener la pertinencia de esta concepción del olvido. Se han propuesto criterios para dirimir los casos donde este involucrado el interés periodístico como el de evaluar la actualidad de la ocurrencia de los hechos. Siguiendo este parámetro la cercanía temporal determinaría el predominio del derecho a la información, fortaleciéndose con el transcurso del tiempo las posibilidades de aplicar el olvido. La información que con este criterio pierda su utilidad general quedaría circunscripta a fuentes como las oficiales de información para la consulta de quienes tengan “un interés real”.¹⁶ Por otro lado en España la AGPD sostiene que para mantener el “equilibrio” entre los derechos en juego ha de tenerse en cuenta el interés de los usuarios en acceder a una información de “interés público” o que la misma afecte a una figura pública, conceptos todos de difícil determinación.¹⁷

El problema es que la trascendencia de la información es esencialmente dinámica. Los datos que en determinado momento pierden interés, pueden volver a resultar trascendentes (tanto para el colectivo como para un individuo determinado) frente a cambios de circunstancias tan simples como una postulación a un cargo, frente a la concertación de un negocio o cualquier otro vínculo por el cual se ve afectado el derecho a tener los elementos suficientes para tomar decisiones informadas y por lo tanto conscientes de los individuos.

En este marco es importante tener en cuenta instrumentos como la “Declaración conjunta sobre Libertad de expresión e Internet” del 1º de Junio de 2011¹⁸ la cual nos ofrece elementos

¹⁶ http://www.pjud.cl/noticias-del-poder-judicial/-/asset_publisher/kV6Vdm3zNEWt/content/corte-suprema-aplica-derecho-al-olvido-y-ordena-a-medio-de-comunicacion-eliminar-noticia-de-motores-de-busqueda visitada el 15.03.17.

¹⁷ http://www.agpd.es/portalwebAGPD/CanalDelCiudadano/derecho_olvido/index-ides-idphp.php visitada el 15.03.17.

¹⁸ Esta Declaración fue elaborada por El Relator Especial de la ONU para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la OSCE, la Relatora Especial de la O.E.A para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y

para asimilar la pertinencia de garantizar la libertad en el ámbito de Internet a la de cualquier otro medio de comunicación. Esta idea resulta razonable desde una visión que contemple parámetros de equivalencia funcional ya que existe identidad de objetivos entre los medios. Cualquier otro criterio implicaría una discriminación injustificada en atención al método elegido por el ciudadano.

Para que sea aceptable una restricción a la libertad de información en Internet la misma debe fundamentarse en la denominada prueba tripartita o sea que concurren una previsión legal, una finalidad legítima y universalmente reconocida y que el impedimento sea eficaz para el cumplimiento de los objetivos pre-anotados. De esta forma debe ponderarse el impacto de cualquier restricción a la “libertad de expresión” en Internet, diseñando enfoques específicos según las particularidades de este medio, sin implicar por cierto, limitaciones de carácter específicas. Para tal fin la Declaración apuesta a la autorregulación y al fomento de medidas educativas y de conciencia.

En cuanto a la responsabilidad de los intermediarios se pretende a quienes ofrezcan únicamente servicios “...*técnicos de Internet como acceso, búsquedas o conservación de información en la memoria caché deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de estos servicios*”. La responsabilidad para estos agentes se confiere en dos casos específicos. O bien cuando los mismos tengan intervención en estos contenidos o cuando se nieguen a cumplir un mandato judicial por el cual se les haya solicitado la eliminación de los mismos, siempre que esta actividad resulte viable para el intermediario.

Se propone que el filtrado y bloqueo se debe realizar solamente en casos extremos (se ejemplifica con la protección de menores de abusos sexuales) debiendo tomarse tal determinación de manera análoga a la de cualquier otro medio de comunicación. La Declaración señala como únicas jurisdicciones competentes para el inicio de acciones civiles o penales aquella donde se verifique un perjuicio sustancial. Por lo pronto estos criterios distan de los últimos fallos que consagran el “derecho al olvido” en razón de la potencialidad de daño que los datos veraces puedan ocasionar a un individuo.

6.3) Las dificultades técnicas para garantizar el derecho al olvido

Traer un derecho al terreno de la realidad muchas veces resulta dificultoso, máxime cuando tal tarea se propone en el ámbito de internet. En tal sentido resulta prácticamente una quimera pretender la certeza que determinados datos han sido definitivamente suprimidos u ocultos en la

Acceso a la Información de la CADHP. A su vez colaboraron ARTÍCULO 19, Campaña Mundial para la Libertad de Expresión y el Centro para la Libertad y la Democracia. Disponible en <http://www.osce.org/es/fom/78325?download=true> visitada el 15.03.17.

web. En primer término la multiplicidad de operadores existentes en el mercado hace de por sí dificultoso el cumplimiento general de un proceso de desindexación. A su vez la siempre posible situación de que los datos que fueran descargados puedan ser volcados nuevamente a la red genera razonables dudas sobre las posibilidades prácticas de esta garantía.¹⁹

Por otra parte el cumplimiento de los motores de búsqueda de los requerimientos de los particulares implica que los mismos adopten procedimientos y normas de autorregulación interna que bien pueden lindar con mecanismos de censura privada. La importancia que ha adquirido la reputación digital en todos los aspectos del relacionamiento social y la difusión del derecho al olvido, han colaborado para crear por un lado una industria tendiente a limpiar o “blanquear” el pasado en la web de un individuo²⁰ mientras como contrapartida también se ofrecen servicios que brinden la posibilidad de realizar búsquedas especializadas de información personal.

6.4) Problemas vinculados con el resto del ordenamiento jurídico.

Como ya hemos analizado el “derecho al olvido”, al igual que la mayor parte de los derechos y principios en la materia cuentan con una amplia galería de excepciones, lo cual muchas veces implican una importante dificultad para distinguir cuando procede la aplicación. Sobre el particular entendemos que la libertad de expresión e información solo pueden ser, ponderadas y eventualmente limitadas, en vía jurisdiccional. En este marco el alcance de conceptos como el de “disponibilidad a público”²¹ seguramente será objeto de amplias discusiones en cada jurisdicción. Estamos ante un derecho que solo puede ser activado por el propio interesado y con márgenes de discusión tan importantes que hacen inevitable la consideración judicial del mismo.

Desde un punto de vista externo, observamos que distintos aspectos del ordenamiento jurídico toman decidida distancia de este derecho lo que genera claras inconsistencias. En efecto, cada vez son mayores las obligaciones de colecta y mantenimiento de información en áreas tales como las financieras, las cuales involucran por cierto desde las más pequeñas a las más importantes transacciones, el aumento de la permanencia de los datos sobre menores infractores o las cargas que se generan con respecto a la prevención del lavado de activos y la financiación del terrorismo. Frente a esta situación la normativa de protección de datos tiende a aumentar su

¹⁹ Davara Rodríguez, Miguel Ángel. (2015). Manual de Derecho Informático. España: Aranzadi.

²⁰ Freire Pimentel Alexandre, Queiroz Cardoso, Mateus, Mendes Saldanha, Paloma. (2016). El derecho al olvido en la ley del marco civil de Internet brasileña y el problema de la responsabilidad civil de los proveedores. Revista Iberoamericana de Derecho Informático (segunda época), Año 1 N° 1, Pág.: 17-28.

²¹ Reusser Monsálvez, Carlos. (2016). Ejercicio del Periodismo y Derecho al olvido. Medios de prensa y digitalización de noticias. En Hacia una Justicia 2.0. Volumen III. Salamaca: Ratio Legis. Pág.: 251.

galería de excepciones lo cual desnaturalizan sus objetivos originarios.

Estas contradicciones motivan a preguntarnos si es posible que nuestras sociedades obtengan un adecuado nivel de satisfacción a sus demandas, cuando las sucesivas regulaciones plantean finalidades de difícil articulación cuando no lisa y llanamente contradictorias.

6.5) El Derecho a la memoria como límite.

El “derecho a la memoria” es considerado internacionalmente como un instrumento vital en la lucha contra diversos tipos de impunidad, un elemento necesario para que pueda accederse al “derecho a la verdad” y un deber ético de las sociedades el cual debe ser garantido por el Estado.²² Más allá que su origen puede asociarse a los momentos posteriores a la Segunda Guerra Mundial, las condicionantes históricas han generado que el mismo tenga un lugar de especial consideración en Hispanoamérica.

Este derecho cuenta con una faceta individual, otra de carácter informativo y también un aspecto reparatorio. Sobre esto último la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuenta con fallos a través de los cuales se rescata la importancia de mantener el recuerdo de las víctimas con mecanismos tales como el de adjudicarle a espacios públicos el nombre de las mismas.²³ El derecho en cuestión también cuenta con un aspecto colectivo destinado a que las sociedades, a través del conocimiento de su pasado, puedan construir su identidad previniéndose de transitar por los mismos errores del pasado.

Por tal motivo es de especial cuidado la posibilidad que a partir del “derecho al olvido” se generen vacíos que construyan pasados sin macula o “a medida”. En este sentido es preocupante fallos como los que se han verificado en Europa, los cuales distinguen entre una función primaria que cumplen los medios destinada a informar sobre noticias actuales y una secundaria en la cual se encontrarían las informaciones archivadas en “hemerotecas digitales”. En este segundo caso los fallos entienden que los Estados pueden tomar medidas más restrictivas en razón de la pérdida de interés público de la información, lo que es un riesgo ya que puede influir sobre el conocimiento del pasado que tenga toda una sociedad. Por tal motivo a nuestro entender el “derecho al olvido”

²² Cabrera Suarez, Lizandro Alfonso. (2013). El derecho a la memoria y su protección jurídica: avance de investigación. 14.03.17, de Universidad Nacional de Colombia Sitio web: <http://www.bdigital.unal.edu.co/38022/1/40321-180998-1-PB.pdf>

²³ Sobre el particular ver: Caso Benavides Cevallos Vs. Ecuador Sentencia de 19 de junio de 1998 (Fondo, Reparaciones y Costas) disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_38_esp.pdf y Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala Sentencia de 19 de noviembre 1999 disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf

solo puede operar a través de un reclamo concreto y no con carácter genérico .²⁴

Como hemos señalado el “derecho a la memoria” ha tenido un especial desarrollo en nuestro hemisferio, mientras que el “derecho al olvido” es de origen centralmente europeo. Semejante “choque” cultural ha causado recelo en organizaciones de especial importancia de la sociedad civil. Por ejemplo la Sociedad Interamericana de Prensa expresó que el “derecho al olvido” *“...contradice la tradición americana en la materia, basada en la necesidad de mantener vivo el recuerdo de una historia de violencia política y social, corrupción y crimen organizado en buena parte de los países de la región.”* Por tal motivo se entiende que no estamos ante un instrumento adecuado para la defensa de los derechos relacionados con la intimidad. 25

Concomitantemente la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH expresó su preocupación sobre los fallos judiciales que han sustentado al “derecho al olvido” en virtud que los mismos desconocen la “arquitectura de internet” por lo que se debe valorar que cualquier restricción que se imponga debe ser previstas por la ley, tener una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional y que la medida se adecuada para alcanzar este fin. Por otra parte se insta a ponderar el impacto que este límite tiene para la libertad de expresión en internet frente a los relativos beneficios que el mismo promovería.²⁶

A modo de conclusión

Es claro que el ciberespacio no puede ser un entorno ajeno a las leyes y principios jurídicos que rigen el resto de nuestra vida social. Por otra parte la progresiva puesta a disponibilidad pública de la vida de las personas²⁷ tiene, como no podría ser de otra manera, consecuencias jurídicas. Ante esta realidad el “derecho al olvido” surge como una respuesta que pretende viabilizar en Internet, determinado nivel de protección de datos personales que en su día fue concebido para un mundo mucho menos interconectado. Conceptualmente podemos ubicar a este desarrollo, o bien como una forma más amigable de denominar el “derecho de supresión”, o

²⁴ Bosco Cámara Pellón. (2016). Derecho al olvido vs. Derecho a la memoria. 14.03.17, de Revista La Toga Sitio web: <http://revistalatoga.es/derecho-al-olvido-vs-derecho-a-la-memoria/>

²⁵ El supuesto Derecho al olvido. Una amenaza para la libertad de expresión. Resolución de la 72ª Asamblea General Ciudad de México, México 13 al 17 de octubre de 2016. <http://media.sipiapa.org/adjuntos/185/documentos/001/803/0001803826.pdf>

²⁶

http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/paises/2016_07_18_ESP_Observaciones_Preliminares.pdf

²⁷ Toscano, Silvia Susana (2016). Libertad de expresión, datos personales e Internet a la luz del sistema Interamericano de Derechos Humanos. En Hacia una Justicia 2.0. Volumen III. Salamaca: Ratio Legis. Pág.: 309.

bien como una extensión del mismo orientado a la red y a la permanencia de datos que en su origen fueron legítimamente tratados.

El “derecho al olvido” permite en ciertas circunstancias y a iniciativa de un interesado, que se deje de tratar, generalmente mediante la desindexación en los motores de búsqueda, aquellos datos personales que sobre si obren en Internet. Como señaláramos este derecho puede incluir el cese del tratamiento de información veraz y legítimamente obtenida lo cual presenta una serie de problemas jurídicos de envergadura. Evidentemente no es la misma consideración la que ha de tenerse cuando estamos ante información cuyo tratamiento se encuentre viciado que aquella obtenida y tratada en forma legítima y veraz.

El alcance de determinados conceptos, las dificultades técnicas para sustentar los fallos, los problemas para la aplicación universal del derecho, su contraposición con la “libertad de pensamiento, expresión e información” y el conflicto con el “derecho a la memoria” cuyo desarrollo es tan caro a nuestros pueblos, surgen como señales de alerta para su consolidación legislativa. Por otra parte la casuística es tan rica que resulta sumamente arduo crear parámetros de carácter general y legal que orienten con precisión esta temática. Por lo pronto queda claro que el “derecho al olvido” es una garantía que cuenta con amplios límites, tanto en el terreno práctico como en el jurídico.

Tampoco podrá desatenderse los riesgos que el olvido entraña para una sociedad, cuando determinados agentes pretendan blanquear su pasado usando la bandera de la protección de datos. Parece oportuno resguardarse de los peligros subyacentes a una novel forma de censura que permite, tanto al Estado como a los privados, determinar que debemos y de quien nos debemos olvidar.

En nuestra opinión todo lo antedicho nos lleva a concluir que una eventual consolidación normativa de este derecho ha de tener en cuenta las particularidades de nuestra sociedad, situación que descarta una simple homologación de los criterios europeos. Por lo pronto pareciera que la mejor manera de resguardar la “reputación digital” es la de limitar la auto exposición, comprendiendo al fin que nuestros actos y acciones van a tener una permanencia en la red mucho mayor a la que hubiéramos deseado.