



Comparative Law Review

2018

ISSN: 2983 - 8993

COMPARATIVE LAW REVIEW

The Comparative Law Review is a biannual journal published by the
I. A. C. L. under the auspices and the hosting of the University of Perugia Department of Law.

Office address and contact details:

Department of Law - University of Perugia
Via Pascoli, 33 - 06123 Perugia (PG) - Telephone 075.5852437
Email: complawreview@gmail.com

EDITORS

Giuseppe Franco Ferrari
Tommaso Edoardo Frosini
Pier Giuseppe Monateri
Giovanni Marini
Salvatore Sica
Alessandro Somma

EDITORIAL STAFF

Fausto Caggia
Giacomo Capuzzo
Cristina Costantini
Virgilio D'Antonio
Sonja Haberl
Edmondo Mostacci
Valentina Pera
Giacomo Rojas Elgueta

REFEREES

Salvatore Andò
Elvira Autorino
Ermanno Calzolaio
Diego Corapi
Giuseppe De Vergottini
Tommaso Edoardo Frosini
Fulco Lanchester
Maria Rosaria Marella
Antonello Miranda
Elisabetta Palici di Suni
Giovanni Pascuzzi
Maria Donata Panforti
Roberto Pardolesi
Giulio Ponzanelli
Andrea Zoppini
Christian von Bar (Osnabrück)
Thomas Duve (Frankfurt am Main)
Erik Jayme (Heidelberg)
Duncan Kennedy (Harvard)
Christoph Paulus (Berlin)
Carlos Petit (Huelva)
Thomas Wilhelmsson (Helsinki)
Mauro Grondona

COMPARATIVE LAW REVIEW VOL. 9 /2

Virgilio D’Antonio – Simona Libera Scocozza

8 El Derecho al olvido en el diálogo entre el modelo europeo y las experiencias suramericanas

Anastaziya Tataryn

32 El Italian Style entre Centro y Periferia, o Gramsci, Gorla y lo que está en juego en el derecho privado.

Silvia Bagni

54 “All you need [to compare] is love”

Andrea Stazi

75 El Papel de derecho en la production de desigualdad: el caso de los alimentos

Yuri Tornero Cruzatt

104 Crítica a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano que desarrolla la “economía social de mercado”

Elisa Contu – Book Review

138 Codigo Civil, Bello y La Exegesis en Colombia

EL DERECHO AL OLVIDO EN EL DIÁLOGO ENTRE EL MODELO EUROPEO Y LAS EXPERIENCIAS SURAMERICANAS

Virgilio D'Antonio

Simona Libera Scocozza

En el contexto jurídico comunitario, la sentencia Google Spain del Tribunal de Justicia de la Unión Europea representa el punto de referencia fundamental para definir teóricamente el derecho al olvido, entendido como posición jurídica resultado del equilibrio entre derecho individual a la construcción de su propia identidad (no solo digital) y derecho colectivo al conocimiento, sin olvidar el papel (también tutelado) de los que han difundido la información (ya sean buscadores, periodistas, etc.). La tentativa de desplazar las cuestiones de la decisión del Tribunal europeo a otras realidades jurídicas, sobre todo aquellas suramericanas, ha producido soluciones, en algunos casos originales, no exentas de luces y sombras pero caracterizadas por el específico interés que estos ordenamientos tienen por la búsqueda de un equilibrado balance entre derechos individuales y derechos colectivos (sobre todo aquel a la información) en contextos donde sigue siendo fuerte el recuerdo de un cercano pasado de violaciones de los derechos humanos perpetradas por el mismo medio del “derecho”.

Under the European Community legal context, the decision called “Google Spain” rendered by the European Court of Justice represents the fundamental theoretical definition of the “right to be forgotten”, considered as an individual right resulting from the balance between the individual right of the protection of its own identity (not only digital) and the general right of information. The attempt to transpose the contents of the decision of the European Court into other legal contexts, especially in Latin American ones, has settled solutions “with lights and shadows”, considering in any case the protection that these systems granted to the research of the right balance between individual rights and collective rights (in particular the right to be informed) in contexts where the human rights violations are frequent and not always punished.

TABLA DE CONTENIDO

PREMISA

I. NASCIMIENTO DE UN DERECHO

II. EL OBJETO DE LA INSTANCIA: EL DERECHO A LA DESINDEXACIÓN

III. LAS PARTES DEL PROCEDIMIENTO: EL INTERESADO Y LOS “CONTRAINTERESADOS”

IV. EL DERECHO AL OLVIDO EN EL NUEVO REGLAMENTO SOBRE PRIVACIDAD

V. ARGENTINA

VI. BRASIL

VII. COLOMBIA

CONCLUSIONES

PREMISA

Pensar es olvidar diferencias, es generalizar, abstraer.

*En el abarrotado mundo de Funes
no había sino detalles, casi inmediatos¹.*

¿Qué sería el hombre sin la posibilidad de olvidar, de elegir –incluso inconscientemente– lo que cabe guardar en la memoria y lo que, en cambio, es necesario olvidar para poder superar las dificultades de la vida?

Para Borges, un hombre sin olvido es como una máquina, es un autómata exento de cualquier capacidad de elaborar pensamientos, un ser rico en informaciones pero incapaz de seleccionarlas, esto es, destinado a quedar aplastado por todas las informaciones acumuladas.

Tal y como a menudo ocurre durante la evolución del discurso jurídico, la existencia de un verdadero derecho al olvido se fortalece justo cuando se pone en tela de juicio su esencia por el riesgo ínsito en el perenne presente prometido por la red y reconocido como uno de los rasgos típicos del *medium*².

Sin embargo, cabe destacar que el derecho al olvido, siendo exteriorización y ramal de todos aquellos derechos relacionados con la protección de la personalidad y con la intimidad, tal y como es en la experiencia europea, no tiene suerte en países que están luchando socialmente para buscar las verdades escondidas por las dictaduras militares.

Desde este punto de vista se debe considerar la discusión sobre el derecho al olvido en América Latina, donde búsqueda de la verdad y derecho al olvido se contraponen a la tutela de los derechos de los pueblos víctimas de las impiedades de las dictaduras.

Existen proyectos de ley y fallos jurisprudenciales en diferentes países y regiones de América Latina acerca de la cuestión del derecho al olvido y, dependiendo de los casos, se inspiran mucho en la solución europea y de esta proceden.

* Aunque concebidos conjuntamente por los dos autores, los párrafos de 1 a 4 están a cargo de Virgilio D'Antonio y los de 5 a 8 de Simona Libera Scocozza. Este texto está destinado a escritos en honor del prof. Antonio Scocozza.

¹ J.L. Borges, *Funes el memorioso*, en *Ficciones*, 1944.

² Dentro de los primeros comentarios orgánicos a la decisión, véase A. Palmieri y R. Pardolesi, “Dal diritto all’oblio all’occultamento in rete: traversie dell’informazione ai tempi di Google”, en *Nuovi Quad. Foro it.*, 1, 2014, pp. 1-16. De todas formas, sobre las conclusiones del Abogado general Nillo Jääskinen, aunque caracterizadas por una lectura de la circunstancia inspirada en soluciones decididamente más moderadas respecto de aquellas de la sentencia, véase D. Lindsay, “The «right to be forgotten» in European data protection law”, en N. Witzleb, D. Lindsay, M. Paterson y S. Rodrick (eds.), *Emerging Challenges in Privacy Law. Comparative Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 290-337.

I. NACIMIENTO DE UN DERECHO

A pesar de que el concepto de derecho al olvido no es nuevo para Europa³, no debe sorprender que en este continente haya empezado el debate sobre este tema, abriendo el camino a una nueva época de derechos.

Con la decisión del 13 de mayo de 2014⁴, basándose en la normativa de la Unión Europea en materia de protección de los datos personales, el Tribunal de Justicia europeo sostiene que *Google* y, en general, todos los buscadores, son responsables del tratamiento de los datos personales que se encuentran en los sitios *web*⁵. Esto significa que quienquiera puede pedir que determinadas informaciones que lo atañen sean borradas, si el sujeto las considera inadecuadas, no pertinentes o también inactuales.

Antes de profundizar en el fallo en cuestión y en la importancia de esa decisión, cabe decir que la locución “derecho al olvido” no aparece casi nunca en el texto de la decisión, sino que se emplea bastante raramente, tal vez de forma fugaz⁶.

En efecto, el verdadero objeto del fallo se puede considerar como mucho un “fragmento” particular y marginal del derecho al olvido: el derecho al oscurecimiento de determinados resultados de búsqueda asociados con su propio nombre por las *search engine technologies*, es decir, una moderna prerrogativa propia y exclusiva de las relaciones entre internautas y administradores de buscadores. Cabe hallar la génesis de la decisión de la sentencia del Tribunal de Justicia en la especialización de la actividad de los buscadores que actúan en la *web*⁷ como “tratamiento de datos personales”, según el art. 2, letra b) de la Directiva 95/46/CE⁸.

³ A raíz de lo aprendido de Paul Bernal, Carlos Cortés Castillo afirma que el origen del derecho al olvido se halla en el concepto de derecho francés “*droit à l’oubli*” e italiano que, en términos generales, lo define como “el derecho a tener silenciados sucesos del pasado que ya no tienen relación con la actualidad”, tal y como los delitos del pasado que se han extinguido. Cfr. C. Cortés Castillo, “Derecho al olvido: entre la protección de datos, la memoria y la vida personal en la era digital”, en E.A. Bertoni (ed.), *Internet y Derechos Humanos. Aportes para la discusión en América Latina*, Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2014, p. 135. Disponible en: <http://www.palermo.edu/cele/pdf/InternetyDDHH.pdf>. Véase también P.A. Bernal, “A Right to Delete?”, en *European Journal of Law and Technology*, Vol. 2, No. 2, 2011, p. 1. Disponible en <http://ejlt.org/article/view/75/144>.

⁴ “Google Spain, S.L., Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González”, sentencia del 13 de mayo de 2014. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=f>

⁵ Cfr. párr. 83 y 85 sentencia *Google Spain*.

⁶ Precisamente, la palabra ‘olvido’ solo aparece cuatro veces en la sentencia y solo se articula dos veces en la locución ‘derecho al olvido’, en los párrafos 20 y 91.

⁷ En la decisión, la de los buscadores se define como actividad «que consiste en encontrar informaciones publicadas o insertadas por terceros en Internet, en indizarlas de forma automática, en memorizarlas momentáneamente y, finalmente, en ponerlas a disposición de los usuarios de Internet según un determinado orden de preferencia (cfr. párr. 21 y 41)». Similar actividad, según el Tribunal de Justicia, se puede considerar tratamiento de datos profesionales siempre y cuando las informaciones ofrecidas a los usuarios de la web contengan datos personales.

⁸ Cfr. E. Kosta, Ch. Kalloniatas, L. Mitrou, E. Kavakli, “Search Engines: Gateway to a New «Panopticon»?”, en S. Fischer-Hübner, C. Lambrinouidakis, G. Pernul (eds.), *Trust, Privacy and Security in Digital Business*, Springer,

Así las cosas, si, cuando “manejan” datos personales, la actividad de los buscadores se puede considerar “tratamiento de datos personales”, entonces es lógico atribuir al administrador del buscador la condición de ‘*responsable*’ del mismo, según el art. 2, letra d) del texto normativo. Por lo tanto, el administrador debe asegurar, sobre la base de sus responsabilidades, competencias y posibilidades, la conformidad de su *agere* a las previsiones de la directiva 95/46, en aquel entonces en vigor, y el interesado tiene igual derecho a recurrir directamente al responsable del mismo. Además, esto ocurre de forma totalmente autónoma respecto de las relaciones entre interesado y titular del sitio de origen, donde se halla la información: la petición dirigida al buscador prescinde de la diferente instancia de cancelación eventualmente propuesta al sujeto que ha puesto la información en la red. Por lo tanto, el corte interpretativo marcado por la sentencia está representado por la elección de otorgar independencia al servicio desempeñado por los buscadores, entendido como autónomo tratamiento de los datos personales, distinguiéndolo de aquel de los administradores de las páginas de origen. Está claro que, en este segmento, el administrador del buscador es responsable del autónomo tratamiento⁹.

Por medio de esta solución interpretativa, el Tribunal llega a reconocer a cualquier interesado el derecho a presentar al administrador del buscador instancias según los arts. 12, letra b), y 14, apartado 1, letra a), de la directiva 95/46¹⁰ para obtener la exclusión de los resultados de búsqueda relacionados con su propio nombre de determinadas informaciones presentes en la red y que atañen a su esfera personal. En la estructura de la decisión, la primera selección acerca de la validez de la instancia se remite precisamente al administrador del buscador, el cual debe desempeñar la difícil tarea de identificar el justo equilibrio entre los derechos fundamentales de la persona, derivantes de los arts. 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y el (potencialmente conflictivo) legítimo interés de los usuarios de Internet que quieran acceder a aquella específica información¹¹. Si el interesado ve que su instancia es desatendida por el administrador del buscador puede dirigirse a la autoridad de control nacional en materia de privacidad o, de lo contrario, a la autoridad judicial, para que estas –casi como si fueran órganos de segundo grado– verifiquen la honradez de la posición del responsable del tratamiento y,

Heidelberg, 2009, pp. 11-21. Cfr. también las contribuciones presentes en S. Furnell, C. Lambrinouidakis, J. Lopez (eds.), *Trust, Privacy, and Security in Digital Business*, 10th International Conference, TrustBus, Praga, 2013, 28-29 de Agosto de 2013.

⁹ Oportunamente A. Palmieri, R. Pardolesi, *Dal diritto all'oblio all'occultamento in rete*, cit., p. 6, subrayan que, respecto de este perfil específico, el Tribunal también está en contradicción con la reconstrucción ofrecida por el Grupo de Trabajo Artículo 29 del parecer n. 1/2008, para la cual los buscadores, «as providers of content data (such as the data in the index), generally [...] are not to be held as primarily responsible under European data protection law for the personal data they process. Exceptions are the availability of a long-term ‘cache’ and value added operations on personal data (such as search engines aimed at building profiles of natural persons)».

¹⁰ En el párr. 77 de la decisión.

¹¹ Cfr. párr. 81 de la decisión comentada.

eventualmente, le ordenen adoptar medidas adecuadas¹².

Ese resultado prescinde completamente de la cancelación de la red de la página en que las informaciones han sido publicadas en principio o de otros enlaces que remiten a estas¹³. En definitiva, desde la específica perspectiva de los procedimientos de notificación y remoción de contenidos en el ámbito de la llamada *web 2.0*, las soluciones ofrecidas por el Tribunal se podrían así sintetizar: a) cada ciudadano comunitario puede solicitar directamente al buscador que elimine un enlace con una página *web* que contenga datos personales referibles a él, aunque publicados lícitamente en la página de origen; b) el prestador, como responsable del tratamiento, debe examinar la instancia del particular y, en caso de rechazo (o de fallida confirmación), este último podrá recurrir a la Autoridad administrativa independiente o a la judicial; c) la actividad de equilibrio se deberá desarrollar teniendo en debida cuenta la libertad de empresa del proveedor y los derechos de acceso a la información de todos los socios, puesto que, por lo general, es preeminente el derecho del interesado a ver desindexados los resultados considerados contrarios al propio derecho a la intimidad, a la tutela de los datos personales, así como a la identidad personal, también frente a la falta de un efectivo perjuicio.

II. EL OBJETO DE LA INSTANCIA: EL DERECHO A LA DESINDEXACIÓN

Ya se ha dicho que la decisión del Tribunal de Justicia –aunque se considera un viraje del derecho al olvido en Internet– solo fugazmente recuerda similar posición jurídica, para luego detenerse en una especie de más neutro y técnico «derecho a no ser buscados fácilmente»¹⁴ por los internautas que consultan a los buscadores: es el derecho a la desindexación de determinadas páginas *web* frente a específicos parámetros de búsqueda (es decir, el nombre del interesado). La marcada reticencia del Tribunal de referirse explícitamente al derecho al olvido en la decisión no es casual: muy probablemente la *Grande Chambre* no quisiera definir la situación del *right to be forgotten* en la época de Internet, sino más bien reglamentar una posición jurídica que, a pesar de estar relacionada con

¹² El párr. 82 de la decisión prevé explícitamente que «la autoridad de control o la autoridad judicial, frente al resultado de la evaluación de las presuposiciones de aplicación de los artículos 12, letra b), y 14, primer apartado, letra a), de la directiva 95/46, que se realiza cuando reciben una petición como aquella objeto del procedimiento principal, pueden ordenar a ese administrador que elimine de la lista de resultados, que aparece tras una búsqueda hecha a partir del nombre de una persona, los enlaces a páginas web publicadas por terceros y que contienen informaciones relativas a esa persona, sin que una intimación en ese sentido presuponga que ese nombre y esas informaciones sean, con el pleno consenso del editor o por orden de una de las autoridades antes citadas, previa o simultáneamente borrados de la página web en la que han sido publicados».

¹³ Sobre el tema se remite a las reflexiones de C. Bennett, Ch. Parsons, A. Molnar, “Forgetting, Non-Forgetting and Quasi-Forgetting in Social Networking: Canadian Policy and Corporate Practice”, cit., pp. 41 y ss.

¹⁴ Hablan explícitamente de «right not to be found easily» A. Palmieri, R. Pardolesi, *Dal diritto all'oblio all'occultamento in rete*, cit., p. 14.

el olvido, presenta indudables rasgos peculiares por especificar unos vínculos entre individuos y buscadores que sondean constantemente la red. Es el derecho a la desasociación de su propio nombre de un determinado resultado de búsqueda.

Este derecho a la desasociación –que llevará a una nueva definición de derecho al olvido– parte de la voluntad de permitir al individuo de “reglamentar” su propia presencia en la *web*, huyendo del “perenne presente” de la red y de la creación de un perfil personal no querido por el sujeto interesado, esto es, diferente de la imagen pública que cada uno quiere ofrecer de sí mismo.

Al releer el cuerpo de la sentencia, la búsqueda de enlaces a páginas *web* que se refieren a un nombre se parangona a un tipo de creación de ‘perfil’ de un determinado sujeto: la extrema indeterminación del tratamiento desempeñado por los buscadores al que, por lo general, no ha sido reconocido por el Tribunal ninguna finalidad periodística, histórica o estadística, lleva a la previsión de una especie de ‘nuevo’ derecho para el sujeto al que se refieren las informaciones. Esa posición jurídica se concreta en la posibilidad de pedir directamente al administrador de la plataforma que elimine aquellos enlaces *web* considerados perjudiciales para sus derechos fundamentales a la intimidad y a la tutela de los datos personales. Además, tal y como parece establecer el Tribunal, el derecho al oscurecimiento de determinados enlaces es extremadamente difusivo, en la medida en que la potencial lesión a tutelar por medio de la desindexación no presupone ni la ilicitud de la información presente en el sitio de origen, ni se fundamenta necesariamente en la existencia de un perjuicio para el interesado. Es más, en diferentes pasajes de la sentencia se lee que el derecho a la eliminación de las SERP (*Search Engine Result Pages*) prescinde completamente de la comprobación de que la inclusión de la información en cuestión en esa lista ocasione un perjuicio al interesado. Y entonces, por lo que a los perfiles procedimentales se refiere, este es el específico derecho en el que se puede basar la instancia propuesta por el interesado al administrador del buscador: esto es, no el derecho de concelación de la información de la red, sino más bien aquel a la desasociación de una página específica, identificada por el propio *Uniform Resource Locator* (URL), de una peculiar *query* de búsqueda (es decir, el nombre del interesado).

En otras palabras, parecería que el Tribunal de Justicia tuvo una especie de ‘viraje’ acerca del derecho al olvido, aunque entendido en su acepción dinámica y ‘tecnológica’¹⁵: ya no es (o no solo) derecho al olvido de sí, sino también al mero redimensionamiento de su propia visibilidad telemática. Si bien se mira, se trata de principios no desconocidos a los medios de comunicación tradicionales, como la prensa, y los argumentos empleados por el Tribunal a beneficio de su reconstrucción son similares a los a que recurre la jurisprudencia que ha sancionado la prohibición

¹⁵ Sobre el tema se remite a las reflexiones de G. Finocchiaro, *La memoria della rete e il diritto all’oblio*, cit., pp. 391 y ss. Véase también F. Mangano, “Diritto all’oblio”, en *Giur. merito*, 2012, pp. 2621-2651.

de injustificada conmemoración de hechos ya antiguos e inactuales¹⁶. Esos principios, llevados en los mecanismos propios de la red, significan que cada sujeto tiene el derecho a que su propia situación personal, ya no actual, desaparezca de la primera plana de la red –es decir, de las SERP producidas por los buscadores– para trasladarse a las páginas internas o ‘de segmento’ (que también forman parte de la *web*, aunque menos importantes). Al eliminar el enlace, el usuario interesado por aquella específica información podría realizar búsquedas ulteriores entrando directamente en las páginas o en los archivos de periódicos u otras ‘fuentes’, tal y como ocurría en los ‘albores’ de Internet. Por lo tanto, el objeto de la instancia presentada al buscador consiste en quitar al público una modalidad de acceso simplificada y generalizada a informaciones sobre su persona.

III. LAS PARTES DEL PROCEDIMIENTO: EL INTERESADO Y LOS “CONTRAINTERESADOS”

Tras definir cuál es el objeto de la instancia, cabe considerar a las posibles partes (directas o indirectas) del procedimiento de eliminación, cada una de las cuales tendrá un interés específico. En efecto, la actividad de balanceo entre derechos e intereses contrapuestos deseado por el Tribunal descansa en vía preliminar sobre la figura del prestador de servicios, el cual tiene que analizar las instancias de los particulares y, si se considera necesario, tiene que poner en ejecución las solicitudes de desindexación.

Como han más veces argumentado los jueces de Luxemburgo, partiendo de la posición del interesado¹⁷, a la hora de proponer su solicitud de desindexación de determinados resultados asociados con su nombre, este se acogerá a la aplicación del derecho a la intimidad y de aquel a la protección de los datos personales sobre la base de los arts. 7 y 8 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión, además del derecho a la identidad personal¹⁸. Incluso ante la ausencia

¹⁶ Recientemente ha corroborado ese principio Cas. 26 de junio de 2013, n. 16111, en Foro it., 2013, I, pp. 2442 y ss. Por otro lado, desde siempre la actualidad de la noticia es uno de los parámetros de evaluación utilizados. Cfr. Trib. Roma 15 de mayo de 1995, en *Dir. Inf.*, 1996, pp. 424 y ss.; Trib. Nápoles, 8 de abril de 1995, *ibid.*, 1995, pp. 1016 y ss.; Trib. Roma 24 de enero de 1996, *ibid.*, 1996, pp. 572 y ss., con nota de V.Zeno-Zencovich.

¹⁷ Hay una evidente responsabilidad de identificación que el interesado debe cumplir adjuntando a su petición un documento de identidad o por medio de instrumentos de firma digital. Está claro que el administrador del buscador podrá desatender las peticiones a las que no se adjunten los datos del interesado, puesto que es fácil que se trate de «peticiones de remoción fraudulenta por parte de personas que se hacen pasar por otras para perjudicar a competidores o eliminar impropiaamente informaciones legales» (del módulo *on-line* de Google). La petición podría ser presentada también por un representante del interesado (o por un abogado), añadiendo igualmente un documento de identidad del interesado. En teoría, si la petición de remoción atañe a páginas que contienen imágenes con el interesado, podría ser necesario que el documento contenga la foto del mismo.

¹⁸ El derecho a la identidad personal se fundamenta en la identidad moral del individuo y se debe entender como el interés de la persona para que no se altere la verdad de su propia vida y de sus propias ideas. Ese derecho es diferente del a la integridad moral, porque prescinde de la naturaleza injuriosa o difamatoria de la noticia difundida, pero se refiere inmediata y simplemente a la verdad de la imagen global del sujeto. En la doctrina italiana, cfr. los

de una casuística consolidada, de la lectura de la decisión del Tribunal de Justicia parece emerger un elemento evidente: a su solicitud, él que presenta la instancia no debe añadir pormenorizadas argumentaciones, jurídicas o factuales, acerca de la necesidad de eliminar aquel determinado resultado. Se ha notado que la aceptación de la instancia prescinde totalmente de posibles prejuicios relacionados con la permanencia online del enlace en cuestión asociado con su nombre.

Por lo tanto, si las razones del solicitante pueden tener elementos justificadores mínimos, por ahora y por como lo ha configurado el Tribunal de Justicia, no parece existir similar consideración para eventuales contrainterésados (diferentes del administrador del buscador); la participación en el procedimiento de potenciales sujetos con intereses contrapuestos a los del interesado no aparece en la decisión y quizás, por las praxis adoptadas por los administradores de los buscadores, sea meramente eventual.

En efecto, en la sentencia se recuerda la perspectiva del *service provider*, considerado titular de un personal derecho a la libertad de empresa (también ex art. 17 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión), pero mucho más vago, incluso inconsistente, es el interés por la platea (no necesariamente indistinta) de los usuarios de la red, que también pueden preciarse de un derecho al libre acceso a las informaciones presentes en la *web*¹⁹. Respecto de eso, la decisión en cuestión parece sobremanera deficitaria, puesto que ofrece una visión muy restrictiva del art. 11 de la Carta de los derechos fundamentales, por la evidente compromisión del derecho a la libertad de expresión –entendido en sentido lato– que el procedimiento en cuestión representa. La prerrogativa libertaria fundamental ínsita en el acceso a las informaciones por Internet parecería

estudios de A. De Cupis, “I diritti della personalità”, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, al cuidado de Antonio Cicu y Francesco Messineo, Giuffrè, Milán, 1959, pp. 399 y ss.; V. Zeno-Zencovich, voz *Identità personale*, en *Dig. disc. priv.*, secc. civ., IX, Turín, 1993, pp. 294 y ss.; F. Macioce, *Tutela civile della persona e identità personale*, Cedam, Padua, 1984; G. Bavetta, voz *Identità (diritto alla)*, en *Enc. dir.*, XIX, pp. 953 y ss.; G. Alpa, L. Boneschi, M. Bessone (eds.), *Il diritto all'identità personale*, Cedam, Padua, 1981. Véase también G. Resta, *Identità personale ed identità digitale*, cit., al que se remite también por lo que a la bibliografía se refiere. Cfr. también M.L. Ruffini Gandolfi, *Mass media e tutela dell'identità personale. Il problema nel diritto statunitense*, Giuffrè, Milán, 1987.

¹⁹ Los estudiosos llevan interrogándose desde hace tiempo sobre los confines del derecho a ser informados; véanse V. Zeno-Zencovich, “Il controllo sulle metodologie informative”, en *Dir. Inf.*, 1991, pp. 553 y ss. y P. Stanzone, “Informazione: potere, contropotere e le libertà del cittadino?”, en Id., *Diritto privato. Casi e problemi*, Salerno, 1992, pp. 339 y ss. La literatura en materia es muy amplia: *inter alios*, se remite a S. Fois, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milán, 1957; L. Paladin, “Problemi e vicende della libertà d'informazione nell'ordinamento giuridico italiano”, en Id. (ed.), *La libertà d'informazione*, Utet, Turín, 1979, pp. 33 y ss.; V. Crisafulli, “Problematica della «libertà d'informazione»”, en *Il Politico*, 1964, pp. 284 y ss.; A.M. Sandulli, “La libertà d'informazione”, en *Problemi giuridici dell'informazione. Atti del XXVIII Convegno nazionale*, en *Quadrimestre*, Milán, 1979, pp. 15 y ss.; A. Loiodice, *Contributo allo studio sulla libertà di informazione*, Jovene, Nápoles, 1969; M. Mazziotti Di Celso, “Appunti sulla libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano”, en *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Cedam, Padua, 1985, II, pp. 524 y ss. Desde un punto de vista comparatístico, cfr. A. Baldassarre, “Libertà di stampa e diritto all'informazione nelle democrazie contemporanee (con particolare riguardo a Francia, RFT e USA)”, en *Pol. dir.*, 1986, pp. 586 y ss.; J. Rivero, “Il regime giuridico dell'informazione in Francia”, en L. Paladin (ed.), *La libertà d'informazione*, cit., pp. 65 y ss.; M.D. Forkosch, *La libertà d'informazione negli Stati Uniti d'America*, Ivi, pp. 195 y ss.

(casi siempre) considerarse sucumbiente respecto del derecho a ver protegida su propia intimidad en las búsquedas en la red, y el relieve residual atañería exclusivamente a un tratamiento con finalidades periodísticas²⁰. El principal (aunque no único) límite al derecho del interesado enunciado por el Tribunal de Justicia es el interés público al acceso a la noticia, entendido como explicitación del derecho a la libertad de información, con la única (y ejemplificadora) alusión a la notoriedad del sujeto al que se refieren los datos personales. A pesar de eso y de experiencias similares, propias de la *web*, donde el respeto contradictorio representa uno de los valores en los que se basa la legitimidad del procedimiento²¹, el sujeto titular de ese interés –no necesariamente superindividual– ni se identifica, ni se le llama a participar en el procedimiento de oscurecimiento del resultado de búsqueda.

Hemos visto que ese interés no coincide con aquel del administrador del buscador e incluso se puede considerar diferente de aquel del titular del sitio de origen (cuya participación en el procedimiento de desindexación también es puramente eventual).

Probablemente aquí se pueda hallar el momento de criticidad máxima de la estructura procedural imaginada por el Tribunal de Justicia: el riesgo de compromisión de la libertad de expresión habría tenido que sugerir un mecanismo de participación inmediato y necesario por lo menos por parte de la Autoridad administrativa competente, que habría podido desarrollar un papel de mediación entre los diferentes intereses en conflicto. Por lo contrario, en la actualidad, la autoridad administrativa (o eventualmente aquella judicial) es relegada a referente “de segundo nivel” cuando el buscador no acoge la instancia. Lo que se destaca es una situación, en realidad bastante emblemática, en la que un sinnúmero de instancias será analizado y acogido solo sobre la base de la evaluación (parcial) del interesado y del administrador del buscador, sin que haya habido un debate real respecto del posible *vulnus* de la libertad de expresión.

IV. EL DERECHO AL OLVIDO EN EL NUEVO REGLAMENTO SOBRE PRIVACIDAD

Con la reciente aprobación del nuevo Reglamento UE 2016/79 –Reglamento sobre Privacidad– por parte del Consejo y del Parlamento europeo, al cuadro jurídico comunitario en materia de

²⁰ Cfr. CGE, Grande sez., 13 de mayo de 2014, pleito C-131/12, cit., párr. 85: «además, el tratamiento por parte del editor de una página web, que consiste en la publicación de informaciones relativas a una persona física, eventualmente se puede realizar “exclusivamente por finalidades periodísticas” gozando así, sobre la base del artículo 9 de la directiva 95/46, de derogaciones a las prescripciones dictadas por esta, mientras no parece formar parte de esta hipótesis el tratamiento realizado por el administrador de un buscador».

²¹ Piénsese, sobre todo, en los procedimientos de *notice and take down* experimentadas en materia de tutela de la propiedad intelectual.

tratamiento y protección de datos personales, superando la originaria directiva 95/46/CE, de alguna manera le ocurre lo que le ocurrió al ordenamiento jurídico italiano, al pasar de la ley n. 675/1996 al d.lgs. n. 196/2003 (el llamado “*Código en materia de protección de datos personales*”).

En efecto, partiendo de la directiva de 1995, el “sistema” del tratamiento de los datos personales se ha progresivamente enriquecido gracias a muchas intervenciones, ya sean sectoriales o globales, no solo de matriz legislativa, sino también procedentes de la actividad interpretativa del Tribunal de Justicia europeo y de aquella “paranormativa” de las *Data Protection Authorities* nacionales.

Aunque se mueve en el eje de la directiva 95/46/CE, con el paso del tiempo todo este “material” normativo ha ampliamente superado ese texto, imponiendo al legislador comunitario una obra de racionalización y sistematización que desembocó en el Reglamento de 2016.

Sin embargo, si bien se mira, sobre todo por lo que tiene que ver con el *specificum* del derecho al olvido y del derecho de cancelación de los datos personales²², la medida recién aprobada parece ponerse en una dimensión que no coincide perfectamente con las tesis explicitadas, incluso recientemente, por la jurisprudencia nacional de los Estados miembros y del Tribunal de Justicia, sobre todo después del *leading case* “Google Spain”.

En particular, el texto del art. 17 del Reglamento, aunque se conforma a la dimensión de las relaciones procedentes de la red, al proponer un aplastamiento de la perspectiva de olvido y cancelación sobre la mera cesación del tratamiento, no parece capaz de acoger todos los matices que la noción de derecho al olvido ha adquirido en los últimos años entre tutela de la identidad personal y protección de los datos personales del individuo.

De hecho, la previsión del art. 17, párr. 3 del Reglamento, titulado «*Derecho al olvido y a la cancelación*»²³, limita la obligación de cancelación del responsable del tratamiento en los casos en que

²² Se remite a G.B. Ferri, “Diritto all’informazione e diritto all’oblio”, en *Riv. dir. civ.*, I, 1990, pp. 801 y ss.; V. Zeno-Zenocovich, voz *Identità personale*, en *Dig. disc. priv.*, secc. civ., IX, Turín, 1995, pp. 295 y ss.; P. Bernal, “The EU, the US and Right to be Forgotten”, en S. Gutwirth, R. Leenes y P. De Hert (eds.), *Reloading Data Protection: Multidisciplinary Insights and Contemporary Challenges*, Dordrecht, Springer, 2014, pp. 61 y ss.; G. Finocchiaro, voz *Identità personale*, en *Dig. disc. priv.*, secc. civ., Turín, 2010, pp. 721 y ss. y otras amplias referencias bibliográficas que en esas obras aparecen. Véase también G. Resta, “Identità personale e identità digitale”, en *Dir. inf.*, 2007, pp. 511 y ss.

²³ La previsión presente en el texto, sobre todo en los párrafos 3 y 4, prevé que «el responsable del tratamiento se hace cargo sin retraso de la cancelación, a menos que no sea necesario guardar los datos personales: (a) para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión conformemente al artículo 80; (b) por motivos de interés público en el sector de la salud pública conformemente al artículo 81; (c) para finalidades históricas, estadísticas y de investigación científica conformemente al artículo 83; (d) para cumplir con una obligación legal de conservación de datos personales prevista por el derecho de la Unión o del Estado miembro al que está sometido el responsable del tratamiento; el derecho del Estado miembro debe perseguir un objetivo de interés público, respetar el contenido esencial del derecho a la protección de los datos personales y estar proporcionado al objetivo legítimo; (e) en los casos previstos en el párrafo 4. 4. En lugar de proveer a la cancelación, el responsable del tratamiento limita el tratamiento de los datos personales: a) cuando el interesado pone en duda su exactitud, por el período necesario para hacer los controles necesarios; b) cuando, aunque ya no lo necesite para el ejercicio de sus deberes, los datos se deben guardar para finalidades probatorias; c) cuando el tratamiento es ilícito y el interesado se opone a su cancelación y pide que se limite su empleo; d) cuando el interesado pide transmitir los datos personales a otro

la conservación de los datos personales sea necesaria para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión relacionado con la actividad periodística, por motivos de interés público en el sector de la sanidad pública, para finalidades históricas, estadísticas, de investigación científica o para cumplir con una obligación legal de conservación de datos personales prevista por el derecho de la Unión. La posición jurídica trazada por el Tribunal de Justicia parecería incluso extraña a similares confines y remitida exclusivamente a la ‘representación de sí’ que, con el tiempo, el interesado quiera guardar en la memoria de la *web*.

A la luz de los principios enunciados por el Tribunal de Justicia, según lo dispuesto por el art. 17 del Reglamento europeo, parece trazarse un articulado panorama del ejercicio del derecho al olvido en la red. Antes que todo, existe una doble vía de tratamiento de los datos en la *web*: por un lado, hay sitios de origen cuyos administradores tienen la responsabilidad de interesarse por la actualización, la contextualización y, en algunos casos, la eliminación de los datos personales presentes; por otro lado, sin embargo, por lo que a los datos en cuestión se refiere, procedentes de los llamados sitios de origen, cuando están sometidos al proceso de recopilación, catalogación, indexación y memorización momentánea por parte de los buscadores, el tratamiento al que se les somete es diferente y autónomo, porque tiene diversas finalidades y modalidades de realización²⁴. Conformemente a las más recientes consideraciones sobre el derecho al olvido, el interesado tiene dos posibilidades frente a la obsolescencia de sus datos personales presentes online: puede pedir que se intervenga directamente sobre la sustancia de la información o solo sobre la localización de la misma²⁵.

sistema de tratamiento automatizado, conformemente al artículo 18, párrafo 2».

²⁴ En realidad, si el Garante de la protección de los datos personales italiano, ya en algunas ocasiones, había reconocido la autonomía del tratamiento desempeñado por los buscadores, subrayando la diversa eficacia en términos de difusión e incidencia que la percepción de los mismos produce sobre los usuarios (cfr. Garante protezione dati personali, 18 de enero de 2006, doc. *web* n. 1242501, en www.garanteprivacy.it), en cambio, el Supremo Tribunal hasta ahora ha privilegiado un acercamiento más cauto sobre el tema, confiando importancia exclusiva al perfil de responsabilidad del sitio de origen, desde el punto de vista de una posición no “activa” del buscador respecto del control y del conocimiento de los datos memorizados incluso momentáneamente (cfr. Cas. n. 5525/2012, cit.). La posición de la Corte de Casación italiana se fundamenta en la distinción entre archivo y memoria de la *web*. Sobre la base de similar repartición, puesto que solo se consideran archivos aquellos de los usuarios que acceden a la red y aquellos de los titulares de los sitios que representan la fuente de la información (los llamados sitios de origen), el buscador se degrada a mero intermediario telemático, que ofrece un sistema automático de hallazgo de datos e informaciones a través de palabras clave, pues una simple base de datos que indiza los textos en la red y ofrece a los usuarios un acceso para la relativa consulta. Por lo tanto, El Supremo Tribunal italiano no cree que haya una relación directa entre administrador del buscador y el interesado, ni se pone el problema de la posible desactivación de la indización del resultado de búsqueda (que, sin embargo, sigue siendo presente en la Red), sino que atribuye exclusiva y directamente al titular de la página de origen el deber de actualizar y contextualizar el dato (también para una eventual indización del buscador). Para más saber, véase S. Sica y V. D’Antonio, “La procedura di de-indicizzazione”, en *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 4-5, 2014, pp. 703-730, p. 724.

²⁵ Vedi F. Werro, “The Right to Inform v. The Right to be Forgotten: A Transatlantic Clash”, en A. Colombi Ciacchi, C. Godt, P. Rott, L.J. Smith (eds.), *Liability in the Third Millennium*, F.R.G., Baden-Baden, 2009, pp. 294 y ss.

Es evidente que, en el primer caso, la instancia de actualización y contextualización de los datos y de las informaciones, precedentemente publicadas como noticias de crónica (o de otro tipo), se propondrá directamente al titular del sitio de origen; en cambio, en el segundo caso, datos e informaciones no variarán en la sustancia y la instancia se propondrá al buscador para que se limite a eliminar de sus listas de resultados páginas de origen inactuales.

Aunque el Tribunal de Justicia parece desvincular el derecho a la desindexación de los límites impuestos al derecho al olvido por el art. 17 del Reglamento europeo, el fundamento normativo de ambas posibilidades de intervención sobre sus propios datos personales sigue siendo el mismo y la desindexación representa el último resultado del ejercicio a la cancelación ejercido hacia aquellos particulares titulares del tratamiento que son los buscadores²⁶.

Sin embargo, lo que cambia no es solo el destinatario de la instancia (titular de la página de origen o del buscador) y el objeto de la misma (actualización del dato o desindexación del resultado de búsqueda), sino también la cualidad de los intereses balanceados: en el caso de la instancia que repercute en la sustancia de las informaciones, no parece posible identificar un interés contrario de la colectividad al conocimiento del dato obsoleto, sino que incluso hay una sustancial convergencia entre finalidad del interesado y finalidad del usuario que aspira a la integridad y corrección de los datos encontrados en la red; por lo contrario, en el caso de mera desindexación del resultado de búsqueda, por la incertidumbre de los confines que el Tribunal de Justicia destaca en esta prerrogativa, el derecho de cada usuario corre el riesgo de frustrar –además, sin un real contradictorio– aquel a la información de la colectividad²⁷.

V. PROTECCIÓN DE LOS DATOS Y DERECHO AL OLVIDO EN AMÉRICA LATINA

Antes que todo, cabe considerar que los países de América Latina tienen diferentes niveles de protección de datos personales, que responden a diferentes estrategias de reglamentación de la materia a causa de la variedad de los cuadros jurídicos de referencia. Según el manual sobre los *Data protection laws of the world* – DLA Piper, la mayoría de los países latinoamericanos tiene un nivel

²⁶ Sin embargo, cabe decir que el tratamiento por parte del editor de una página web, que consiste en la publicación de informaciones relativas a una persona física, podría eventualmente realizarse “*para finalidades periodísticas*” y así gozar –sobre la base del art. 85 del Reglamento europeo– de derogaciones a las prescripciones dictadas por esta, mientras no parece entrar en esta hipótesis el tratamiento hecho por el administrador de un buscador.

²⁷ Tal y como hemos podido observar (S. Sica, V. D'Antonio, *La procedura di de-indicizzazione*”, cit., p. 727), más que de aquel de actualización sustancial del dato presente en la página web, el procedimiento de eliminación de contenido debería estar caracterizado por la necesaria presencia de un sujeto, tal vez de matriz publicística (o parapublicística), que asegure el respeto de la libertad de acceso a las informaciones presentes en la web. Cfr. A. López-Tarruella, “The International Dimension of Google Activities: Private International Law and the Need of Legal Certainty”, en Id. (ed.), *Google and the Law. Empirical Approaches to Legal Aspects of Knowledge-Economy Business Models*, Springer, Heidelberg, 2012, pp. 329 y ss.

“moderado” de protección²⁸, como México, Costa Rica, Colombia, Perú, Chile y Uruguay. Por lo contrario, Honduras o Venezuela se consideran países con estructuras protectivas extremadamente limitadas. Solo Argentina, Chile y Brasil están discutiendo sobre la adopción de una ley general para la protección de los datos.

A la hora de crear una legislación nacional sobre la protección de datos, muchos países latinoamericanos se han inspirado en la directiva sobre la protección de datos de la Unión Europea, que reconoce el derecho a la cancelación de los datos.

Tras la cuestión *Google Spain*, los legisladores de las diferentes regiones han empezado a interesarse por el “derecho al olvido”, sobre todo en Brasil, Argentina y Colombia. Sin embargo, como ya hemos dicho, en esos países la discusión ha llevado a muchas interpretaciones del derecho a la exclusión de los resultados de los buscadores, considerando diferentes niveles de riesgo para los derechos humanos y definiendo diversamente el papel de los buscadores en materia de responsabilidad frente al tratamiento de los datos poseídos.

VI. ARGENTINA

En Argentina, algunos legisladores²⁹ han anunciado proyectos de ley que se interesan por la cuestión del derecho al olvido pero no desde el punto de vista de la protección de los datos, como en el caso europeo, sino más bien extendiendo el concepto de difamación.

Está claro que este acercamiento acabaría perjudicando significativamente el derecho a la libertad de expresión, reduciendo al máximo el derecho a ser informados y excluyendo inevitables consideraciones de interés público. Por otra parte, es conocida la posición del Tribunal de Justicia de la UE cuando aclara que las cuestiones de interés público, incluidas las informaciones sobre los personajes públicos, no deberían formar parte del derecho a la exclusión de los resultados de búsqueda.

Más allá de las tentativas escasamente logradas de legislación, también en Argentina, como en casi todos los demás casos, el derecho al olvido nace en los tribunales que, a lo largo de los años, han tenido que ocuparse de instancias dirigidas al reconocimiento de ese derecho.

En 2009, la cantante, actriz y modelo Virginia Da Cunha denunció a Google y Yahoo porque, al marcar su nombre en estos buscadores, los resultados remitían a sitios cuyos contenidos eran sexual y pornográficamente explícitos³⁰. La mujer pidió que la indemnizaran con casi \$42.000

²⁸ Cfr. <https://www.dlapiperdataprotection.com/#handbook/world-map-section/2>.

²⁹ Cfr. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/anteproyecto-de-ley-de-proteccion-de-los-datos-personales>.

³⁰ Alegaba que la información entregada por estos buscadores no estaba autorizada por ella, y que, además, los resultados que mostraban los buscadores le estaban afectando su carrera como cantante, modelo, actriz de

dólares por los daños morales y materiales sufridos, al haber violado el derecho a la intimidad y a la reputación.

La modelo afirmó que los resultados de los buscadores, enlazados con sitios *web* pornográficos, no eran compatibles con sus convicciones personales y ni mucho menos con su actividad profesional³¹ que, de hecho, quedaba perjudicada por esa situación. La cuestión acabó con la afirmación de la responsabilidad de los buscadores y de la supremacía del derecho de las personas a controlar el uso de su imagen³² respecto de un general derecho de acceso a las informaciones.

Los recursos contra esa decisión fueron inmediatos y el caso se remitió a la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina. Así las cosas, el caso que, en primera instancia, favoreció a Da Cunha, luego fue rechazado por el más alto órgano judicial de aquel país que, siguiendo la decisión que ya había tomado por otra celebridad (Belén Rodríguez), prefirió darle la razón a Google, considerando el caso sustancialmente similar al anterior³³.

La Corte corroboró y fijó lo que, actualmente, es el principio guía en materia de derecho al olvido en Argentina³⁴, es decir, que los buscadores solo son “intermediarios” porque no modifican las informaciones que indexan, esto es, no son y no deberían cargar con la responsabilidad de lo que los terceros publican. La Corte ha observado que “de la imagen original y del texto original – añadidos a la página *web*– es responsable exclusivamente el propietario de este, único creador del contenido”. Ha añadido que es el propietario del sitio *web* donde se hallan las fotos “quien debería rendir cuentas del eventual uso inapropiado” de la página misma³⁵. Considerar a los buscadores responsables de los contenidos que han creado “significaría sancionar la biblioteca” por lo que

televisión, etc. Inclusive, agregó que por parte de Google y Yahoo había una violación a derechos de autor puesto que Google y Yahoo permitían que imágenes de ella podían ser descargadas por terceros que posteriormente reproducían, usaban o explotaban dicho material fotográfico sin su autorización. Id. (Resulta, I., párr. 1). Revés judicial para un ex Bandana que demanda a Google y Yahoo, Los Andes (13 de Agosto de 2010).

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*: <http://law.emory.edu/eilr/content/volume-27/issue-1/recent-developments/argentinas-right-to-be-forgotten.html>. Simari luego ha añadido que la imagen que la ley debería proteger es la imagen que se adapta a la imagen creada por su sujeto y ha afirmado que esta imagen podría cambiar con el paso del tiempo. Además, el juez ha afirmado que el hecho de que la profesión de un individuo exige la visualización pública de su propia imagen no autoriza a terceros a emplear de forma ilimitada esa imagen. Simari ha añadido que las fotos de Da Cunha aparecidas en los buscadores de Google y Yahoo, relacionadas con la pornografía, el tráfico sexual y la prostitución, representaban una violación del derecho de Da Cunha a controlar su propia imagen en el presente, cuando se opuso al mensaje que las fotos enlazadas enviarían. El juez ha llegado a la conclusión de que no ha habido perjuicios materiales, y ha mandado a Google y Yahoo que pagaran cada uno 50.000 pesos por perjuicios morales y que eliminaran las fotos de Da Cunha de los resultados de búsqueda relativos al sexo, al erotismo y a la pornografía.

³³ Comunicación emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina). Fallo del 30 de diciembre de 2014 – Da Cunha, Virginia c/ Yahoo de Argentina SRL y otro/ daños y perjuicios.

³⁴ Ese principio ha sido aceptado por la Corte Constitucional Colombiana, es decir, la absoluta falta de responsabilidad en el tratamiento de los datos por parte de los simples intermediarios.

³⁵ CSJ 544/2010 (46-D) Recurso de hecho Da Cunha, Virginia el Yahoo de Argentina S.R.L. y otro sin daños y perjuicios. Se puede consultar en: https://eva.fing.edu.uy/pluginfile.php/99062/mod_resource/content/2/da-cunha-virginia-c.-yahoo-de-argentina-srl-y-otro-s.-danos-y-perjuicios.pdf.

contiene, ha afirmado la Corte. La directora de Asuntos Legales de Google para América Latina, María Baudino, ha elogiado esa decisión afirmando que “[...] el fallo establece criterios y principios fundamentales para evitar la censura y garantizar el acceso a la información en Internet”³⁶.

VII. BRASIL

Tal vez el caso brasileño sea el más interesante dentro de los latinoamericanos.

En efecto, frente a la problemática de solucionar cuestiones sobre el derecho al olvido³⁷, los tribunales brasileños han recurrido antes que todo a las normas ya existentes, es decir, el art. 5, apartado X³⁸ de la Constitución brasileña y el art. 21³⁹ del Código Civil brasileño, para luego medirse con la “Ley Cuadro sobre Derechos de Acceso a Internet” –*Marco Civil da Internet* (Ley n. 12.965, del 23 de abril de 2014). Es una ley que garantiza los derechos y establece los principios para el empleo de internet, y con la cual –como una especie de “Constitución digital”– se ha intentado dar una organización bien planeada a toda la materia, incluyendo también, en el art. 7, apartado X3, el derecho de cancelación de datos personales.

Esta ley garantiza algunos derechos fundamentales para los que emplean internet (arts. 7 y 8), la neutralidad de la red (art. 9), la protección de los registros de conexión (arts. 10-17), la responsabilidad de los proveedores (arts. 18-21), el acceso judicial a estos registros (art. 22), la puesta en práctica del poder público (arts. 24-28), y disposiciones finales⁴⁰. Además, también se le conoce para ser un micro estatuto sobre la protección de los datos personales, porque ha fijado las

³⁶ Cfr. http://www.larazon.com.ar/actualidad/Corte-buscadores-responsables- contenidos_0_619200145.html.

³⁷ Cfr. el caso “*Aida Curi*”. El 28 de mayo de 2013, el Tribunal Superior de Justicia brasileño (*Superior Tribunal de Justiça*) decidió bloquear un programa televisivo basándose en el derecho al olvido (REsp n. 1.335.153-RJ18). El programa se ocupaba de la muerte de Aida Curi, una brasileña matada violentamente en 1958. En el programa *Linea Direta* fueron empleadas imágenes de la mujer sin que la familia hubiera autorizado su empleo. Luego la familia, que ya había sufrido por su muerte, pedía ser indemnizada por daños morales y materiales, porque la emisora había empleado la imagen de Aida Curi sin autorización previa. El juez de la ciudad de Río de Janeiro decidía la inadmisibilidad del caso, y esto fue confirmado por la sentencia del Tribunal de Justicia del Estado de Río de Janeiro. Por lo contrario, el *Superior Tribunal de Justiça* brasileño (STJ) aceptó la indemnización porque la familia tenía el derecho al olvido. Además, el Tribunal parangonó ese derecho con el derecho del condenado a olvidar, a no ser recordado por el crimen cometido. En este caso, se dio un conflicto entre el derecho a la información al público y el derecho a la intimidad de la familia de la víctima, considerándolo más importante, porque ese documental no ofrecía ninguna ventaja al público acerca de los detalles del homicidio de Aida Curi. Disponible en:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100574280&dt_publicacao=10/09/2013>

³⁸ “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

³⁹ “Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

⁴⁰ Cabe subrayar que esta ley reafirma los derechos fundamentales, ya garantizados en la Constitución brasileña, por ejemplo el derecho a la libertad de expresión (art. 5, apartado IV de la Const. brasileña, y el art. 3, apartado I de la Ley Cuadro de los Derechos sobre Internet), el derecho a la intimidad (art. 5, apartado X de la Const. brasileña y el art. 3, apartado II de la Ley Cuadro de los Derechos sobre Internet), etc.

reglas para la recopilación, el desplazamiento y el empleo de los datos personales⁴¹.

Parecería la que la doctrina⁴² ha llamado “Constitución Informativa”, o bien *Information Bill of Rights*, pues una expresión empleada para indicar el conjunto de aquellos derechos dirigidos a buscar, recibir y distribuir informaciones y el control de sus propias informaciones, es decir, el derecho a la autodeterminación informacional y el derecho a la “privacidad informática”.

A esta altura, no podemos sino criticar este sistema de protección de datos, al que de todas formas cabe reconocer el “esfuerzo” de haber querido ordenar la materia.

Antes que todo lo criticamos porque, a pesar de haber creado una ley *ad hoc* para la protección de los datos personales, concretamente es necesario convertirla en más eficaz. La eficacia de los derechos fundamentales en internet es compleja, tanto por la velocidad de este tipo de medios, como por el desplazamiento transfronterizo de los datos personales. Tradicionalmente, para el ordenamiento brasileño, la protección privada de los derechos fundamentales se logra con la reparación de los daños morales y/o materiales y la tutela inhibitoria, según el art. 126 del Código Civil Brasileño⁴³, pero de hecho es imposible asegurar la tutela inhibitoria cuando se habla de *web*. También criticamos este sistema por la concreta aplicación del derecho al olvido. Aunque previsto por el art. 7 del *Marco Civil Da Internet*, los tribunales brasileños aún no han logrado decidir unívocamente sobre la cuestión, y todas las veces deciden qué derecho hacer prevalecer. Esto ocurre porque el derecho al olvido, tal y como se codifica en el *Marco Civil da Internet*⁴⁴, se entiende como la posibilidad del titular del dato de solicitar una exclusión definitiva de las informaciones que lo atañen por haber suspendido la relación contractual, dejando de lado todas las infinitas cuestiones enlazadas con la necesidad del individuo de ver borrada una información que lo concierne, a pesar de no tener ninguna relación contractual con el buscador.

La esencia del derecho al olvido es dinámica, y así debe ser porque exige un análisis casuístico para el que se toman en consideración los derechos fundamentales como el derecho a la intimidad y a la identidad, y el derecho a la información. En este momento, en Brasil, hay mucho interés por las

⁴¹ C.R. Pereira de Lima, B.R. Bioni, “A proteção dos dados pessoais na fase de coleta: apontamentos sobre a adjetivação do consentimento implementada pelo artigo 7, incisos VIII e IX do Marco Civil da Internet a Partir da Human Computer Interaction e da Privacy by Default”, en N. De Lucca, A. Simão Filho, C.R. Pereira de Lima, *Direito & Internet III: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)*, Tomos I e II, Quartier Latin, São Paulo, 2014, pp. 263- 290.

⁴² S. Rodotà, “Privacy e costruzione della sfera privata. Ipotesi e prospettive”, en *Politica del Diritto*, año XXII, n.1, Il Mulino, Boloña, pp. 521-546, p. 525.

⁴³ O. Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, Forense, Río de Janeiro, 2001, pp. 150-151. Véase también D. Gogliano, *Direitos Privados da Personalidade*, Tesis de Maestría de la Universidad de San Pablo, Facultad de Derecho, 1982.

⁴⁴ Art. 7 - VII – “*não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei*”, en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm.

futuras decisiones del Supremo Tribunal Federal, el cual podría obligar a los demás tribunales brasileños al derecho al olvido. Las mayores preocupaciones en doctrina tienen que ver con la historia de abusos de la libertad de expresión y el acceso a las informaciones, que es una de las críticas principales a Brasil y a las autoridades públicas, a nivel internacional, sobre el difundido uso de pleitos por difamación para echar tierra a la oposición.

Las organizaciones brasileñas que se ocupan de derechos humanos han afirmado también que si el derecho a la desindexación va a aumentar en Brasil, o va a ser aplicado de forma errónea, solo producirá abusos y violaciones del derecho a la libertad de expresión⁴⁵.

VIII. COLOMBIA

En cambio, en el caso de Colombia, el debate sobre el olvido ha empezado gracias a un fallo de la Corte Constitucional de 2015⁴⁶, que ha permitido a la recurrente que se cancelara un artículo periodístico de los resultados de búsqueda relacionados con su nombre. El artículo describía la supuesta implicación de la interesada en actividades criminales⁴⁷.

Antes que todo, cabe subrayar que la Corte Constitucional colombiana es particularmente activa y que a menudo ha tenido que tomar decisiones sobre cuestiones que atañían a los derechos del individuo y de la personalidad⁴⁸.

⁴⁵ Cfr. <https://www.opendemocracy.net/democraciaabierta/piers-purdy/civil-society-under-attack-in-latin-america>.

⁴⁶ Cfr. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-277-15.htm>.

⁴⁷ En agosto del año 2000, fue publicado en el diario “El Tiempo” el titular “Empresa de Trata de Blancas”, un artículo en el que, soportado con información entregada por la Fiscalía, narra la detención de más de una decena de ciudadanos. Allí aparecía el nombre de una persona quien posteriormente interpuso una acción de tutela en contra de la mencionada casa editorial por considerar violados sus derechos fundamentales al buen nombre, a la intimidad, el debido proceso, de petición y al trabajo. A Gloria en esa nota (que lógicamente fue indexada por Google) se le relacionaba como partícipe de hechos delictivos sobre los cuales nunca fue declarada culpable. Tal registro negativo, alegaba Gloria, generaba traumatismos a ella y a su familia para desarrollar actividades en su vida diaria, como la realización de trámites ante entidades financieras o la búsqueda de un empleo. El Tiempo se opuso, argumentando que la accionante no había aportado pruebas para controvertir la información publicada y que por lo tanto no se podía desvirtuar que los hechos allí narrados no correspondieran a la realidad. Por lo tanto, el medio de comunicación ratificó la veracidad de la información publicada. Finalmente, argumentó una ausencia de legitimación por pasiva, puesto que El Tiempo no tenía control sobre los motores de búsqueda en línea y por lo tanto no le asistía eliminar el enlace a la noticia que indexaba Google.

⁴⁸ En el caso específico, en primera instancia, el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cali consideró improcedente ordenar que se eliminara la información, pero estimó que sí se debería rectificar lo ocurrido pues el medio de comunicación no se opuso a lo argumentado por la demandante en el sentido de no haber sido vencida en juicio. Hasta aquí, la decisión judicial tutelaba el derecho a la honra y al buen nombre sin eliminación de información. Gloria no quedó contenta con la decisión. La noticia con su nombre seguía publicada. Con el propósito de buscar una eliminación definitiva, impugnó el fallo de primera instancia. El Tribunal Superior de Cali profirió sentencia, adicionando el fallo de tutela de primera instancia y le ordenó a “El Tiempo” eliminar de su página web toda información negativa relacionada en contra de Gloria por el delito de trata de personas. Consideró el Tribunal que, si bien al medio de comunicación le asiste el derecho a la libertad de expresión, este no es absoluto, pues encuentra como límites los derechos de otros ciudadanos. De la misma manera estimó que, si bien la noticia publicada por la Casa Editorial El Tiempo no era falsa, solo se refería al hecho de la captura de la accionante, mas no a lo

La Corte ha establecido que un individuo tiene el deber de pedir que determinados enlaces a páginas *web* que contienen informaciones obsoletas relativas al sujeto interesado se eliminen de los resultados de búsqueda. La Corte analizó la relación directa entre el derecho a la honra y el buen nombre. También conceptualizó sobre los derechos a la libertad de expresión e información, usando como referencia el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” y la “Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet”⁴⁹. Respecto al goce del derecho a la libertad de expresión en Internet, la Corte consideró relevante dos elementos contenidos en la Declaración: en primer lugar, el principio de la neutralidad de la red⁵⁰ y, en segundo lugar, la responsabilidad de los intermediarios de Internet.

Oponiéndose a la decisión de Google España en la UE y de forma totalmente nueva respecto de la experiencia europea, la Corte ha impuesto la obligación de desindexar las páginas registradas a nombre del editor originario, en este caso el periódico online, en lugar de los buscadores. A *El Tiempo* fue ordenado que utilizara medidas técnicas, como el fichero robots.txt, para garantizar que las páginas objeto del contencioso no fueran indexadas por los buscadores. Además, la Corte ha ordenado al periódico que actualizara el artículo inicial para aclarar la situación del solicitante respecto de las acusaciones criminales debatidas. En particular, en Colombia, al buscador se le exime de desindexar la página o incluso de intervenir en la cuestión. El único “controlador de datos” de interés es el sitio de origen. El buscador se considera un simple intermediario que merece ser protegido sobre la base de los principios de la libertad de expresión. Está claro que la novedad es esta, es decir, no reconocer una responsabilidad en el tratamiento de los datos a los buscadores que, en cambio, en la doctrina y en la jurisprudencia dominante resultan ser los responsables directos de los datos que “tratan”.

Respecto de la responsabilidad que cabe a los intermediarios de Internet como Google, la Corte cita un apartado de la Declaración donde se señala que: “[n]inguna persona que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet como acceso, búsquedas o conservación de información en la

acontecido en el juicio, donde no fue vencida. También expresó que adicionar dicha información a la publicación no satisfaría los derechos de la tutelante, por lo que ordenó su eliminación. La tutela fue seleccionada por la Corte Constitucional.

⁴⁹ Adoptada por el Relator Especial de Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre la Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

⁵⁰ El principio de neutralidad busca evitar situaciones de bloqueo, interferencia o filtración en un entorno como internet, pero teniendo en cuenta ciertas excepciones: cuando sea necesario para mantener la seguridad y funcionamiento de internet, se busque evitar transferencia de datos no queridos por el usuario y/o para lidiar con problemas de congestión a internet.

memoria caché deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de estos servicios, siempre que no intervenga específicamente en dichos contenidos ni se niegue a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando esté en condiciones de hacerlo (“principio de mera transmisión”).

La Corte acogió la anterior disposición, en la cual se establece cierta inmunidad para los intermediarios de Internet, de tal forma que no se les haga responsables por los contenidos y actividades que los usuarios del sistema desarrollan. Para la Corte, atribuir responsabilidad a quienes prestan estos servicios, por lo general actores privados, podría afectar la neutralidad de Internet y sus principios de no discriminación y acceso en condiciones de igualdad, al convertir a los intermediarios en censores que controlarían el contenido y tipo de información que comparten los usuarios.

CONCLUSIONES

El derecho al olvido ha nacido y se ha propuesto como posición jurídica dirigida a la plena realización del individuo en su dimensión identitaria, considerada en términos no estáticos, sino evolutivos. El tiempo y la volubilidad de la identidad de la persona han puesto esta posición jurídica dentro de los derechos de la personalidad⁵¹.

Y eso que la reconstrucción de lo que está ocurriendo en las diferentes experiencias latinoamericanas a la hora de encontrar un *point of balance* respecto de las problemáticas que el derecho al olvido implica en Europa indica como una lectura eurocéntrica del problema acaba presentándose carente y asfíctica.

No hay duda de que, en toda la concreción de los perfiles del derecho al olvido, la relación entre tiempo e identidad sigue siendo el rasgo constante, representado tanto en términos tradicionales (como prohibición de republicación del hecho ya no actual), como –frente a las nuevas dinámicas cognoscitivas impuestas por la red– entendido como derecho a la actualización de la información o a la desindexación de un resultado de búsqueda⁵².

Sin embargo, cabe decir que esta figura, si se entiende como mero derecho de cancelación del dato y de interrupción del tratamiento, se revela útil a la tutela de un específico bien jurídico, es decir, los datos personales; pero si se entiende en términos de prohibición de republicación, de derecho

⁵¹ Sobre el tema, cfr. S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milán, 2006, pp. 36 y ss. Cfr. también B. Van Der Sloot, F.J. Zuiderveen Borgesius, “Google and Personal Data Protection”, en A. Lopez-Tarruella (ed.), *Google and the Law*, cit., pp. 75 y ss.

⁵² Cfr. T.E. Frosini, “Il diritto all’oblio e la libertà informatica”, en F. Pizzetti (ed.), *Il caso del diritto all’oblio*, cit., pp. 94 y ss., además de G. Finocchiaro, *La memoria della rete e il diritto all’oblio*, cit., pp. 391 y ss.

a la actualización de una información o también como derecho a la desindexación, en los tres casos el bien jurídico tutelado es aquel de la identidad personal⁵³.

Sin embargo, esta concepción del derecho al olvido, aceptada y sostenida en los países occidentales, se desarrolla difícilmente en los latinoamericanos, donde aparece no plenamente coherente una dinámica de reconstrucción de las posiciones jurídicas desequilibrada basada en un derecho que concierne sola y exclusivamente al individuo y la idea que el mismo quiere ofrecer de sí, como si no viviera en una sociedad y en un tiempo que no pertenecen exclusivamente al sujeto.

En efecto, si se observa desde un punto de vista más amplio, no se puede negar que la desindexación de los enlaces que llevan a cualquier información sobre un individuo influya profundamente en la “memoria colectiva”. Los grandes buscadores desempeñan un papel importante para la construcción de aquel recuerdo, porque es indudable que la manera como indexan los datos que poseen determina la percepción que una colectividad tiene de sí misma, esto es, de su misma memoria histórica.

Asimetría de las informaciones (si una información se desindexa en un país que pertenece a la Unión Europea se puede hallar fácilmente en otra parte del mundo)⁵⁴, desigualdad (por un lado, él que ya conoce la información y que fácilmente puede encontrarla en la *web*; por otro lado, él que no la conoce y que, de hecho, nunca podrá enterarse de esta) y censura privada (los particulares tienen el poder de decidir sobre las instancias de desindexación) son los elementos que caracterizan al fallo *Google Spain* y que más chocan con las decisiones de los ordenamientos latinoamericanos, incluso representan los perfiles alrededor de los cuales las experiencias suramericanas han trabajado para acoger y/o definir la figura.

Además, existe otra dimensión del problema que no puede desatenderse, es decir, que la misma expresión “*derecho al olvido*” es completamente discordante respecto del debate sobre los derechos humanos en América Latina. Si pensamos en que toda la región ha sido caracterizada por décadas de dictaduras y por un sinnúmero de violaciones de los derechos humanos es difícil aceptar –

⁵³ Cfr. G. Resta, “Anonimato, responsabilità, identificazione: prospettive di diritto comparato”, en *Dir. inf.*, 2014, pp. 171 y ss. Sobre el tema, cfr. también D. Drummond, *We need to talk about the right to be forgotten*, *The Guardian*, 10 de julio de 2014, y J. Rosen, “The Right to be Forgotten”, en *Stan. L. Rev. Online*, 88, p. 92.

⁵⁴ Cfr. la reciente e innovadora disposición del Garante de la Protección de los Datos Personale Italiano – n. 557 del 21 de diciembre de 2017– que, acogiendo el recurso presentado ante el Garante el 4 de agosto de 2017 contra Google, con el cual el recurrente, corroborando las instancias ya avanzadas sobre la base de los arts. 7 y 8 del d.lgs. del 30 de junio de 2003, n. 196, Código en materia de protección de los datos personales, pedía la eliminación de la lista de los resultados europeos y extraeuropeos del buscador administrado por la otra parte obtenidos al marcar su nombre y apellido, ordenó a Google que “*eliminará dentro de veinte días de la recepción de la presente disposición, los URL aún desindexados de los contenidos obtenidos marcando el nombre y el apellido de recurrente, tanto en las versiones europeas como extraeuropeas, ampliando esa actividad también a los URL ya desindexados en las versiones europeas de Google*”, en <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/7465315>.

aunque solo lingüísticamente— el empleo de un término *tranchant* como “*olvido*”, en la medida en que este indica una especie de neto e inmediato corte con el cercano pasado del individuo, incluso en términos de deresponsabilización del mismo respecto de su historia individual.

Hoy día, el debate –doctrinal y no doctrinal– acerca del reconocimiento y la reparación de los crímenes de Estado se basa completamente en el reconocimiento de un derecho social a la verdad y a la memoria, allí donde verdad y memoria se consideran piedras angulares del debate. En este contexto cultural, la terminología conceptual y aplicativa que acompaña el “derecho al olvido” en Europa, con la elasticidad de contenidos que fisiológicamente la caracteriza, acaba percibiéndose muchas veces como verdadera “ofensa” hacia la historia de las poblaciones latinoamericanas y sus víctimas.

De todos modos, además de los problemas terminológicos, cuando se transpone la figura, fortaleciendo los vínculos teóricos de similar derecho, valorizando más la importancia histórica de la información o el interés social de la misma, el “derecho al olvido” pone problemas aplicativos importantes.

Tal vez el criterio de la historicidad sea el más relevante respecto de la concelación o no concelación de una información, aunque es el concepto más difícil a definir. En los ordenamientos latinoamericanos es importante decir que la evaluación de la historicidad o no historicidad de un hecho siempre es el resultado de una construcción intelectual y cultural del tiempo, que procede de la discusión pública, del debate y de la participación de académicos, periodistas y testigos. Por lo tanto, se puede suponer que ningún individuo o grupo de individuos posee la plena autoridad para determinar la existencia de una huella histórica que prohíbe el ejercicio del derecho al olvido; por consiguiente, se da el riesgo concreto de que, por medio de una “leve” descalificación respecto de la naturaleza históricamente relevante de un determinado hecho, informaciones preciosas para la comunidad se pierdan permanente e irreversiblemente.

Por lo tanto, al ser difícil definir de forma absoluta y abstracta lo que tiene relevancia histórica y lo que no, a no ser que pase algún tiempo, se necesitaría teóricamente de un debate que incluya a todos lo que puedan estar interesados por diferentes motivos (también *de futuro*) a preservar estos hechos históricos, porque esa evaluación no se puede dejar a la discreción de la autoridad del momento o, peor aún, a un particular, en detrimento de la violación de los derechos colectivos.

Teóricamente, la solución se podría hallar en mecanismos de diálogo colectivo para la gestión de las informaciones por parte de las personas implicadas: aumentar la posibilidad del “contradictorio” proporcionando a todos la posibilidad de expresar su opinión sobre aquel hecho histórico. Sin embargo, esta es una respuesta objetivamente utópica, puesto que, desde siempre, historia, memoria e información han sido caracterizadas por relaciones de fuerza y afirmaciones

desiguales.