

El «derecho al olvido» en el derecho a la protección de datos. Con especial referencia a su vigencia en Internet

OSCAR R. PUCCINELLI*

Resumen

El «derecho al olvido» pretende erigirse como una herramienta concedida a las personas que se ven perjudicadas por la permanencia sine die de información propia tanto en bancos de datos llevados por particulares o por el Estado (p.ej. las centrales de riesgo o los registros de reincidencia), como también en Internet (que por efecto de los buscadores la convierte en «el» banco de datos). Con este nuevo derecho se pretende conceder a quien se ve perjudicado por informaciones vetustas la posibilidad de evitar que esos datos puedan ser de conocimiento masivo, emulando esa característica (¿in?) capacidad de olvidar propia de los seres humanos, que por sus naturales efectos permite la reinserción social de quienes tuvieron experiencias negativas en ese pasado lejano.

Palabras clave: Olvido. Memoria. Bancos de datos. Internet. Informaciones perjudiciales. Caducidad del dato negativo.

Sumario

1. Introducción: sobre la memoria y el olvido en la vida humana y en el mundo informático
2. La evolución del derecho al olvido en Europa y su recepción en Argentina
3. Requisitos (tentativos) para establecer cuándo una persona se encuentra amparada por el derecho al olvido
4. Reevaluación

* Doctor en Derecho Constitucional (Universidad de Buenos Aires) y doctor *honoris causa* en diversas universidades peruanas. Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal Constitucional y Transnacional en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y de la Pontificia Universidad Católica Argentina de Rosario. Juez de la Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario.

1. Introducción: sobre la memoria y el olvido en la vida humana y en el mundo informático

Tiempo y memoria se presentan como dos dimensiones conceptualmente complejas de la existencia humana y constituyen el eje central de debate sobre el «derecho a ser olvidado», desde que el transcurso del tiempo es la variable principal —si no la única, por lo menos para parte de la doctrina— que determina cuándo un evento específico agotó la relevancia social o su potencial informativo y por ello ya no merece ser evocado.

Desde la Antigüedad diversos pensadores se han ocupado de aspectos que constituyen el núcleo gravitacional del tema bajo estudio.

Aristóteles (384 – 322 a. C.), en «Acerca de la memoria» afirma que el objeto de esta no es ni el futuro (pues su contenido solo puede ser una expectativa, una simple especulación subjetiva sobre un determinado estado de cosas), ni el presente (ya que en este todo es percepción sensorial y si no transcurrió el tiempo para que ese presente sea pasado, no puede haber memoria sobre el suceso) de modo que solo el pasado se manifiesta dentro de la imaginación mental del individuo que tiene la capacidad de recuperación mental de esa percepción pasada) y entonces la memoria es la facultad que conserva y reproduce, en la actualidad, las formas experimentadas en el pasado (Barnes, 1995, pp. 714-720).

San Agustín (354 – 430 d. C.) en sus «Confesiones» también reflexiona sobre el pasado, el presente y el futuro, destacando que solo el presente puede ser objeto de conocimiento efectivo (pues el pasado ya no existe y el futuro aún no se ha manifestado y por lo tanto no existe), y entonces solo puede aludirse al «presente de las cosas pasadas, el presente del presente y el presente del futuro», y por ello en la mente humana transcurre «el recuerdo de las cosas pasadas, la visión actual de las cosas y la esperanza de lo que vendrá»¹.

Homero (s. VIII a. C.), por su parte, se ocupaba ya desde mucho antes que ambos pensadores sobre la relación entre pasado y presente, propugnando, con simpleza: «Dejemos que el pasado sea el pasado»².

Sociológicamente, los hechos pasados forman parte de la memoria individual, grupal o colectiva, y desde luego, conforme a su utilidad son almacenados en diversos tipos de soportes y en algunos casos incorporados en sistemas de información que permiten su inmediata ubicación a través de diferentes criterios de búsqueda (*v.gr.*, fechas de los sucesos, nombres de los implicados, imágenes alusivas, etc.).

¹ San Agustín (Agustín de Hipona), Confesiones, en <http://www.mercaba.org/TESORO/Agustin/Confesiones-S-Agustin-Lib-1.htm>

² <http://www.proverbia.net/citasautor.asp?autor=1415>.

Jurídicamente, uno de los aspectos más relevantes de este fenómeno se relaciona con el «derecho a la información», disciplina en la que chocan dos grandes principios: el de máxima publicidad, propio de las leyes de acceso a la información pública, y el de mínima divulgación, vigente en el plano del tratamiento de los datos personales. De este modo, como Jano, el derecho a la información tiene dos caras que miran hacia esos dos lados diametralmente opuestos, de modo que el operador jurídico se enfrenta a verdaderos dilemas a la hora de resolver conflictos donde ambos aspectos forman parte de un conflicto generado en un caso concreto, por ejemplo frente a la divulgación de información de interés público, que precisamente al ser puesta en conocimiento de terceros puede afectar severamente a derechos fundamentales de los involucrados en ella (*v.gr.*, intimidad, dignidad, libertad, buen nombre, crédito, etc.).

En este contexto, tanto las leyes de acceso a la información pública como las de protección de los datos personales (las primeras, a título de excepción del derecho de acceso, y las segundas, como objeto específico de tutela) contienen reglas por las cuales se pretende dar protección a esos derechos que pueden ser afectados por la difusión de informaciones.

Así, las normas destinadas a la protección de los datos personales contienen una serie de principios generales relativos al tratamiento de estos y también establecen algunos derechos concretos que le asisten a quienes esos datos se refieren, los cuales son conocidos vulgarmente como «derechos arco» (por acceso, rectificación, cancelación y oposición al tratamiento), aunque su elenco es bastante mayor a los enunciados en esta convencional denominación (por ejemplo, actualización, confidencialización, desindexación, adición, encriptación, etc.).

Ahora bien, en lo que respecta al aspecto central de este trabajo, cabe preguntarse qué facultades pueden ser otorgadas a quienes aparecen vinculados a informaciones personales negativas que son ciertas y han sido correctamente almacenadas e incluso también objeto de comunicación lícita, pero que por datar de mucho tiempo y ser traídas a la actualidad en el marco de ese derecho a la información, pueden causar perjuicios a los involucrados en dichas informaciones al convertirlos —y con el especial auxilio de la técnica informática, cuya memoria es indeleble a diferencia de la memoria humana— en eternos «prisioneros del pasado».

Si bien la construcción de un «derecho al olvido» no es estrictamente nueva —y su denominación no es de lo más precisa³—, lo cierto es que las sensibles mejoras

³ Por más que se acepten convencionalmente los términos «derecho al olvido» o «derecho a olvidar el pasado» o «derecho al olvido», estos no resultan del todo apropiados, porque las reclamaciones basadas en este no están dirigidas a provocar un estado de ignorancia con respecto a los acontecimientos pasados ni a purgar ciertos recuerdos en la colectividad, de modo que la expresión más precisa parece ser el «derecho a no recordar».

en las capacidades físicas de los sistemas de almacenamiento (que además sumó recientemente a los tradicionales soportes que eran utilizados individualmente, la denominada *cloud computing*, que nos ofrece almacenamiento en la nube) y los avances en las técnicas de búsqueda y relacionamiento de las informaciones contenidas en esos sistemas, ha puesto sobre el tapete, con más energía, la necesidad de dar respuestas jurídicas que permitan, respecto de esos datos perjudiciales, la inhibición total o parcial del tratamiento (*v.gr.*, la prohibición de comunicación, la confidencialización, la supresión de los datos), todo ello en el marco del denominado «derecho al olvido» de informaciones que tuvieron su vigencia cierto tiempo atrás, derecho en cuyo núcleo duro se encuentran conceptos tales como tiempo, memoria, dignidad, perdón, rehabilitación, desarrollo del plan de vida y de la personalidad, etc.⁴

Si bien se alude a este derecho como un derecho autónomo (y es la línea que sigue el Reglamento de Protección de Datos Personales de la Unión Europea aprobado en 2016, con vigencia plena desde 2018), puesto en funcionamiento se entronca con tres de los «derechos arco»: el de acceso a los datos, el de cancelación y el de oposición al tratamiento de los datos, dado que el «derecho a ser olvidado» se erige como una excepción al derecho de acceso y además faculta al afectado a exigir la eliminación del dato o impedir alguno de los aspectos de su tratamiento.

Desde luego, esas facultades resultan consecuencias de la vulneración de alguna de las reglas de tratamiento de los datos, en especial por la violación al denominado «principio de calidad de los datos», contenido, *v.gr.*, en el artículo 4 inciso 1 de la ley argentina 25.326 (de protección de los datos personales y hábeas data), que establece: «Los datos personales que se recojan a los efectos de su tratamiento deben ser

obligatoriamente», pues en realidad se pretende evitar que la persona en particular deba revivir pública e indefinidamente ciertas experiencias negativas del pasado.

⁴ Lo interesante de este derecho radica en que corre sobre dos carriles que van en sentido contrario, desde que mientras debe existir una expansión progresiva de las posibilidades de expresión personal en un entorno público participativo y democrático (lo que implica una exaltación progresiva de los valores inherentes a la libertad de expresión, creencias, expresión del pensamiento, etc.), por otra parte aparecen cada vez más herramientas de protección contra la exposición excesiva y no deseada de los individuos en el escrutinio colectivo. Y estas tensiones, en definitiva, se centran casi antagónicamente, por un lado, en la búsqueda de un marco más amplio de ejercicio de la libertad de actuar sin opresión, y por el otro, en la necesidad de una nueva formulación de mecanismos de protección de los derechos fundamentales —e incluso de nuevos derechos como el derecho al olvido en la sociedad de la «hiper» información— frente a la invasión de ciertas esferas intocables de cada persona en particular, que favorecen precisamente el control del uso excesivo de estas libertades, en la idea de restaurar el equilibrio que debe existir entre libertades y derechos.

Y en este campo la intervención de los adelantos tecnológicos es evidente, porque la natural preocupación por la reedición de momentos pasados se hace mucho más aguda cuando tales progresos proponen nuevos medios de exposición pública. Este problema no es nuevo, y precisamente fue el que motivó la publicación, en 1890, del famoso opúsculo de Warren y Brandeis que tomando en lo esencial el pensamiento del juez Cooley sentó las bases de las actuales dimensiones del derecho a la privacidad en Occidente, entendida esta como el derecho a ser dejado solo o a no ser molestado (*the right to be let alone*).

ciertos, adecuados, pertinentes y no excesivos en relación al ámbito y finalidad para los que se hubieren obtenido», al cual se lo debe vincular con el inciso 7 del mismo artículo, a tenor del cual: «Los datos deben ser destruidos cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a los fines para los cuales hubiesen sido recolectados».

Por ello, entonces, todo dato excesivo, inadecuado, impertinente o que haya perdido utilidad por el mero transcurso del tiempo debe ser eliminado de la base de datos o al menos ser objeto de un tratamiento limitado (y aquí entra entonces el derecho a la oposición a determinados tratamientos), y en caso que por alguna razón legal deba ser mantenido, su acceso debe ser restringido a quienes, *v.gr.*, acrediten contar con un interés legítimo en acceder a esa información (por ejemplo, la administración tributaria, para determinar un incremento patrimonial sospechoso de un contribuyente, o un pariente de una persona fallecida para indagar sobre datos de salud que precisa para proveer al tratamiento de una enfermedad hereditaria).

Es que, como lo indica Peyrano (2004):

Lo «público» del dato debe ponderar un cierto grado de relatividad, de modo tal que sea posible para la persona, un cierto control sobre las informaciones a su respecto, de modo tal de adecuar su 'perfil' actual, o, eventualmente, permitirle una cierta 'reconstrucción' de aspectos de su vida, a fin de que no quede atada para siempre a los condicionamientos de su pasado.

Olvidar es humano, y como la técnica debe ser para el hombre, y no el hombre para ella —como una suerte de esclavo de la misma—, la técnica debe contemplar o admitir —para satisfacer los intereses humanos— que cuando se encuentra justificado y no se vean comprometidos intereses públicos o colectivos, el 'olvido' impida que ciertos datos personales que fueron 'públicos', recobren la 'publicidad' que les da el recuerdo.

Tal y como lo ha expresado desde su constitución la Corte Constitucional colombiana: «Los datos tienen por su naturaleza misma una vigencia limitada en el tiempo la cual impone a los responsables o administradores de bancos de datos la obligación ineludible de una permanente actualización a fin de no poner en circulación perfiles de 'personas virtuales' que afecten negativamente a sus titulares, vale decir, a las personas reales. De otra parte, es bien sabido que las sanciones o informaciones negativas acerca de una persona no tienen vocación de perennidad y, en consecuencia después de algún tiempo tales personas son titulares de un verdadero derecho al olvido» (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-414/92).

En definitiva y en lo esencial, con el reconocimiento de un derecho al olvido (o a ser olvidado) se pretende poner de resalto que, pese a que no es posible para cualquier persona borrar el recuerdo o rehacer sus decisiones pasadas, sí cuenta con herramientas jurídicas que le permiten sustraerse a un permanente revivir de esos

acontecimientos pasados que lo persiguen, profundizando e impidiendo borrar, al menos en la mayor medida posible, su huella traumática.

Este concepto tiene una profunda simetría con una de las principales aristas de la privacidad, en concreto, ese derecho «a ser dejado solo», «a ser dejado en paz», del que ya hablaban Cooley, Warren y Brandeis a finales del siglo XIX; no tenía lugar alguno en el *1984* de Orwell de mediados del siglo XX (donde el principal slogan del gobierno totalitario donde transcurría la novela era: «Quien controla el pasado controla el futuro. Quien controla el presente controla el pasado») y que se presenta como casi una utopía en el contexto tecnológico actual donde la información circula mayormente por Internet, pues tal como lo menciona Peyrano:

Un sistema como el implementado en los sitios ‘web’ referidos, gracias a la perfección técnica, no contempla ese ‘olvido’.

Pero además, y en directa relación con lo expresado precedentemente, esas informaciones ‘recordadas’ de un modo casi instantáneo, renuevan su condición de datos públicos por el acceso irrestricto que admiten los sitios ‘web’ bajo examen, y sus titulares no pueden saber quiénes, qué, cuándo y con qué motivos están sabiendo algo sobre ellos.

Es decir que el referido acceso irrestricto a las informaciones que han sido del dominio público ‘retroalimenta’ la publicidad de los datos personales que constan o pueden ser extraídos de las mismas.

Se genera de tal modo un circuito que impide no solo el humano olvido, sino que también expande el ‘recuerdo’, colocando esos datos al alcance de cualquier interesado, sin prácticamente ningún esfuerzo.

Sustrae del control de los titulares de esos datos, la posibilidad de ejercer cualquier potestad de control (Peyrano, 2004).

Este derecho es ejercible en todos los ámbitos, inclusive en el campo de la información proveniente del ámbito judicial, tal y como surge de las denominadas «Reglas de Heredia»⁵, pueden extraerse los principios característicos del derecho al olvido

⁵ Según lo explican Gregorio y Lobato de Paiva, en junio de 2003 el Instituto de Investigación para la Justicia con el apoyo de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y el patrocinio del International Development Research Centre de Canadá reunieron en Heredia (Costa Rica) a representantes de varios países de América Latina para discutir el tema «Sistema Judicial e Internet» con la intención de analizar las ventajas y dificultades de los sitios de los poderes judiciales en Internet, los programas de transparencia y la protección de los datos personales.

En esta reunión, que contó con la participación de varios ministros y magistrados de Cortes Supremas de países de América del Sur y Central, se desarrollaron diversas tesis y exposiciones que culminaron en la formulación de un documento de consenso sobre la difusión de información judicial en Internet y se recomendaron reglas mínimas a ser adoptadas por los órganos responsables de la divulgación.

Las referidas reglas tienen el objetivo de servir como modelo a ser adoptado por los tribunales e instituciones responsables de la divulgación de jurisprudencia de todos los países de América Latina. En sus premisas está auxiliar a los tribunales en el tratamiento de los datos contenidas en las sentencias y despachos judiciales en Internet sin que se generen perjuicios a la transparencia de sus decisiones (Gregorio y Lobato de Paiva, ¿2004??).

precisamente en la Regla 3, referida al derecho de oposición del interesado, que indica que a este se le reconocerá dicho derecho «previa petición y sin gastos, en cualquier momento y por razones legítimas propias de su situación particular, a que los datos que le conciernan sean objeto de difusión, salvo cuando la legislación nacional disponga otra cosa. En caso de determinarse, de oficio o a petición de parte, que datos de personas físicas o jurídicas son ilegítimamente siendo difundidos, deberá ser efectuada la exclusión o rectificación correspondiente», la cual es complementada especialmente por la Regla 4, referida a la adecuación al fin, y que dispone que en cada caso «los motores de búsqueda se ajustarán al alcance y finalidades con que se difunde la información judicial».

En este contexto es sumamente importante destacar que la efectiva vigencia de este derecho en la sociedad de la información exige una actividad bifronte, que no dependa exclusivamente de la voluntad de quien ejerce este derecho, sino también de una posición proactiva de quienes tratan los datos, que deben contar con mecanismos para que se proceda, luego de cierto tiempo, a la eliminación automática de datos vetustos. Así, tal como lo propone Mayer-Schönberger, el derecho a ser olvidado no debe ser asociado únicamente con la intención de los afectados por los datos de eliminar información de los registros accesibles al público sino que también debe alcanzar, especialmente en la era digital, a mecanismos automáticos que incluyan el almacenamiento de datos con fechas de caducidad que de manera programada activaran la supresión de la información al transcurrir un determinado período de tiempo (2009, p. 171).

2. La evolución del derecho al olvido en Europa y su recepción en la Argentina

Este «derecho a ser olvidado» arranca —como las leyes de protección de datos y la construcción del «derecho a la autodeterminación informativa»— en suelo alemán, en concreto en el caso «Lebach», resuelto por el Tribunal Constitucional alemán, y generado cuando en un canal de televisión se pretendió pasar el documental *Der Soldatenmord von Lebach*, relativo a un hecho ocurrido en 1969 en la ciudad de Lebach, cuando cuatro soldados que custodiaban un depósito de municiones fueron asesinados mientras dormían. El Tribunal hizo lugar a la pretensión de uno de los condenados por este crimen que estaba a punto de salir de la prisión que se oponía a la difusión televisiva de ese documental, entendiendo que tal reproducción lo estaría obligando a revivir tiempos pasados, y más específicamente hechos de su vida que eran un verdadero fastidio para él, y que ya resultaban irrelevantes para la sociedad. Consideró además especialmente que, en la tensión entre el derecho fundamental a la protección de la personalidad (más específicamente la privacidad y la intimidad) y el derecho fundamental a la libertad de información,

debía prevalecer el primero, porque con la reproducción televisiva de información sin ningún tipo de relevancia actual se pondría en riesgo la posibilidad de la rehabilitación del convicto.

El mismo tribunal constitucional alemán declarararía poco tiempo después, en un célebre caso referido a la ley de censo de la población, fallado el 15/12/83, la existencia del derecho fundamental a la autodeterminación informativa, como un derecho general derivado de la personalidad y la dignidad humana, que autorizaba a cuestionar la recolección de cierta información que se les solicitaba a los ciudadanos en ese censo, porque al no contar con una justificación razonable, se afectaba el libre desarrollo individual, en violación de la autodeterminación informativa de cada ciudadano.

En el plano legislativo, el derecho a ser olvidado empieza a delinearse con la aprobación, en el ámbito comunitario, del Convenio 108 de 1981 y en las reformas que consecuentemente realizaron la mayoría de los países europeos (*v.gr.*, las de 1990 a la ley de protección de datos alemana de 1977), que encontrarán un nuevo punto de reformulación a partir de 1995, con la aprobación de la Directiva 95/46 por parte del Parlamento Europeo y el Consejo, que establece criterios generales y que si bien en ninguno de los casos se expide expresamente sobre el derecho a ser olvidado, al igual que en el caso anterior, contiene principios claros que constituyen la base de este reciente derecho.

En este proceso, sin embargo, fueron dictadas diversas normas que tienen una estrecha vinculación con el derecho a ser olvidado, que concretamente se ocuparon de ciertos efectos negativos en el ámbito de las relaciones de consumo y como una forma de tutelar al consumidor frente al accionar de las empresas y organismos que tratan datos sobre solvencia patrimonial y crédito.

Este tipo de normas tipo de normas han sido incorporadas en ese ámbito temporal en los países europeos, llegando a Latinoamérica una década más tarde a alojarse tanto en leyes generales de protección de datos (como en el caso argentino), como en leyes sectoriales respecto de los servicios e información crediticia (como en el caso peruano) e incluso en códigos de defensa del consumidor, como en el caso brasileño).

Sobre este aspecto, *v.gr.*, la ley argentina 25.326 (de similar manera que el artículo 43, párrafo 1, del Código de Defensa del Consumidor brasileño), establece en su artículo 26, ap. 4: «Solo se podrán archivar, registrar o ceder los datos personales que sean significativos para evaluar la solvencia económico-financiera de los afectados durante los últimos cinco años. Dicho plazo se reducirá a dos años cuando el deudor cancele o de otro modo extinga la obligación, debiéndose hacer constar

dicho hecho», y su decreto reglamentario, 1558/01 dispone a este respecto: «Para apreciar la solvencia económico-financiera de una persona, conforme lo establecido en el artículo 26, inciso 4, de la ley 25.326, se tendrá en cuenta toda la información disponible desde el nacimiento de cada obligación hasta su extinción. En el cómputo de CINCO (5) años, estos se contarán a partir de la fecha de la última información adversa archivada que revele que dicha deuda era exigible. Si el deudor acredita que la última información disponible coincide con la extinción de la deuda, el plazo se reducirá a DOS (2) años. Para los datos de cumplimiento sin mora no operará plazo alguno para la eliminación. A los efectos del cálculo del plazo de DOS (2) años para conservación de los datos cuando el deudor hubiere cancelado o extinguido la obligación, se tendrá en cuenta la fecha precisa en que se extingue la deuda».

Las reglas establecen en definitiva un plazo de caducidad del dato negativo, que implica en los hechos «olvidar» hechos por el mero transcurso del tiempo, los cuales incluyen a información sobre deudas que pueden encontrarse vigentes por ser todavía exigibles conforme a la legislación de fondo, tal como surge de la interpretación dada por la Corte nacional en los casos «Nápoli»⁶ y «Catania»⁷.

La extensión de este «derecho al olvido» a otros tipos de datos y en contextos que no son los de consumo, es la que genera mayor controversia y obliga a realizar

⁶ CSJN, 8/11/2011, N.112, «Napoli, Carlos v. Citibank N.A. s/hábeas data», donde la Corte, complementando a «Catania» considera desde cuándo se debe contar el plazo de 5 años contenido en la ley 25.326 y expresa:

- a) El decreto reglamentario es ambiguo y poco preciso al respecto, y en el caso no se había planteado la inconstitucionalidad del mismo.
- b) La mentada ambigüedad debe subsanarse mediante una interpretación que respete la voluntad del legislador. Por ende debe evitarse una interpretación que implique postergación sine die o una tardanza excesiva en el inicio del cómputo del plazo que sea contrario al derecho concedido por el legislador (que según el caso «Catania» son claramente cinco años).
- c) El plazo comienza con la fecha de la última información adversa archivada que revele que la deuda era exigible. La Corte explica que esto es el último dato en su sentido cronológico que ha ingresado en el archivo en la medida en que sea significativo para evaluar la solvencia patrimonial. Y aclara que la mera repetición de la misma información no es un nuevo dato que justifique extender el plazo o comenzar a contarlo nuevamente. Por ende, aquí cabe entender que la Corte establece que debe tomarse para el cómputo de deudas financieras, el primer mes de ingreso del dato y no el último. Esto acorta significativamente el plazo del derecho al olvido de la forma en que era contado en ciertos sectores de la industria (se consideraba que cada nuevo mes que se informaba al BCRA había un nuevo dato). (síntesis volcada en <http://www.habeasdata.org/wp/2011/11/21/la-corte-suprema-y-el-derecho-al-olvido/>).
- d) En el considerando 9no la Corte hace alusión al principio de finalidad mencionando la reglamentación de la ley y sostiene que el dato prescripto es un dato que ha perdido finalidad y debe ser eliminado sin necesidad de que lo requiera el titular del dato (síntesis volcada en <http://www.habeasdata.org/wp/2011/11/21/la-corte-suprema-y-el-derecho-al-olvido/>).

⁷ CSJN, 8/11/2011, C.1380 «Catania v. BCRA s/hábeas data», donde sostuvo que:

- a) El «derecho al olvido» fue reconocido por ley y está ampliamente difundido en el derecho comparado.
- b) El debate legislativo demuestra que la idea del legislador fue fijar un plazo de 5 años, no uno mayor (inicialmente la propuesta era de 10 años pero durante el debate legislativo se bajó a 5 años).
- c) El plazo del derecho al olvido corre en forma separada de otros plazos como la prescripción, o de otras situaciones como la vigencia de la deuda o su exigibilidad. No hay que esperar que la deuda esté prescripta, de lo contrario se desvirtúa la voluntad del legislador.

una ponderación caso por caso para resolver la tensión entre el derecho colectivo a la información y los derechos individuales comprometidos por la publicación de esa información lesiva. Y lo que aparece como fenómeno más acuciante es el de la aplicación y efectivización de este derecho en el ámbito del ciberespacio, ello a punto tal que la cuestión fue abordada en el ámbito comunitario especialmente desde la versión de 2012 del proyecto de Reglamento Europeo de Protección de Datos⁸, que traía respecto del derecho al olvido ciertas previsiones específicas tanto en su Exposición de motivos como en su articulado, las que fueron luego eliminadas en el proyecto de 2014 pero finalmente reintroducidas en la versión final aprobada en 2016.

Como lo ha explicado la doctrina, las reglas emergentes del proyecto pueden sintetizarse en el siguiente esquema:

a) Causas:

- * los datos ya no son necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados;
- * retiro del consentimiento en que se basa el tratamiento;
- * expiración del plazo de conservación autorizado sin que exista otro fundamento jurídico para el tratamiento de los datos;
- * ejercicio del derecho de oposición al tratamiento;
- * tratamiento de los datos no conforme con el Reglamento.

b) Límites:

- * ejercicio del derecho a la libertad de expresión conforme a la legislación del Estado Miembro por motivos de interés público en el ámbito de la salud pública (diagnóstico médico, gestión de la salud, riesgo epidemiológico, gestión de servicios de salud) con fines de investigación histórica, estadística y científica;
- * cumplimiento de una obligación legal de conservar los datos personales impuesta por el Derecho de la Unión o por la legislación de un Estado miembro (interés público, respeto del derecho fundamental a la protección de datos, proporcionalidad y finalidad legítima).

c) Supuestos alternativos: limitar el tratamiento

- * impugnación de la exactitud durante un plazo que permita al responsable del tratamiento verificarla;
- * deber de conservación a efectos probatorios;

⁸ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos), 2012/0011 (COD), 25/01/12.

- * bloqueo a petición de parte cuando el tratamiento sea ilícito y el interesado se oponga a su supresión y solicite en su lugar la limitación de su uso;
- * el interesado solicita la transmisión de los datos personales a otro sistema de tratamiento automatizado (portabilidad).

d) Deber de notificación a cesionarios:

- * informar a los terceros que estén tratando dichos datos de que un interesado les solicita que supriman cualquier enlace a esos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos;
- * cuando el responsable del tratamiento haya autorizado a un tercero a publicar datos personales, será considerado responsable de esa publicación⁹.

Estas reglas también tuvieron su tratamiento cuando el 13/05/14, la Gran Sala del Superior Tribunal de Justicia de la Unión Europea —en decisión avalada al año siguiente por el pleno de dicho tribunal— debió expedirse sobre la existencia de este derecho, cuando resolviera una cuestión prejudicial que le solicitara la justicia española, en un caso derivado de una sanción aplicada por la Agencia Española de Protección de Datos a Google Spain y Google Inc., en función de la petición articulada por el ciudadano español que promovió el caso (de apellido Costeja).

En la sentencia supranacional se obligó, en definitiva, al gigante informático a eliminar los enlaces respecto de la información obrante en la red respecto de este ciudadano y que era obtenida a través del buscador, pero que eran vetustas (se refería a la noticia sobre un remate realizado treinta años antes por unas deudas con la seguridad social que tenía tal persona), lo que implicaba que no se podía llegar a dicha noticia por su nombre, en operación que doctrinariamente se conoce como «desindexación», y que el tribunal entendió que podía ser extraído conceptualmente del artículo 12 de la Directiva 46/95¹⁰.

En el caso, el Tribunal español remitió el caso al tribunal europeo, la formulación de las siguientes preguntas:

- 1) Si se aplicaría la Directiva de Protección de Datos de 95/46 CE a los motores de búsqueda través de Internet, tales como la ofrecida por Google Site Search;

⁹ Ricard Martínez Martínez, «Propuesta de Reglamento Europeo de Protección de Datos», en http://contenidos.ceoe.es/resources/image/propuesta_reglamento_ue_proteccion_datos.pdf.

¹⁰ Derecho de acceso

Los Estados miembros garantizarán a todos los interesados el derecho de obtener del responsable del tratamiento: [...]

b) en su caso, la rectificación, supresión o bloqueo de los datos cuyo tratamiento no se ajuste a las disposiciones de la presente Directiva, en particular debido al carácter incompleto o inexacto de los datos;

c) la notificación a los terceros a quienes los datos han sido revelados de toda rectificación, supresión o bloqueo efectuado de conformidad con el inciso b), si no resulta imposible o supone un esfuerzo desproporcionado.

- II) Si la legislación de la Comunidad Europea aplicable a Google España podría llegar a la información sobre el tráfico que circula a través de los servidores que se encuentran en la sede de la empresa, en los Estados Unidos;
- III) Si el individuo tendría derecho a exigir que sus datos personales sean eliminados de la base de datos o sean inaccesibles por los buscadores de Internet, debido a la existencia de un derecho a ser olvidado.

La Gran Sala del Tribunal de Justicia, en la decisión C-131/12¹¹, contestó a estas cuestiones, resolviendo:

- 1) El artículo 2, letras b) y d), de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, debe interpretarse en el sentido de que, por un lado, la actividad de un motor de búsqueda, que consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado, debe calificarse de «tratamiento de datos personales», en el sentido de dicho artículo 2, letra b), cuando esa información contiene datos personales, y, por otro, el gestor de un motor de búsqueda debe considerarse «responsable» de dicho tratamiento, en el sentido del mencionado artículo 2, letra d).
- 2) El artículo 4, apartado 1, letra a), de la Directiva 95/46 debe interpretarse en el sentido de que se lleva a cabo un tratamiento de datos personales en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable de dicho tratamiento en territorio de un Estado miembro, en el sentido de dicha disposición, cuando el gestor de un motor de búsqueda crea en el Estado miembro una sucursal o una filial destinada a garantizar la promoción y la venta de espacios publicitarios propuestos por el mencionado motor y cuya actividad se dirige a los habitantes de este Estado miembro.
- 3) Los artículos 12, letra b) y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46 deben interpretarse en el sentido de que, para respetar los derechos que establecen estas disposiciones, siempre que se cumplan realmente los requisitos establecidos en ellos, el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, también en el supuesto

¹¹ «Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (es), Mario Costeja González», Case n° C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317.

de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de estas páginas web, y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita.

- 4) Los artículos 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46 deben interpretarse en el sentido de que, al analizar los requisitos de aplicación de estas disposiciones, se tendrá que examinar, en particular, si el interesado tiene derecho a que la información en cuestión relativa a su persona ya no esté, en la situación actual, vinculada a su nombre por una lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre, sin que la apreciación de la existencia de tal derecho presuponga que la inclusión de la información en cuestión en la lista de resultados cause un perjuicio al interesado. Puesto que este puede, habida cuenta de los derechos que le reconocen los artículos 7 y 8 de la Carta, solicitar que la información de que se trate ya no se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en tal lista de resultados, estos derechos prevalecen, en principio, no solo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en acceder a la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona. Sin embargo, tal no sería el caso si resultara, por razones concretas, como el papel desempeñado por el interesado en la vida pública, que la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate.

Desde esta importante decisión, prácticamente todos los estados europeos iniciaron sus discusiones sobre el impacto en sus leyes nacionales de protección de datos, estableciéndose la necesidad de actualizarlas con el fin de incluir expresamente el derecho al olvido, y desde luego Google estableció mecanismos para que los ciudadanos europeos interesados puedan ejercer ese derecho a ser olvidados.

La cuestión también replicó en la Argentina, donde fue tratado intensamente por la doctrina y por la jurisprudencia, aunque solo tangencialmente por la Corte Suprema nacional en los casos «Rodríguez»¹², «Da Cunha»¹³

¹² CSJN, /10/14, «Rodríguez, Belén», CSJN, 30/12/14.

¹³ CSJN, 30/12/14, «Da Cunha, Virginia c/ Yahoo de Argentina y otro s/ daños y perjuicios», 561/2010 (46-D) CSJ 544/2010 (46-D) — Recurso de hecho. La causa se motivó en que esta modelo encontró que su nombre y fotos aparecían asociados a páginas pornográficas, y la Corte se expidió sobre la responsabilidad de los buscadores en la supervisión de los contenidos que indexan y listan en sus búsquedas, y en cómo afectan a otras personas, disponiendo, en síntesis, que los buscadores no deben ser los jueces de la legalidad de los contenidos en Internet. Para la Corte, el único responsable del contenido de una página es el autor o titular del sitio que los buscadores indexan, y no el buscador (Google o el que sea); la búsqueda por imágenes tiene la misma protección constitucional que la búsqueda por texto (ver al respecto <http://www.cadena365.com/index.php/virginia-da-cunha-perdio-un-juicio-contra-google/>).

y «Lorenzo»¹⁴, registrándose una serie de iniciativas especialmente en la Cámara de Diputados, como la dictaminada favorablemente en 2012 por la Comisión de Legislación del Trabajo que preveía que las sanciones disciplinarias fueran borradas del legajo de los trabajadores después de 12 meses de haber ocurrido el hecho que las motivara¹⁵, y más recientemente la presentada por el diputado Sergio Bergman, por la cual se regula legalmente lo que se reconociera jurisprudencialmente en el caso «Costeja» por la Gran Sala del Superior Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁶.

3. Requisitos (tentativos) para establecer cuándo una persona se encuentra amparada por el derecho al olvido

Si bien desde nuestro punto de vista es posible sostener el derecho al olvido respecto de hechos recientes que no tengan relevancia pública, e incluso no es imprescindible la acreditación de un daño, los elementos con que se ha construido doctrinaria y jurisprudencialmente este derecho, son los siguientes:

a. La existencia de una información real o potencialmente dañosa

Debe estar en presencia de datos cuya difusión perjudique real o potencialmente a la persona, esto porque la ley no debe intervenir para salvaguardar simples intereses individuales que impliquen un mero deseo, esto es, sin que se demuestre la existencia de efectos nocivos, causados abusivamente en detrimento de la persona.

Y dado que se está limitando una libertad informativa, quien así lo alegue, carga con la prueba de demostrar que de mantenerse la divulgación de ese hecho se causará ese perjuicio y que no se está ante noticias e informes que simplemente transmiten hechos sobre la vida privada de personas públicas o informes que tengan relevancia pública. Es que este derecho no está pensado para suprimir arbitrariamente el libre flujo de información en una sociedad democrática, solo permite ejercer un control no absoluto sobre los informes públicos.

b. El transcurso de un tiempo razonable o no contemporaneidad

Como se dijo, para la mayoría de la doctrina el evento o contexto fáctico objeto del ejercicio de este derecho no debe ser actual o contemporáneo, porque en la esencia del derecho al olvido se encuentra el juego entre el tiempo y la memoria,

¹⁴ CSJN, «Lorenzo, Bárbara c Google Inc. s/daños y perjuicios», caso idéntico a «Da Cunha», donde la Corte reiteró el criterio anterior.

¹⁵ <http://www.diariojudicial.com/nota/30057>.

¹⁶ Proyecto presentado en las sesiones ordinarias de 2016 por el Diputado nacional Sergio Bergman, cuyo texto puede encontrarse en <http://www.sergiobergman.com/presentacion-de-proyecto-de-ley-de-derecho-al-olvido-en-internet-2/>.

de modo que se requiere la necesaria intervención del paso del tiempo, que permite determinar lo que puede ser olvidado y lo que es digno de ser recordado.

La existencia de no contemporaneidad se basa en que los hechos que se manifiestan en el presente o en el pasado reciente no han sufrido un período de maduración que permita evaluar su relevancia pública y la importancia que estos eventos pueden tener para la comunidad. Así, eventos que pese a su potencial negativo para la esfera privada, todavía pueden ser accesibles al público y transmitidos por terceros (*v.gr.*, una condena penal o civil que dañe la reputación pero todavía tiene relevancia, por ejemplo, para determinar la existencia o no de reincidencia).

c. La ausencia de relevancia histórica

Los hechos históricos tienen una relevancia social constante en el tiempo, trascienden los intereses individuales y su disponibilidad está en la esencia del derecho colectivo a la memoria, de modo que impide que juegue el interés individual en que resulten olvidados.

Por ello, los eventos históricamente relevantes no son pasibles de ser alterados por la vía del derecho al olvido, por más que resulten altamente dolorosos para algunas de las personas involucradas en ellos (o para sus herederos) y haya transcurrido un largo tiempo desde la fecha de su ocurrencia (*v.gr.*, crímenes de lesa humanidad, incluso para las víctimas).

De este modo, además del transcurso de un espacio importante del tiempo respecto de esa información que causa un daño, debe ponderarse si existe alguna necesidad de permanencia del hecho en la memoria colectiva para su transmisión a todas las generaciones futuras (todo ello con independencia del malestar individual o colectivo que pueda provocar), y si tal necesidad de preservación histórica no es tal, puede dejarse en el olvido.

d. El agotamiento de la relevancia informativa del evento

Si un hecho no tiene relevancia histórica por la cual merezca ser resguardado de manera permanente, corresponde realizar un análisis cualitativo y evaluar si los hechos que se pretenden eliminar alcanzaron un determinado punto de saturación en su exposición pública, ya que si así ha ocurrido, su difusión ulterior puede ser considerada excesiva, desproporcionada o injusta. Así, por ejemplo, las informaciones sobre hechos que no están vinculados a la comisión de delitos y que se desean excluir del acceso público, que puede que ya no contengan alguna función social en términos de su potencial educativo, formativo o de protección terceros (*v.gr.*, las informaciones relativas a solvencia patrimonial y crédito, que luego de transcurrido

cierto tiempo que en promedio alcanza a los cinco años, como en los casos del artículo 26 de la ley argentina 25.326 y del artículo 43, párrafo 1, del Código de Defensa del Consumidor brasileño).

Seguramente el área más conflictiva está en la de las condenas penales, donde cabe evaluar si los hechos pasados han ejercido plenamente su función informativa de la sociedad y si las sanciones impuestas al delincuente han alcanzado sus objetivos típicos (esto es, la rehabilitación o recuperación, que incluye el restablecimiento de la autoestima de la víctima). Aquí, la amplia difusión de información sobre los actos ilegales se muestra como necesaria e indispensable para la restauración de los derechos de las víctimas, pero esa publicidad no puede durar para siempre a fin de permitir la reinserción social del reo (aunque en algunos ordenamientos esto no es así, como ocurre en los Estados Unidos con las denominadas «listas Megan», a partir de las cuales se insertan en bases de datos de acceso público en Internet la localización y demás información relativa a los ofensores sexuales, bajo el argumento de su incurabilidad y el deber de prevención social).

Conforme lo explica la doctrina, la exposición pública de los actos ilegales cometidos debe tener un límite, porque de lo contrario se obstaculizará o negará la rehabilitación, que implica la conciliación individual con el orden violado, el cual, en algunos casos, puede ser dado por medio del perdón o indulto, la amnistía o el «olvido» de los delitos cometidos, todos mecanismos de reconciliación de orden público con la esfera de los intereses privados que permite al delincuente superar el pasado, ser reintegrado a la vida social y contar con una segunda oportunidad en el futuro, generando un derecho a un nuevo comienzo. En definitiva, de negarse el derecho al olvido en el derecho sancionatorio, el perdón colectivo del infractor, al colocar al delincuente en evidencia constante y sin restricciones a través de la exhibición pública de los errores cometidos en el pasado, implica una indebida obstrucción a la posibilidad de que el delincuente recupere su autoestima por el delito cometido y se rehabilite, configurándose así una especie de perpetuo castigo (aunque solo psicológico), lo que es tanto aberrante como ilegal¹⁷.

4. Reevaluación

Conforme a lo expresado, si bien el derecho al olvido se presenta socialmente como uno de los «nuevos» derechos del derecho a la protección de datos, en realidad viene reconocido desde las primeras leyes de protección de datos que se ocuparon del tratamiento de la información crediticia.

¹⁷ «El derecho al olvido en Europa y en el Brasil», en Juan Francisco Ortega (director), *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, Universidad de los Andes, Colombia, n° 15, 2016.

En su actual concepción se atribuye a toda persona que, bajo determinadas circunstancias y en función del daño que le causa, requiere que esas informaciones negativas asociadas a su persona, que fueron lícitamente tratadas, sean eliminadas o tratadas de manera tal que no puedan ser accedidas por el público en general, esto a condición de que desde su ocurrencia y publicación haya transcurrido un tiempo prolongado y no revistan relevancia pública.

La cuestión de la definición de sus contornos y alcances resulta sumamente interesante y se entronca con la debida vigencia de los derechos más elementales de las personas, en especial frente al siempre y cada vez más vertiginoso desarrollo de la sociedad de la información.

La aspiración de este trabajo se ha limitado a la de proporcionar una serie de informaciones básicas que le permitan al lector contar con un punto de partida para su ulterior proyección hacia las implicancias de este derecho en las diversas áreas en que pueda ser utilizado.

Esperamos haber cumplido, mínimamente, con nuestro cometido, aunque el paso inexorable del tiempo lleve a que este opúsculo también caiga, graciosamente, en las reglas generales del olvido a las que aquí hemos sucintamente referido.

Referencias

- Barnes, Jonathan (1995). *The Complete Works of Aristotle*. Princeton: Princeton University Press.
- El derecho al olvido en Europa y en el Brasil (2016). En Juan Francisco Ortega (dir.). *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, 15. Universidad de los Andes, Colombia.
- Gregorio, Carlos G. y Lobato de Paiva, Mario A. (2004). *Las Reglas de Heredia comentadas*. <http://www.cej.org.co/index.php/component/search/?searchword=gregorio&searchphrase=all&Itemid=542>.
- Martínez Martínez, Ricard (2004). *Propuesta de Reglamento Europeo de Protección de Datos*. http://contenidos.ceoe.es/resources/image/propuesta_reglamento_ue_proteccion_datos.pdf
- Mayer-Schönberger, Viktor (2009). *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*. Princeton: Princeton University Press.
- Peyrano, Guillermo F. (2004). *El tratamiento de datos personales extraídos de informaciones periódicas, y su acceso a través de Internet. La protección de los datos personales y el derecho a la autodeterminación informativa, ante las nuevas formas de procesar y comunicar la información. En Estudios de Derecho - Estudios de Derecho Privado - Estudios de Derecho Público - Derecho Público y Procesal (Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 aniversario)*. Caracas: Editorial Universidad Católica Andrés Bello.