

A un año de Rodríguez contra Google: ¿Estableció la CSJN un derecho al olvido digital en Argentina?

por PABLO SEGURA
www.infojus.gov.ar
Id Infojus: DACF150827

Introducción.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) resolvió hace un año un caso (1) en el que la atención principal se centraba en la responsabilidad de los denominados "motores de búsqueda" o simplemente "buscadores".

En el caso, la modelo y artista [María Belén Rodríguez demandó a Google Inc. y Yahoo de Argentina SRL](#), por el uso comercial y no autorizado de su imagen y por habérsela vinculado a determinadas páginas de Internet de contenido erótico o pornográfico.

El fallo se circunscribió a analizar los derechos invocados por las partes: por la actora, el derecho al honor y a la imagen; y la libertad de expresión e información esgrimidos por las demandadas. Esto de alguna manera explica la sugestiva falta de referencia a la [Ley N° 25.326](#), la gran ausente en la argumentación, habida cuenta que la controversia trasunta evidentes cuestiones de protección de datos personales.

Conviene advertir al lector desde este punto que en este artículo no se analizará el holding del caso, que sienta importantes principios en lo que hace a la responsabilidad en Internet y al delicado equilibrio entre libertad de expresión versus derecho a la intimidad; sino que hará hincapié en el no menos sustancial obiter dictum, que sienta las bases para lo que se ha dado en llamar "derecho al olvido digital".

El efectivo conocimiento requerido para la responsabilidad subjetiva.

La CSJN entendió conveniente, ante la falta de una regulación específica, dejar sentadas las pautas para que se configure el efectivo conocimiento que se requiere para hacer surgir la responsabilidad subjetiva de los "buscadores".

A todo esto, ya había desestimado la aplicación de la responsabilidad objetiva a los "motores de búsqueda". La responsabilidad que se les puede atribuir debe ser subjetiva, y para ello los "motores de búsqueda" deben ser previamente intimados y notificados de que su servicio está ocasionando un daño a derechos de terceros.

La CSJN, advirtiendo que no es necesario para resolver el caso bajo su análisis, procede a determinar el criterio que, en palabras de la propia Corte, a modo de orientación, debe seguirse para considerar al buscador suficientemente notificado.

El doble estándar de la notificación.

El máximo tribunal dispone entonces una regla que distingue dos situaciones diferenciadas. En una de ellas, los casos en los que los resultados de las búsquedas devuelven contenido que generan un daño manifiesto y grosero. En el otro extremo, se encuentran aquellos en los que el daño es opinable, dudoso o exige un esclarecimiento.

Para el primer supuesto alcanza con una notificación fehaciente privada que haga el damnificado (o incluso cualquier persona interesada) para que se considere que el "buscador" se encuentra en efectivo conocimiento del daño y, en consecuencia, susceptible a la responsabilidad subjetiva. Se trata en definitiva de manifiestas ilicitudes respecto de contenidos dañosos, "como la pornografía infantil, datos que faciliten la comisión de delitos, que instruyan acerca de estos, que pongan en peligro la vida o la integridad física de alguna o muchas personas, que hagan apología del genocidio, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia, que desbaraten o adviertan acerca de investigaciones judiciales en curso y que deban ser secretas, como también los que importen lesiones contumeliosas al honor, montajes de imágenes notoriamente falsos o que, en forma clara e indiscutible, importen violaciones graves a la privacidad exhibiendo imágenes de actos que por su naturaleza deben ser incuestionablemente privados, aunque no sean necesariamente de contenido sexual". Según el fallo, la naturaleza ilícita -civil o penal- de estos casos "es palmaria y resulta directamente de consultar la página señalada en una comunicación fehaciente del damnificado o, según el caso, de cualquier persona, sin requerir ninguna otra valoración ni esclarecimiento" (2).

Para el otro supuesto, en cambio, se exige una notificación por parte de una autoridad judicial o administrativa, no bastando la simple comunicación del particular que se considere perjudicado y menos, aclara la Corte, la de cualquier persona interesada. Ello así en tanto que es necesario un esclarecimiento que deba debatirse o precisarse en sede judicial o administrativa para determinar si efectivamente el contenido dañoso importa lesiones al honor o de otra naturaleza. La Corte afirma que en estas situaciones no puede exigirse al "buscador" que supla la función de la autoridad competente ni menos aun la de los jueces.

¿Es derecho al olvido?.

Si existe un mecanismo para notificar acerca de contenidos dañosos que el "buscador" debe bloquear a riesgo de incurrir en responsabilidad, es lícito preguntarse si la Corte ha instaurado una versión autóctona del derecho al olvido digital que con furibunda intensidad ha reconocido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su sentencia del 13 de mayo de 2014 "Google Spain S.L. Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González".

A modo sumarísimo, diremos que lo que ha decidido el TJUE en aquel caso es:

- La actividad de los buscadores es tratamiento de datos.
- El gestor del buscador es responsable del tratamiento.
- Se encuentra sujeto al derecho europeo y nacional de protección de datos.
- Los derechos de cancelación y de oposición se pueden ejercer frente al buscador en forma directa y sin necesidad de dirigirse previa o simultáneamente al editor del contenido.
- El bloqueo puede abarcar tanto Información personal inexacta, no pertinente, excesiva, como aquella que, sin serlo, no tiene relevancia o interés público, o ha dejado de tenerlo.

La principal diferencia con el sistema que la CSJN propicia es que aquí solo procede contra contenidos dañosos o ilícitos, mientras que en la sentencia europea también es posible para el titular del dato oponerse a información perfectamente lícita, aunque ya sin relevancia o interés público.

¿Cabe entonces calificar a las pautas de la CSJN como una implementación del derecho al olvido? Una primera respuesta parece que debiera ser negativa. Si se exige daño (manifiesto o dudoso), no puede hablarse de un derecho a olvidar, sino al derecho a que el daño cese y eventualmente a una reparación.

El término "derecho al olvido" debería reservarse para la potestad de "olvidar" información que cumpla con el principio de calidad del dato, esto es, cierta, pertinente y no excesiva, pero que por carecer de relevancia, ya sea porque no existe interés público en su conocimiento o que ha devenido intrascendente por mero paso del tiempo, pueda ser bloqueada

por su titular.

Está claro que en este fallo, bajo análisis, la CSJN no hubiese podido extender hasta estos límites los alcances del derecho del titular del dato personal, porque el caso que tenía a su conocimiento era sobre responsabilidad civil y no, como se anotara, sobre protección de datos personales.

No obstante ello, puede vislumbrarse un resquicio por el cual incorporar un derecho al olvido digital pleno en el sistema argentino, y ello estaría dado por el reconocimiento que hace la Corte a que un organismo administrativo pueda intimar a los "buscadores" a bloquear enlaces con contenido cuyo daño sea dudoso.

La Dirección Nacional de Protección de Datos Personales (PDP), organismo dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en su carácter de autoridad de aplicación de la Ley N° 25.326, vendría a ser la llave que abre esta posibilidad.

La orden de una autoridad administrativa.

Uno de los aspectos más importantes de la sentencia es la competencia que, según la CSJN, tienen las autoridades administrativas para ordenar bloquear enlaces a contenidos dañosos, en aquellos casos en los que el daño no sea manifiesto.

Queda claro entonces que la PDP, como órgano de control de la Ley N° 25.326, es uno de estos órganos que tiene la competencia para notificar a los "motores de búsqueda" el bloqueo a contenidos que sean incompatibles con esa ley. En efecto, la PDP, en ejercicio de competencia atribuida, debe realizar todas las acciones necesarias para el cumplimiento de los objetivos y demás disposiciones de la ley ([art. 29](#), inc. 1, Ley N° 25.326) y además está facultada para atender denuncias y reclamos en relación con el tratamiento de datos personales (art. 29, inc. 5, ap. b, de la reglamentación aprobada por el Decreto N° 1.558/11). En suma, tiene facultades para determinar la compatibilidad de un contenido con la Ley de Protección de Datos Personales.

En caso de determinar en ese marco que un tratamiento de datos personales no se ajusta a los principios de la ley, podrá entonces ser considerada una autoridad administrativa competente para llevar a cabo la notificación que exige la CSJN para que se configure la responsabilidad subjetiva.

Y, continuando con esa lógica, la PDP, siguiendo estrictos criterios de interpretación, podría determinar que un contenido perfectamente cierto ha dejado de ser relevante o pertinente por el mero transcurso del tiempo.

Es menester preguntarse si, de esta manera, no nos estaríamos acercando a un sistema similar al europeo a partir de la sentencia del TJUE.

La improcedencia del derecho al olvido según el TJUE en el sistema argentino.

Adelantamos el parecer de que la solución del TJUE en su sentencia recordada no podría implementarse en el sistema de protección de datos argentino.

Como se señalara, el tribunal europeo entiende que la actividad de los buscadores es tratamiento de datos y por lo tanto debe cumplir con la normativa sobre protección de datos. Sostener esto mismo en Argentina implicaría declarar la ilicitud lisa y llana de la actividad de los "motores de búsqueda".

Y esto es así desde que en la Ley N° 25.326 el único factor de autorización para el tratamiento de datos es el consentimiento del titular (salvo las excepciones del art. 5°), mientras que el sistema europeo prevé la posibilidad de que se traten los datos sin el consentimiento de los interesados, en aquellos casos en que el tratamiento sea "necesario para la satisfacción del interés legítimo" del responsable.

Como los "buscadores" no han recabado el consentimiento (lo que resulta a todas luces imposible) y como no se encuentran amparados por ninguna de las excepciones que prevé el art. 5° de la Ley N° 25.326, si se concluyera que lo que hacen es tratamiento de datos, ese tratamiento sería ilícito. Los "buscadores" no podrían brindar servicios en la Argentina, solución desde ya absurda, impracticable y, como mínimo, retrógrada.

Como podrá apreciarse, la implantación de un derecho al olvido "a la europea" basado en la Ley N° 25.326 requerirá de esfuerzo e imaginación.

La censura privada.

Otra diferencia sustancial con el derecho al olvido europeo es que para la CSJN no puede exigirse al "buscador" "que supla la función de la autoridad competente ni menos aun la de los jueces", por lo que en esos casos "corresponde exigir la notificación judicial o administrativa competente, no bastando la simple comunicación del particular que se considere perjudicado y menos la de cualquier persona interesada". Para el TJUE, en cambio, será entre el titular del dato y el buscador los que decidirán el bloqueo.

Para algunos, se podría establecer entre el titular del dato y el "buscador" una suerte de censura privada que afectaría el derecho la libertad de expresión. Serían dos particulares los que decidirían entre sí qué información aparece en los buscadores y qué información se bloquea (3).

Ese dilema no surge de la sentencia "Rodríguez c. Google", ya que la notificación privada solo es válida para ilicitudes manifiestas y groseras, mientras que para los casos dudosos será necesaria la participación de una autoridad judicial o administrativa, cuestión que ya ha sido tratada previamente.

Avances (o retrocesos) desde el fallo Rodríguez.

Un fallo con la trascendencia de "Rodríguez c. Google" permitía entusiasmarse con avances en materia de privacidad y derecho de protección de datos personales, cuya ley acaba de cumplir 15 años de dictada y, a pesar de su buen envejecimiento, requiere en el mediano plazo de algún *aggiornamento* (entre otros temas, la computación en la nube, la Internet de las Cosas y los temas vinculados al Big Data aparejan desafíos a la privacidad que no fueron contemplados por los legisladores que sancionaron la Ley N° 25.326).

Sin embargo, a pesar del caldo de cultivo que el fallo Rodríguez dejaba servido, no pudieron observarse grandes progresos en lo que respecta al derecho al olvido digital.

En el campo legislativo, el diputado Sergio Bergman presentó un proyecto de ley "para buscar un marco legal que proteja la privacidad de las personas y estén amparados ante una potencial violación al derecho a la intimidad por medio del uso de Internet de los usuarios de la red", según consigna el mismo legislador en su página web (4).

Tiene como objeto eliminar o limitar el acceso a las publicaciones personales que estén contenidas en la estructura de la red Internet, y que sean susceptibles de menoscabar el derecho a la intimidad, al honor y a la imagen (5). Se trata claramente de un intento por regular el derecho al olvido en Internet.

No hace al objeto de este trabajo analizar este proyecto. Solo diremos que no respeta el estándar de la notificación que estableció la Corte en "Rodríguez", ya que el procedimiento previsto en el artículo 8° establece que será entre el interesado y el proveedor de Internet quienes decidirán si un contenido es o no legítimo, sea o no manifiesta dicha ilegitimidad, promoviendo de esta forma que sean dos particulares los que tengan poder de censura.

A ello hay que sumarle dos agravantes: uno es el hecho de que el requerido a bajar la información puede no ser el editor de la información. En efecto, el pedido del interesado puede estar dirigido a cualquiera de los otros "proveedores de Internet" definidos en el artículo 2° que no sea el que produjo la información. Ante un pedido de baja, podría tener poca información para defender la legitimidad de la información cuestionada. O directamente poco interés. Lo que nos lleva al segundo agravante.

El artículo 9° prevé acciones legales y sanciones para los incumplidores. Bajo esta presión, se establecen pocos incentivos para que una empresa privada defienda la legitimidad de una información o un presunto interés público. Máxime si esa empresa pudo no haber sido la que produjo originalmente la información en disputa.

A todo esto debemos sumarle la posibilidad de una connivencia entre interesado y proveedor de Internet para censurar sin ningún control una información no deseada, pero legítima y de interés público.

En el plano jurisprudencial, la Sala III de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal se ha pronunciado en los autos "S. L. S. y otro c/ Google Inc. s/ medidas cautelares" (6), aplicando la doctrina que la CSJN estableció en el fallo Rodríguez a un intermediario de Internet que no es un motor de búsqueda sino, en este caso, un servicio de almacenamiento de blog. En esta sentencia la Cámara revierte una medida cautelar innovativa dictada en primera instancia que ordenaba eliminar el blog cuestionado por considerarla muy restrictiva de la libertad de expresión (7).

Mientras tanto, la CSJN reiteró el criterio mantenido en Rodríguez en dos fallos que resolvió a finales del año 2014 (8).

El derecho al olvido no ampara una construcción del propio pasado.

El pasado 19 de octubre, el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (TS) de España ha dictado un fallo que viene a completar de alguna manera el fallo de TJUE, que solo analizó la responsabilidad de los gestores de motores de búsqueda en Internet, al extender la aplicación de la normativa de protección a los editores de noticias en general, y a las hemerotecas digitales en particular (9).

Los hechos del caso consisten en que dos personas, que en los años ochenta cumplieron condenas por tráfico y consumo de drogas, rehicieron su vida personal y profesional. Pero, al consultar hoy día sus nombres en los motores de búsqueda, aparecía aquella noticia asentada en la hemeroteca digital del periódico que la publicó, por lo que solicitaron al medio que la retirara, sin éxito.

Desde el punto de vista de este trabajo, dos aspectos del fallo resaltan: 1) que los editores de noticias son responsables de tratamiento de datos, en tanto se incluyan informaciones personales en el código fuente de la página web de la hemeroteca digital; y 2) que el "derecho al olvido digital" no ampara que cada uno construya un pasado a su medida.

En lo sustancial, dijo el TS:.

- El editor de una página web en la que se incluyen datos personales realiza un tratamiento de datos personales y, como tal, es responsable de que dicho tratamiento de datos respete las exigencias de la normativa que lo regula.

- Que información veraz y legítima al momento de su publicación puede, con el paso del tiempo, perder actualidad. El tratamiento de los datos personales debe cumplir con los principios de calidad de datos, no solo en el momento en que son recogidos e inicialmente tratados, sino durante todo el tiempo que se produce ese tratamiento. Un tratamiento de datos cierto y adecuado a la finalidad que lo justificaba al momento de publicarse puede devenir, con el mero transcurso del tiempo, en inadecuado con relación a esa misma finalidad.

- El derecho a la información, en el caso de las hemerotecas digitales, es menos intenso que la publicación de noticias de actualidad. Es necesario ponderar entre este derecho a la información menos intenso de las hemerotecas digitales y los derechos a la privacidad.

- Distingue entre el "interés del público" (si se considerara que es amplio el sector de la población que quiera conocer las miserias de sus conciudadanos, aun las sucedidas mucho tiempo antes), y el "interés público", esto es, el interés en formarse una opinión fundada sobre asuntos con trascendencia para el funcionamiento de una sociedad democrática.

- Cuando se trata de personas de relevancia pública, y concurra el denominado "interés público", se justifica que puedan ser objeto de tratamiento informaciones lesivas para la privacidad y la reputación, siempre que sean veraces, aunque los hechos hayan sucedido hace mucho tiempo.

- También puede considerarse justificado este tratamiento de datos personales cuando los hechos concernidos y su vinculación con esas concretas personas presenten un interés histórico.

- En el caso de personas que no tienen relevancia pública y los hechos vinculados a esas personas carecen de interés histórico, la información tratada en una hemeroteca digital va perdiendo su justificación a medida que transcurre el tiempo.

- El editor de la página web no tiene la obligación de depurar esos datos por su propia iniciativa, porque ello supondría un sacrificio desproporcionado para la libertad de información. Pero sí puede exigírsele que dé una respuesta adecuada a los afectados que ejerciten sus derechos, suprimiendo el tratamiento de datos cuando haya transcurrido un periodo de tiempo y las personas afectadas no tengan relevancia pública, y la información carezca de interés histórico.

Ahora bien, el propio TS reconoce que el "derecho al olvido digital", no puede transformarse en una herramienta que permita a las personas construir un pasado a su medida, obligando a los editores de páginas web o a los gestores de los motores de búsqueda a eliminar el tratamiento de sus datos personales cuando se asocian a hechos que no se consideran positivos.

La sentencia analizada advierte que tampoco se justifica que aquellos que se exponen a sí mismos públicamente puedan exigir que se construya un currículum a su gusto, controlando el discurso sobre sí mismos, eliminando de Internet las informaciones negativas, "posicionando" a su antojo los resultados de las búsquedas en Internet, de modo que los más favorables ocupen las primeras posiciones. De admitirse esta tesis, se perturbarían gravemente los mecanismos de información necesarios para que los ciudadanos adopten sus decisiones en la vida democrática de un país.

Permitir esta construcción de la reputación online desvirtuaría gravemente el derecho al olvido digital.

Conclusión.

Si bien el fallo que originara este análisis ha sido en apariencia favorable a los demandados, no sería arriesgado afirmar que se trató, cuanto menos, de una victoria pírrica para los "motores de búsqueda". Si bien alejaron la amenaza de una responsabilidad objetiva, a cambio deberán convivir con un sistema de notificación fehaciente que los obligará a bloquear resultados; una situación de la que no son muy partidarios.

La CSJN ha establecido mediante un obiter dictum una obligación de los "buscadores" de bloquear enlaces en sus búsquedas cuando mediante una notificación fehacientemente (en cualquiera de sus dos versiones) les haga tomar conocimiento de un enlace a un contenido dañoso.

Quedaron así sentadas las bases para una incipiente versión vernácula del derecho al olvido digital, en el que la Corte no ha podido avanzar mucho, ya que su sentencia no versó sobre protección de datos personales, producto de no haber sido invocados por las partes los derechos que protege la Ley N° 25.326.

A pesar de este significativo desarrollo jurisprudencial, a un año no puede observarse que se hayan producido grandes avances en la aplicación de este derecho. Será interesante observar cómo se sigue desarrollando este instituto en la práctica. Lo que no cabe duda es que, más temprano que tarde, una regulación legal deberá encargarse del tema. Esta regulación, y la aplicación que hagan los tribunales de ella, deberán ser cuidadosas de no desvirtuar este derecho, que no puede convertirse en una herramienta para que una persona pueda construir a gusto su pasado.

Notas al pie:

1) CSJN, R. 522. XLIX, "Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/daños y perjuicios", 28 de octubre de 2014.

2) Ver Considerando 18, 3er. párrafo, del fallo "Rodríguez c/ Google" 3) En este sentido se pronunció en sus conclusiones el Abogado General del TJUE, Niilo J. Skinen: 134) Más concretamente, los proveedores de servicios de

motor de búsqueda en Internet no deben verse frenados por tal obligación. Ello traería consigo una interferencia en la libertad de expresión del editor de la página web, que no disfrutaría de una protección legal adecuada en tal situación, dado que cualquier "procedimiento de detección y retirada" que no esté regulado es una cuestión privada entre el interesado y el proveedor de servicios de motor de búsqueda. Equivaldría a una censura del contenido publicado realizada por un tercero. Extraído de:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=138782> doclang=ES #LINE 4) Ver <http://www.sergiobergman.com/presentacion-de-proyecto-de-ley-de-derecho-al-olvido-en-Internet/> 5) Ver el proyecto: <http://www1.hcdn.gov.ar/proxml/expediente.asp?fundamentos=si> numexp=7989-D-2014 6) CNCIV Y COMFED - SALA III "S. L. S. y otro c/ Google Inc s/ medidas cautelares"- 16/12/2014. Ver en <http://www.ditc.com.ar/2014/12/17/fallo-sl-v-google-aplica-bmr-v-google-a-blogger/> 7) Para ampliar ver el comentario de Paula Vargas en <http://www.ditc.com.ar/2015/03/06/la-camara-federal-le-pone-un-limite-al-derecho-al-olvido-cautelar/> 8) CSJN, CSJ 561/2010(46-D) - CSJ 544/2010(46-D) "Da Cunha, Virginia c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/ daños y perjuicios" y CSJ 609/2013 (49-L) "Lorenzo, Bárbara c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios", ambas sentencias del 30 de Diciembre de 2014.

9) Ver <http://www.poderjudicial.es/stfls/SALA%20DE%20PRENSA/NOTAS%20DE%20PRENSA/TS%20Civil%20Pleno%202015-10-2015.pdf>

CONTENIDO RELACIONADO

Jurisprudencia

[Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. y otro s/ daños y perjuicios](#)

SENTENCIA.CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. , 28/10/2014.

Legislación

[LEY DE PROTECCION DE LOS DATOS PERSONALES](#)

LEY 25326. 4/10/2000. Vigente, de alcance general

[LEY DE PROTECCION DE LOS DATOS PERSONALES Art. 2](#)

LEY 25326. 4/10/2000. Vigente, de alcance general