

Hacia una Internet libre de censura II

Perspectivas en América Latina

Agustina Del Campo
Compiladora

Facultad de Derecho
Centro de Estudios en Libertad de
Expresión y Acceso a la Información



Hacia una Internet libre de censura II

Perspectivas en América Latina

Agustina Del Campo

COMPILADORA

Facultad de Derecho

Centro de Estudios en Libertad de
Expresión y Acceso a la Información



El “derecho al olvido” de Europa en América Latina

Daphne Keller¹

Resumen ejecutivo

El presente artículo aborda las tensiones existentes entre el llamado “derecho al olvido” y los derechos a la libertad de expresión e información de los usuarios de internet, en especial, en tanto y en cuanto esos derechos estén reconocidos en América Latina. Se analizarán los sorprendentes acontecimientos ocurridos de acuerdo con dos fuentes jurídicas europeas: el caso “Google Spain”² del año 2014 resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que le exigió al buscador de internet que eliminara determinados resultados de búsqueda; y el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), aún pendiente, de la Unión Europea (UE).

El RGPD es la única reforma efectuada en diez años de la Ley de Protección de Datos de la UE. Entrará en vigor y desplazará a la anterior Ley de Protección

¹ Daphne Keller es Directora del Área de Responsabilidad de los Intermediarios de *Stanford Center for Internet & Society*. Anteriormente se desempeñó como Consejera General de Responsabilidad de los Intermediarios y Libertad de Expresión para Google. En dicho cargo, se concentró principalmente en cuestiones jurídicas y políticas fuera de los EE.UU., incluido el “derecho al olvido”, en constante evolución, de la Unión Europea. Como parte de sus funciones anteriores en Google, lideró los equipos legales para Búsquedas Web, Derechos de Autor y Software de Código Abierto. Daphne ha enseñado Derecho de Internet en la Escuela de Derecho de U.C. Berkeley, y también ha enseñado en la Escuela de Información de la misma universidad y en la Escuela de Derecho de Duke. En sus actuaciones en la materia, Daphne ha declarado ante la Investigación Leveson y el Comité Parlamentario sobre Privacidad. Daphne realizó su práctica en el grupo de Litigios de Munger, Tolles & Olson y es graduada de la Facultad de Derecho de Yale y de Brown University. El presente artículo es una versión traducida al español del original en inglés.

² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso C-131/12, “Google Spain SL vs. Agencia Española de Protección de Datos”, sentencia del 13 de mayo de 2014, ¶ 94, disponible en: <http://bit.ly/2fbEIQH>.

de Datos en el año 2018. Sus nuevas cláusulas sobre derecho al olvido inclinan el campo de juego fuertemente a favor de eliminar los datos en línea, causando un serio desequilibrio entre los derechos a la expresión y a la intimidad.

Los legisladores y los defensores de América Latina tienen la oportunidad de evitar este desequilibrio en sus propias leyes. En rigor de verdad, existen fuertes argumentos que sostienen que el RGPD podría no satisfacer ciertos requisitos jurídicos y constitucionales e incumplir compromisos de derechos humanos en la región. Los legisladores pueden proteger los derechos a la intimidad y a la protección de datos rechazando cualquier perjuicio a la libertad de expresión, que podrían causar leyes del derecho al olvido mal diseñadas.

El presente artículo: (1) examinará el contexto jurídico del derecho al olvido en Europa y su relación con otros regímenes de “notificación y baja” de la comunicación en internet; (2) analizará las restricciones sustantivas y procedimentales a la libertad de expresión conforme la ley, con un enfoque sobre las nuevas disposiciones del RGPD; y, finalmente, (3) identificará las diferencias principales entre las leyes de la UE y aquellas que rigen en muchos países de América Latina.

Las diferencias entre el sistema legal europeo y el latinoamericano sugieren el siguiente enfoque posible para los formuladores de políticas encargados de elaborar propuestas sobre el derecho al olvido en el ámbito de la legislación, los litigios y la aplicación administrativa:

1. No tratar a los intermediarios como responsables de los datos divulgados por los usuarios, ni definir obligaciones más flexibles para los responsables en relación con la expresión.
2. No imitar el proceso de notificación y baja establecido en el RGPD. Por el contrario, recurrir a la Ley de Responsabilidad de los Intermediarios y a las declaraciones de políticas para identificar cualquier obligación y garantizar el control procedimental contra el exceso de eliminación.
3. Comparar propuestas sobre el derecho al olvido con el marco de derechos humanos de América Latina, que es distintivo y promueve la libertad de expresión.
4. Comparar cualquier propuesta de derecho al olvido con los derechos existentes basados en la intimidad, difamación u otros recursos jurídicos. Identificar si el derecho al olvido respaldaría denuncias que aún no están incluidas en esas leyes, ya sea que las mismas sean deseables en cuestiones de políticas, y determinar las protecciones a la libertad de expresión cuidadosamente diseñadas que podrían aplicarse.

Introducción

Los recientes avances europeos en materia jurídica respecto del llamado “derecho al olvido” no encuadran correctamente con el marco jurídico y de derechos humanos de América Latina. Estos avances pueden resultar especialmente preocupantes para muchos de los países de América Latina cuyas leyes se basan en la Directiva de Protección de Datos de 1995 de la Unión Europea (UE), la ley que se aplicó en el caso “Google Spain”.³ Si bien, dicho caso solamente involucró a los motores de búsqueda, otros casos posteriores de la UE han buscado aplicar el mismo requerimiento a empresas de hosteo en internet, tales como Facebook. Los legisladores de América Latina deberán decidir sobre cuestiones similares de acuerdo con sus propias leyes. Los planteos generales que surgen de estos avances serán relevantes en cada país donde los legisladores luchen por reconciliar los derechos a la intimidad y a la libertad de expresión en el ámbito de las comunicaciones en línea.

Mi análisis sobre esta temática surge de mi actual trabajo en Stanford y de mi experiencia como abogada para Google. En 2014, viajé con el Consejo Asesor de Google sobre el Derecho al Olvido, y tuve la oportunidad de escuchar el análisis tanto de los expertos independientes que integraban dicho Consejo como de los muchos destacados usuarios que declararon en las audiencias públicas.⁴ No pretendo ser experta en derecho latinoamericano, pero incluso el análisis más básico sobre jurisprudencia e instrumentos de derechos humanos sugiere que el derecho al olvido tal como ha evolucionado en Europa no encuadra apropiadamente en América Latina. Espero que este análisis resulte útil para los distinguidos defensores de los derechos humanos de la región a medida que se desarrollan los debates nacionales sobre el derecho al olvido.

³ En 2012, esta lista incluía a Argentina, Uruguay, México, Perú, Costa Rica y Colombia. Leiva, Aldo M., “Data Protection Law in Spain and Latin America: Survey of Legal Approaches”, *American Bar Association International Law News*, Vol. 41, No. 4, 2012, disponible en: <http://bit.ly/XJ9xyA> En 2016, las leyes de unos catorce países de América Latina y del Caribe incorporaron alguna disposición sobre protección de datos. Rich, Cynthia, “Data Privacy Laws in the Western Hemisphere (Latin America, Caribbean and Canada)”, *Bloomberg BNA - World Data Protection Report*, Vol. 16, N° 6, junio 2016, disponible en: <http://bit.ly/2fjXULC>; There are economic and other reasons to emulate EU law, as the simplest means to be deemed “adequate” for data transfers to national companies doing business in the EU. Cerda Silva, Alberto, “Personal Data Protection and Online Services in Latin America”, disponible en: <http://bit.ly/2fjY7y9>.

⁴ Consejo Asesor de Google sobre Derecho al Olvido, informe final, febrero de 2015, disponible en: <http://bit.ly/1r2Vv7e>.

I. Análisis

I.A. Orígenes jurídicos del “derecho al olvido” en internet

El llamado “derecho al olvido” recorre una larga historia en el derecho europeo, por ejemplo, en las leyes alemanas formuladas para ayudar a los delincuentes rehabilitados.

Lo inédito del fallo de “Google Spain”⁵ fue que el derecho al olvido se basó fuertemente en la amplia y sólida Directiva de Protección de Datos⁶. El derecho articulado en ese caso (obligar a los buscadores a borrar determinados resultados en ciertas búsquedas) no es más que el “derecho a eliminar datos”,⁷ según muchos afirman. No obliga a borrar páginas web o material de archivos y, ciertamente, no puede controlar la memoria humana. De acuerdo con este razonamiento, la sigla RTBF⁸ que nombra al “derecho al olvido” en inglés, sería un nombre inapropiado. De todos modos, la terminología sobre derecho al olvido ha resonado y se ha repetido una y otra vez en todo el mundo, la cual toma vida propia más allá del contexto jurídico de la Unión Europea.

En América Latina, los nuevos casos y las propuestas legislativas sobre derecho al olvido han avanzado rápidamente después de “Google Spain”. En algunos casos, las leyes nacionales reconocen los derechos de eliminar cierta información sobre el pasado de una persona, por ejemplo, en cuestiones financieras o penales.⁹ En 2015, la Corte Suprema de Colombia emitió un fallo, en el marco del derecho al olvido, que responsabilizó a un editor web y no a los buscadores, justificado en parte por el derecho mediático y

⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *supra* nota 2, párr. 94.

⁶ Texto de la Directiva de Protección de Datos, disponible en: <http://bit.ly/1f9oJZZ>.

⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *supra* nota 2, párr. 82.

⁸ “Right to be forgotten”.

⁹ Derechos Digitales, “What are the Implications of the Right to be Forgotten in the Americas?”, en: *iFex*, 22 de septiembre, 2015, disponible en: <http://bit.ly/2eL0DNh>; Véase Cerda Silva, *supra* nota 3 (“For the Supreme Courts of Argentina and Costa Rica, processing personal data on paid debts infringes fundamental rights, whereas for the Supreme Court of El Salvador it does not.”)

el derecho penal.¹⁰ Además, las constituciones de muchos países contienen disposiciones de *habeas data*, que, de acuerdo con algunas opiniones, respaldan derechos similares al derecho al olvido de la Unión Europea.

Los planteos sobre la influencia de la ley de la Unión Europea son especialmente importantes para muchos países de América Latina, incluidos Chile, Argentina, Uruguay, México, Costa Rica, Perú, Nicaragua y Colombia, que poseen leyes directamente modeladas a partir de las leyes de protección de datos de la UE, y para países como Brasil, donde se han propuesto leyes similares.¹¹ Las legislaturas tienen la gran motivación económica de seguir la ley de la UE a fin de “adecuarse” a la transferencia comercial, o de otra índole, de datos desde dicha región¹². Por lo general, las disposiciones de protección de datos de América Latina incluyen cláusulas muy similares a aquellas interpretadas en el caso “Google Spain”, otorgando a los dueños de los datos el derecho de acceder, de rectificar, de cancelar y de objetar el tratamiento de sus datos personales.¹³ Este tipo de procedimientos fueron aplicados por la Agencia de Protección de Datos de México, en el 2015, en una orden vinculada al derecho al olvido posteriormente revertida por el tribunal.¹⁴

Al mismo tiempo, algunos aspectos del derecho y de la cultura de América Latina difieren ampliamente del derecho al olvido de la Unión Europea. Eduardo Bertoni, actual director de la Agencia de Protección de Datos de Argentina, declaró que el nombre “derecho al olvido” era un “agravio” y escribió que si

¹⁰ Derechos Digitales, *supra* nota 9; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-277/15, 12 de mayo de 2015, disponible en: <http://bit.ly/1iQCR1b>; véase también Corte Constitucional de Colombia, “En nombre de un menor vs. Periódico ‘El nuevo día’ y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”, Sentencia T-453/13, 15 de Julio de 2013, disponible en: <http://bit.ly/2eAkRJ1> (se trata de un periódico, y no de un buscador, responsable de revelar la identidad de un menor presuntamente víctima de abuso); Corte Constitucional, “Martínez vs. Google Colombia & Editorial El Tiempo”, Sentencia T-040/13, 28 de enero de 2013, disponible en: <http://bit.ly/1FyIMlk> (buscador no responsable de acceder, corregir o borrar los resultados de búsqueda sobre un proceso penal del demandante).

¹¹ Voss, W. Gregory y Castets-Renard, Céline, “Proposal for an International Taxonomy on the Various forms of the ‘Right to be Forgotten’: a Study on the Convergence of Norms”, en: *Colorado Technology Law Journal*, Vol 14, Nº 2, Colorado, Universidad de Colorado, 2016, p. 314

¹² Cerda Silva, *supra* nota 3. Las definiciones de adecuación realizadas por la Comisión Europea conforme la Directiva de 1995 permanecerán en vigor, pero podrían cuestionarse o revocarse en el futuro según el RGPD. Véase “The EU General Data Protection Regulation”, Hunton & Williams Blog, disponible en: <http://bit.ly/2gGDpKi>.

¹³ Voss y Castets-Renard, *supra* nota 11.

¹⁴ Ver nota en: <http://bit.ly/2bCBdgg>. “Google recurre el primer caso sobre derecho al olvido en México”, Derecho al olvido, España, 4 de junio de 2015, disponible en: <http://bit.ly/2fBw8dp>.

quienes estuvieron involucrados en violaciones de derechos humanos pudieran solicitar a Google que dicha información no fuera posible de encontrar sería “un gran insulto a nuestra historia (por decirlo suavemente)”.¹⁵ Como dijo un experto en protección de datos: “No podemos comprender el derecho al olvido como ha sido entendido por el Tribunal de Justicia

Europeo debido a las diferencias culturales”.¹⁶ Estas diferencias han sido evidentes en algunos casos anteriores a Google Spain. Por ejemplo, en 2013, la Corte Constitucional de Colombia rechazó dos veces los reclamos vinculados al derecho al olvido contra Google.¹⁷

La región cuenta con jurisprudencia y legislación sustanciales que protegen el derecho a la libertad de expresión de los usuarios en internet de un modo diferencial respecto de la UE. La aplicación de esos derechos ha sido inconsistente y, en demasiados casos, ha sido víctima de la corrupción política, aunque el marco intelectual y jurídico sigue siendo robusto.¹⁸ El Marco Civil de Brasil establece que las plataformas, en la mayoría de los casos, solo deben retirar el contenido generado por los usuarios si un tribunal lo considera ilícito, y declara que dicha norma es necesaria “para asegurar la libertad de expresión y prevenir la censura”.¹⁹ La Ley de Propiedad Intelectual de Chile exige el retiro de información únicamente conforme a una orden judicial.²⁰ La Corte Suprema de Argentina llegó a una conclusión similar de acuerdo con los primeros principios y derechos constitucionales. En el caso emblemático de Belén Rodríguez, se rechazó la responsabilidad estricta y en su lugar se dictaminó la responsabilidad del intermediario por el conocimiento real del contenido ilícito. El dictamen estableció que las

¹⁵ Bertoni, Eduardo, “El derecho al olvido: un insulto a la historia latinoamericana” (*“The Right to Be Forgotten: an Insult to Latin American History”*), *The Huffington Post*, 24 de septiembre de 2014, disponible en: <http://huff.to/1ucd9pk>.

¹⁶ Carson, Angelique, “The Responsibility of Operationalizing the Right To Be Forgotten”, *The International Association of Privacy Professionals (IAPP)*, 12 de marzo de 2015, disponible en: <http://bit.ly/2ek4eRB>, citando a la abogada mexicana, Rosa María Franco Velázquez: “En franco contraste, el jefe de la Agencia Española de Protección de Datos declaró que el derecho al olvido ‘no afecta el derecho a saber’”.

¹⁷ Corte Constitucional de Colombia, *supra* nota 10.

¹⁸ Algunos expertos, incluso, han observado reincidencias en los fallos recientes de la Corte Interamericana. Véase <http://bit.ly/2gcyV9g>.

¹⁹ Ley Federal No. 12.965 del 23/4/2014, disponible en idioma inglés en: <http://bit.ly/1gubZIQ>.

²⁰ Ley No. 20.435 del 4/5/2010, Art. 85, disponible en: <http://bcn.cl/nol>. La Corte Suprema de Chile también respaldó un fallo de apelación que limitaba las obligaciones de las plataformas de internet a eliminar contenido supuestamente difamatorio, también por motivos de libertad de expresión. Corte Suprema, “*Suazo vs. Reclamos.cl*”, 6/07/09, disponible en: <http://bit.ly/2f2LoQT>.

plataformas deben retirar los datos de internet solo después de la resolución emitida por una autoridad pública competente.²¹

El requerimiento de una orden judicial para retirar contenido de internet marca un contraste con la jurisprudencia europea. En la mayoría de los países, el aviso por parte de los individuos interesados siempre ha sido suficiente para eliminar contenido de internet, sin necesidad de contar con ningún control judicial. La excepción parcial es España. La legislación española inicialmente requería órdenes judiciales, pero la Corte Suprema de España eliminó dicha norma por inconsistente con la Directiva sobre el comercio electrónico de la UE.²² Posteriormente, un tribunal inferior sostuvo que las consideraciones sobre libertad de expresión de todos modos requerían una orden judicial, excepto en el caso de violaciones a la ley, que resulten “incuestionables, manifiestas y sin lugar a dudas”.²³

La especial preocupación de América Latina respecto de los derechos a la libertad de expresión surge de los instrumentos de derechos humanos que posee la región. El artículo 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé cuestiones relacionadas con la responsabilidad de los intermediarios en la actualidad, al sostener:

No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.²⁴

²¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, “*Rodríguez M. Belén c/Google y otro s/ daños y perjuicios*”, sentencia R.522, XLIX, 20/10/14, disponible en: <http://bit.ly/2f2LoQT>. La Corte Suprema de la India arribó a un resultado comparable en “*Shreya Singhal vs. Unión de la India*”, N°. 167/2012, sentencia del 24 de marzo de 2015.

²² Tribunal Supremo de Madrid, Sala en lo Civil, “*Asociación de Internautas*”, sentencia N° 773/2009, del 10/11/09. Disponible en: <http://bit.ly/2f76g8H>, analizado en: <http://bit.ly/2fscOQA>.

²³ Tribunal de Apelaciones de Barcelona, “*Royo v Google*”, sentencia 76/2013, 13/02/13; Una serie de casos del Reino Unido también abordó la misma cuestión, pero conforme a la Ley de Difamación Doméstica en lugar de las normas sobre Responsabilidad de los Intermediarios de Comercio Electrónico. De todos modos, el caso “*Davison vs. Habeeb*” (2011) –EWHC 3031 (QB)– sostuvo que la simple acusación de que la publicación de un usuario fuese difamatoria no establecía la obligación de conocimiento o eliminación para el hosteo de un *blog*.

²⁴ Convención Americana de Derechos Humanos, “Pacto de San José, Costa Rica”, disponible en: <http://bit.ly/1Ac82L9>.

Esta preocupación por la censura indirecta y los controles particulares encuadra perfectamente con leyes que, como en Google Spain, asignan a empresas privadas la adjudicación de derecho al olvido. Lo mismo puede decirse de la garantía del artículo 8 de “un tribunal competente, independiente e imparcial previamente establecido por la ley”, y el debido proceso de la prueba de tres partes de la Corte Interamericana para la restricción de contenido.²⁵

La Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos también es relevante. La misma establece:

Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada solo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.²⁶

Este marco de limitaciones a la expresión en relación con la privacidad será de importancia en tanto y en cuanto los firmantes de la Convención deban enfrentar asuntos jurídicos sobre el derecho al olvido.²⁷

I.B. Reseña sobre la ley de protección de datos

El derecho establecido en la Directiva de 1995 de la Unión Europea relativa a la protección de los datos, y en muchas leyes latinoamericanas, se distingue de los derechos a la intimidad preexistentes. El derecho a limitar el tratamiento de toda la información relacionada con las personas físicas, y no únicamente la información que infrinja un daño o invada la intimidad personal, es muy abarcativo. La Directiva de la UE establece un marco

²⁵ Véase <http://bit.ly/2gD6F4J>.

²⁶ Principio 10, disponible en: <http://bit.ly/15lje4M>. En algunos sistemas jurídicos, los tribunales pueden aplicarlo como una norma específica para medios de noticias.

²⁷ Dado que los derechos a la intimidad son anteriores a los derechos a la protección de datos, en la mayoría de los instrumentos jurídicos existen cuestiones importantes respecto de si las antiguas discusiones sobre privacidad aplican a ambos derechos. En este caso, la respuesta pareciera ser afirmativa.

jurídico y administrativo detallado sobre la protección de este derecho, incluidas las bases jurídicas específicas para que los organismos reglamentados efectúen el tratamiento de los datos personales de los individuos. Donde no se cumplan dichas bases, el tratamiento se considerará ilícito.

Los organismos responsables del tratamiento de los datos personales se clasifican generalmente en “controladores” y “procesadores”. Los primeros son organismos que tienen datos personales en su poder y deciden qué hacer con los mismos. Dado que son quienes toman las decisiones, asumen más obligaciones conforme la ley que, potencialmente, podrían incluir el cumplimiento con los requerimientos de eliminación de datos o del “derecho al olvido”. Los organismos “procesadores” también controlan los datos personales, pero siguen las instrucciones de un organismo “controlador” sobre qué hacer con los mismos. Además, asumen menos deberes jurídicos. En un simple ejemplo, una firma que posee registros sobre sus empleados es un controlador de sus datos personales. Si llegara a tercerizar las operaciones relacionadas con la nómina de pagos mediante un contrato con una empresa responsable de la liquidación de sueldos, dicha empresa sería un “procesador”. La decisión del TJUE respecto de que Google actuó como “controlador” de la información indexada en su buscador fue un aspecto clave del caso “Google Spain”.²⁸

El fallo del TJUE inició el debate crítico respecto de la situación de otros proveedores de servicios importantes, incluidas las plataformas como Twitter o YouTube. Si dichos intermediarios también son controladores, entonces el alcance de la potencial supresión del discurso en internet de acuerdo con el “derecho al olvido” es significativamente más amplio. Existen fuertes argumentos en contra de dicho resultado, por ejemplo, que las plataformas no pueden ser controladores dado que solamente se dedican al tratamiento del contenido siguiendo las instrucciones de un usuario, cuya función es la de controlador. Los pocos casos registrados hasta la fecha han llegado a resultados inconsistentes sobre este asunto.²⁹ Los argumentos basados en la libertad de expresión contra las obligaciones sobre el “derecho al olvido” para las plataformas son, potencialmente, más fuertes que para los buscadores, dado que retirar información de un servicio de hosteo podría eliminarla

²⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *supra* nota 2, ¶ 82, p. 85-88.

²⁹ Compárese, Tribunal Supremo del Reino Unido, “CG vs. Facebook Ireland Ltd. & Anor”, sentencia del 20 de febrero de 2015, NIQB 11, disponible en: <http://bit.ly/1f9oJZ7> (Facebook es “controlador”), y el caso del blogger español, Sección Primera de la Sala en lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Madrid, 2015, disponible en: <http://bit.ly/2fezYoK> (la plataforma de hosteo de blogs no es un organismo “controlador”; revisión sobre otras bases).

por completo de internet, incluso a veces sin dejar al autor una copia de su trabajo, como ocurrió con la cuenta de un blogger en 2016.³⁰

I.C. Ley de Responsabilidad de los Intermediarios

La Ley de Responsabilidad de los Intermediarios limita y define la responsabilidad jurídica de los intermediarios técnicos por el contenido publicado en línea por parte de terceros.³¹ La responsabilidad de los intermediarios en la UE se rige según los artículos 12 y 15 de la Directiva sobre el comercio electrónico,³² conforme su implementación en la legislación nacional de los estados miembros. Los intermediarios protegidos por dicha ley abarcan desde proveedores de acceso a internet, tales como Telefónica, hasta plataformas de redes sociales como Twitter e indexadores de búsqueda como Google, entre otros.

De acuerdo con la mayoría de las leyes de responsabilidad de los intermediarios, las plataformas no están obligadas a supervisar la información publicada por los usuarios y tampoco tienen responsabilidad alguna por el contenido ilícito que desconozcan y que sea publicado por los usuarios. En algunos sistemas jurídicos, incluso el conocimiento de expresiones ofensivas de los usuarios, incluidas las expresiones consideradas como ilícitas por un tribunal, no implica responsabilidad jurídica alguna para los intermediarios. El artículo 230 de la Ley de Decencia en las Telecomunicaciones de Estados Unidos opera de este mismo modo y facilita el increíble auge económico y tecnológico de las empresas de tecnología estadounidenses de las últimas dos décadas, así evita la supresión de expresiones lícitas por parte de intermediarios precavidos que han buscado evitar riesgos. En muchos otros países, existe la obligación de eliminar información, pero se limita a proteger los derechos de los usuarios de internet.

Muchas leyes, incluida la Directiva sobre Comercio Electrónico de la UE, consideran el “conocimiento” como disparador de la acción de los interme-

³⁰ En 2016, un artista informó que Google había borrado su trabajo de catorce años, incluidas las únicas copias de algunas de sus obras, al haber dado de baja contenido que había publicado en el servicio Blogger de la empresa. Véase “Google’s deleted an artist’s blog, along with 14 years of his work”, Science alert, 18 de julio de 2016, disponible en: <http://bit.ly/2aw3Hfw>.

³¹ Anteriormente, se analizan las leyes latinoamericanas. En Estados Unidos, las leyes principales sobre responsabilidad de los intermediarios son la DMCA 17 USC 512, disponible en: <http://bit.ly/24wrfDr>; y la CDA 230 47 USC 230, disponible en: <http://bit.ly/1hlnlbp>.

³² Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, Directiva 2000/31/EC, 8 de junio de 2000, disponible en: <http://bit.ly/1xa4aFc>.

diarios: una vez que el intermediario es consciente del contenido ilícito, debe darlo de baja o asumir su responsabilidad. Por lo general, las plataformas de comunicaciones operan con sistemas de notificación y baja que eliminan el contenido de los usuarios conforme dichas leyes. En principio, los intermediarios solo deberían remover el contenido de los usuarios si la acusación jurídica de la notificación es correcta y el contenido es realmente ilegal. Sin embargo, en la práctica, los procesos de notificación y baja se utilizan incorrectamente y terminan afectando contenido lícito. Varios estudios confirman que los intermediarios a menudo aceptan pedidos para eliminar información, incluidos los incorrectos.³³ Algunas empresas dedican mucho esfuerzo y recursos para identificar y rechazar solicitudes de eliminación infundadas. Tengo el orgullo de decir que formé parte de dicho esfuerzo en Google. Pero tanto la evidencia anecdótica como estadística indica que dichos esfuerzos, por sí solos, no son suficientes. La eliminación de datos incorrectos de acuerdo con los sistemas de notificación y baja incluye desde contenido religioso,³⁴ político³⁵ y científico³⁶ hasta reseñas de consumidores.³⁷

Las cifras detrás de esta problemática son significativas. Los intermediarios reciben *muchos* pedidos falsos de eliminación de datos³⁸. En el contexto del “derecho al olvido”, Google revela que le han pedido eliminar 1,6 millones de páginas web, y que alrededor del 57% de dichas solicitudes no argumentan un reclamo jurídico válido conforme la extensa Ley del Derecho al Olvido de la UE³⁹. El buscador Bing de Microsoft también declara que más de la mitad de los pedidos que recibe relacionados con el derecho

³³ Véase la lista disponible en: <http://stanford.io/2fBMNhk>.

³⁴ Galperin, Eva, “Massive Takedown of Anti-Scientology Videos on YouTube”, Electronic Ford Foundation, 5 de septiembre de 2008, disponible en: <http://bit.ly/2eRFGzP>.

³⁵ Rodríguez, Salvador, “Russia, Turkey Asked Twitter To Remove Hundreds Of Tweets As Government Censorship Attempts Skyrocket”, International Business Times, 2 de septiembre de 2015, disponible en: <http://bit.ly/2fsi7zP>.

³⁶ Timmer, John, “Site plagiarizes blog posts, then files DMCA takedown on originals”, Ars Technica, 5 de febrero de 2013, disponible en: <http://bit.ly/2ekn5Ms>.

³⁷ Lee, Timothy B., “Criticism and takedown: how review sites can defend free speech”, Ars Technica, 1 de junio de 2011, disponible en: <http://bit.ly/2dZl1tg>.

³⁸ Véase Urban, Jennifer and Laura Quilter, Laura, “Efficient Process or ‘Chilling Effects’? Takedown Notices Under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act”, Santa Clara Computer and High Technology Law Journal, Vol. 22, N° 4, California, Santa Clara University School of Law, 2006; Urban, Jennifer, Karaganis, Joe and Schofield, Brianna L., “Notice and Takedown in Everyday Practice”, UC Berkeley Public Law Research, Paper N° 2755628, 2016, disponible en: <http://bit.ly/2ex6YbT>.

³⁹ Google, “European privacy requests for search removals”, disponible en: <http://bit.ly/1FdZMGD>.

al olvido son injustificado⁴⁰. Los organismos reguladores de asuntos de privacidad parecen estar de acuerdo. Una revisión de casos presentada ante las autoridades nacionales concluyó que “en la gran mayoría de los casos, la negativa de un buscador a acceder a un pedido se encuentra justificada”.⁴¹

A fin de contrarrestar el problema de eliminaciones excesivas, los legisladores y defensores de los derechos humanos de todo el mundo han desarrollado normas de procedimientos para notificaciones y bajas. Dichas normas, que incluyen penalidades por notificaciones de mala fe y oportunidades para que las partes acusadas se “contranotifiquen”, se proponen controlar la eliminación excesiva de datos. Los Principios de Manila, el “estándar de oro” ampliamente avalado sobre responsabilidad de los intermediarios, enumeran varias herramientas procedimentales, incluidas formalidades de notificaciones y requerimientos de transparencia.⁴² Este artículo explorará las protecciones procedimentales para la comunicación en internet en el contexto del derecho al olvido en la sección II.B.

I.D. Conflicto de cuestiones sobre protección de datos y responsabilidad de los intermediarios en el marco del derecho al olvido

Históricamente, pocos abogados han establecido una asociación entre la protección de datos y la Ley de Responsabilidad de los Intermediarios. En la práctica europea, ambos campos utilizan un lenguaje muy distinto, y varios expertos se dedican a su interpretación, aplicación y manejo de litigios al respecto.

El fallo sobre “derecho al olvido” del TJUE en el caso “Google Spain” del año 2014 marcó un cambio. El tribunal determinó que Google actuó como controlador de información en sus resultados de búsqueda, al asumir las correspondientes obligaciones de limitar el tratamiento de los datos ante los pedidos al respecto. La reparación ordenada por el tribunal no fue la eliminación completa de los datos, ya sea de los resultados de la búsqueda o de la infraestructura subyacente de indexación de Google. En su lugar, el buscador fue llamado a quitar los datos de los resultados de búsqueda únicamente cuando los usuarios buscaran el nombre del demandante.⁴³ El tribunal determinó lo que

⁴⁰ Microsoft, “Content Removal Requests Report”, disponible en: <http://bit.ly/2faRmwc>.

⁴¹ Comisión Europea, comunicado de prensa emitido por el Grupo de Trabajo de Protección de Datos del artículo 29, Bruselas, 18 de junio de 2015, disponible en: <http://bit.ly/1OoWVnP>.

⁴² Principios de Manila sobre Responsabilidad de los Intermediarios, <http://bit.ly/29PAhDF>.

⁴³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *supra* nota 2, ¶ 94.

efectivamente es un sistema de notificación y bajas para eliminar resultados de búsqueda, pero arribó a esta reparación mediante el lenguaje y la lógica de la protección de datos, sin hacer referencia alguna a las normas de responsabilidad de los intermediarios de Europa. Los casos posteriores a “Google Spain” probablemente obliguen a los tribunales inferiores a abordar de modo más directo las cuestiones sobre cómo se combinan ambos campos del derecho.

Sin embargo, el marco completo de la Ley de Protección de Datos que subyace el caso “Google Spain” será reemplazado por el RGPD. Por primera vez, la ley establecerá los pasos concretos para la eliminación de datos personales, incluido el contexto del derecho al olvido. También autoriza la aplicación de multas extremadamente elevadas (4% de la facturación global anual o 20 millones de euros) a los controladores que la incumplan.⁴⁴ Esta exposición financiera, junto con las disposiciones legales que son ambiguas en el mejor de los casos, o que favorecen fuertemente la eliminación de los datos en el peor de los casos, convierte al RGPD en una mayor amenaza para la comunicación en internet que el marco legal actual de la UE para “Google Spain”.

El desfase entre los sistemas de notificación y bajas y la Ley de Protección de Datos surge en gran parte al combinar datos de usuarios almacenados de forma privada con información y comunicación disponible para el público. La Ley de Protección de Datos ha sido creada y ha evolucionado como sistema de tratamiento de datos de *back-end* (procesamiento subyacente), es decir, el tratamiento que el banco, el médico o un club podrían hacer de los datos personales, por ejemplo, almacenarlos en sus archivos. Para los intermediarios, el procesamiento *back-end* incluye acciones como rastrear el comportamiento de los usuarios en internet en sistemas de almacenamiento tales como inicio de sesiones, perfiles, o cuentas. La Ley de Protección de Datos aplica a este tipo de datos, y proporciona a los individuos derechos de acceso y eliminación de datos, independientemente de si la empresa es una plataforma intermediaria para contenido generado por los usuarios. El análisis basado en los derechos humanos acerca de las solicitudes de eliminación de datos *back-end* es relativamente directo. Solo dos grupos de derechos están implicados: aquellos pertenecientes al sujeto que solicita los datos, y aquellos de la empresa.

Presuntamente, los derechos de protección de datos del solicitante prevalecerán en la mayoría de los casos. Las normas sobre protección de datos conforme la Directiva de 1995 y el RGPD son ampliamente razonables para esta situación bipartita. Sin embargo, debido al enfoque histórico de la ley respecto de este escenario, el marco jurídico de la protección de datos posee pocas reglas y un

⁴⁴ Art. 83 del RGPD.

acotado precedente en el abordaje de la expresión pública a través de internet, es decir, los distintos datos en cuestión en el marco del derecho al olvido.⁴⁵

La solicitud a los intermediarios de eliminar la comunicación en internet de una persona reviste otro carácter desde una perspectiva de derechos humanos. Afecta al menos a cuatro partes: al sujeto que solicita los datos, al intermediario, a la persona que publica el contenido en línea, y a otros usuarios que desean ver el contenido. Los procedimientos diseñados para la eliminación de datos *back-end* y la interacción de dos partes no son suficientes para proteger y equilibrar los derechos de estos cuatro actores tan diferentes. Cuando se aplican a la comunicación en internet, los derechos a la libertad de expresión se ven afectados.

II. Libertad de expresión desde la perspectiva del derecho al olvido

Las preocupaciones de los abogados de derechos humanos acerca del derecho al olvido y la libertad de expresión pueden clasificarse en dos categorías. La primera aborda el derecho sustantivo: ¿deberían las personas poder suprimir información verídica sobre su pasado? De ser así, ¿qué límites deberían establecerse sobre el derecho? La segunda es de carácter procedimental: si existe el derecho al olvido, ¿quién debería encargarse de su aplicación y bajo qué reglas? En el fallo de “Google Spain” y el RGPD, los legisladores de la UE arribaron a respuestas controvertidas a ambas preguntas; respuestas que se encuentran en fuerte tensión con el marco de protección jurídica de América Latina.

II.A. Libertad de expresión y alcance real del derecho al olvido

Como ha dicho Eduardo Bertoni, el derecho al olvido es como el test de Rorschach. Las personas le asignan varios significados. Muchos de ellos involucran daños ya abordados en las leyes existentes que rigen la difamación y otros perjuicios relativos a la reputación y dignidad. Según Joris van Hoboken, dichas leyes “representan doctrinas intrincadas para equilibrar los intereses en la sociedad respecto de la publicidad de y/o sobre otros y los in-

⁴⁵ Una excepción es la Opinión 1/2008 sobre asuntos de Protección de Datos relacionados con buscadores, WP 148, adoptada el 4 de abril de 2008 (distinción entre “datos de usuario en interfaz *back-end*” y “datos de contenido” indexado), p. 14, disponible en: <http://bit.ly/2eo8Ohx>.

tereses de privacidad y dignidad de las personas físicas”.⁴⁶ Sin embargo, para el derecho al olvido, dichas limitaciones, defensas y doctrinas elaboradas aún no existen. Tanto los legisladores como Google deberán reinventarlas.

El tribunal expedido en el caso “Google Spain” declaró que Google debía eliminar los datos inexactos⁴⁷ o “inadecuados, no pertinentes y ya no pertinentes, o excesivos en relación con los fines del tratamiento”.⁴⁸ Esto incluye información verídica⁴⁹ e información que no cause perjuicio alguno a la persona que procura su eliminación.⁵⁰ El tribunal identificó una excepción:

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.⁵¹

El tribunal no se explayó sobre esta prueba de equilibrio de intereses públicos. Sin embargo, advirtió que “como regla”, el interés público por la información no prevalece sobre los derechos de las personas a eliminar sus datos.⁵² En una omisión sorprendente para muchos defensores de los derechos humanos, el Tribunal no identificó ni analizó los otros derechos a la libertad de expresión que pueden verse afectados: los derechos del webmaster o del editor.⁵³ El fallo fue objeto de muchas críticas tanto por establecer un estándar impreciso como por priorizar los derechos de protección de datos por sobre los derechos de acceso a la información, en lugar de sopesarlos en términos iguales. De acuerdo con el ex relator especial de Naciones Unidas para la Libertad de Expresión, Frank La Rue, abogado guatemalteco especializado en derechos humanos:

El derecho a la privacidad y a la protección de datos es un derecho

⁴⁶ Van Hoboken, Joris, “The Proposed Right to be Forgotten Seen from the Perspective of Our Right to Remember, Freedom of Expression Safeguards in a Converging Information Environment”, informe para la Comisión Europea, Amsterdam, mayo de 2013, ¶ 23. Disponible en: <http://bit.ly/LrCKYE>.

⁴⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *supra* nota 2, ¶ 92.

⁴⁸ *Ibid.* ¶ 94 (paráfrasis del artículo 6.1(c) de la Directiva).

⁴⁹ *Ibid.* ¶ 92.

⁵⁰ *Ibid.* ¶ 96.

⁵¹ *Ibid.* ¶ 97.

⁵² *Íd.*

⁵³ Peguera, Miquel, “The Shaky Ground of the Right to be Delisted”, en: Journal of Entertainment & Technology Law, Vol. 18, N° 3, 2016, p. 555, disponible en: <http://bit.ly/2ghbOMB> (próximamente en 2016) (citas omitidas).

fundamental íntimamente vinculado al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, y deben entenderse como complementarios y nunca en conflicto entre sí. El derecho al olvido como tal, no existe (...). La decisión por parte de una autoridad de eliminar información o bloquear motores de búsqueda solo se puede basar en el hecho de que la forma de obtener dicha información o el contenido de la misma sea maliciosa, falsa, o produzca un serio daño a un individuo.⁵⁴

El planteo de La Rue se basa en los importantes límites reales de la ley antes de Google Spain y de la Convención Interamericana que protegen la comunicación que no es maliciosa, falsa y perjudicial. Este abordaje marca un fuerte contraste con la amplia norma del TJUE, que permite la eliminación de información verídica y no perjudicial. La Rue además ha vinculado la Ley del Derecho al Olvido con cuestiones de violencia política y abusos a los derechos humanos.

En el caso de los derechos humanos, uno de los principios fundamentales para erradicar la impunidad es establecer la verdad de las violaciones a los derechos humanos cuando ocurran. Esto se conoce como el derecho de las víctimas y sus familias a la verdad, pero también de la sociedad en su totalidad para reconstruir la memoria histórica y recordar a las víctimas del pasado.

A pesar de las preocupaciones planteadas por La Rue y otros, las nuevas disposiciones del derecho al olvido conforme al RGPD hacen poco por mejorar sobre la base de la orientación del TJUE. La ley excusa a los controladores de eliminar la información necesaria “para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información”⁵⁵. Pero delega en las leyes de los estados miembros de la UE la responsabilidad de definir qué significan verdaderamente esos derechos y cómo equilibrarlos respecto de los derechos de protección de datos.⁵⁶ Los Estados miembros de la UE ya han enfrentado esta obligación durante dos décadas conforme la Directiva de 1995, y muchos no han logrado cumplirla⁵⁷. Algunos países nunca han aprobado las leyes necesarias, mientras que otros han sancionado leyes que no satisfacen por completo el fin de equilibrar los derechos a la libertad de expresión y a la intimidad.⁵⁸

⁵⁴ Consejo Asesor de Google, *supra* nota 4.

⁵⁵ Art. 17.3.

⁵⁶ Art. 85.

⁵⁷ Erdos, David. “Fundamentally Off Balance: European Union Data Protection Law and Media Expression”, Paper N° 42/2014, Universidad de Cambridge, Facultad de Derecho, 25 de julio de 2014. Disponible en: <http://bit.ly/2fgRXfc>.

⁵⁸ Id. en 11. “Las leyes de tres países (Croacia, República Checa y España) determinan la no derogación de los medios de ninguna parte del esquema de protección de datos”.

Además, algunas protecciones vinculadas al RGPD solo aplican a expresiones periodísticas, artísticas, académicas y literarias. Esta formulación no es exclusiva del derecho de la UE, sino que es un problema para la participación democrática en la comunicación en internet. La mayoría de los usuarios de internet carece de las credenciales para recibir dichas excepciones limitadas. El contenido relevante que quede fuera del alcance de dicha norma podría incluir críticas de los consumidores sobre peligrosas prácticas de negocios y relatos en primera persona de abusos por parte de familiares o personas en posiciones de poder.⁵⁹

El desequilibrio institucional del respaldo gubernamental a los derechos de protección de datos y libertad de expresión en el marco del RGPD provoca más problemas. Un individuo que reafirma sus derechos de protección de datos accede a una audiencia y a un supuesto colaborador en la Agencia de Protección de Datos, que podría dar curso a sus válidos reclamos de manera eficiente y poco costosa. Por el contrario, son pocas las avenidas legales al alcance de un editor o usuario de internet que reclama sus derechos a la libertad de expresión en contra de la eliminación de datos de acuerdo con el derecho al olvido según la legislación europea. Ninguno de los reclamos tiene posibilidades de resolverse con éxito. En la mayoría de los casos, no existe una clara causa de acción contra un individuo cuya acusación falsa haya llevado a un intermediario a eliminar contenido, o contra un intermediario por haber tomado dicha acusación al pie de la letra.

Las desventajas acumuladas del RGPD para los derechos a la libertad de expresión serían relativamente inofensivas si la Ley de Protección de Datos se aplicara principalmente a los datos *back-end* que las empresas manejan y tratan internamente. Sin embargo, aplicar las mismas reglas a la expresión pública en línea de los usuarios de internet los despoja de una protección robusta para su participación y expresión en la web. Las jurisdicciones en América Latina pueden proteger sin afectar los derechos a la protección de datos o a la intimidad de acuerdo con sus propias leyes nacionales.

II.B. Protección procedimental para la libertad de expresión y el

⁵⁹ El RGPD no establece claramente quiénes son los sujetos del derecho a la libertad de expresión: los derechos del intermediario o del usuario. Si bien la mayoría de los defensores de la libertad de expresión señalarían al usuario como el sujeto de derecho más importante, la jurisprudencia de la UE, incluido el fallo de “Google Spain”, ha analizado en ciertas ocasiones únicamente los derechos de los proveedores de servicios de internet acusados. Véase el análisis sobre la posición para reafirmar los derechos de los usuarios de internet en casos europeos, disponible en: <http://stanford.io/2fFmxyG>.

derecho al olvido

Una crítica importante del fallo de “Google Spain” fue que efectivamente delegó las decisiones que equilibran los derechos a la intimidad y libertad de expresión de los usuarios en manos de empresas tecnológicas extranjeras, en lugar de delegar dicha responsabilidad en tribunales nacionales. Por supuesto, dichas decisiones ya se encuentran en manos privadas en el marco de muchas leyes vigentes de responsabilidad de intermediarios. Como se analizó anteriormente, las leyes de notificación y baja bien elaboradas pueden nivelar el riesgo de la comunicación en línea mediante la aplicación de controles procedimentales sobre la eliminación excesiva de contenido. Por ejemplo, la Ley de Propiedad Intelectual de Chile establece procedimientos para notificarle al infractor acusado cuando alguien solicita retirar su contenido, y permitirle “contranotificarse” para defenderse de la acusación en cuestión.⁶⁰

La decisión del TJUE sobre Google Spain no determinó ningún proceso en especial para que Google siguiera una evaluación y actuación de los reclamos de derecho al olvido. El Tribunal no hizo referencia alguna sobre leyes de responsabilidad de intermediarios bajo la Directiva sobre comercio electrónico, quizás debido a que se reconoce ampliamente en la UE que dichas disposiciones no cubren la protección de datos.⁶¹ Las opiniones posteriores de los organismos reguladores de protección de datos han agregado mejoras modestas, aunque ninguna se acercó a las fuertes reglas de notificación y baja avaladas por las leyes de responsabilidad de los intermediarios de muchos países.⁶² El RGPD introducirá reglas procedimentales que son considerablemente peores, y que reemplazan la incertidumbre existente sobre los esquemas de notificación y baja para el derecho al olvido por un nuevo proceso que carece de las protecciones básicas para la expresión en internet.

El RGPD, una actualización y reforma integral de la Directiva de Protección de Datos de 1995, entrará en vigor el 25 de mayo de 2018. Dado que se trata de un reglamento y no una directiva, no se implementará como ley

⁶⁰ Ley No. 20.435, 4 de mayo de 2010, enmienda de la Ley de Propiedad Intelectual, Art. 85U.

⁶¹ Mi próximo artículo analiza la complejidad de la legislación de la UE. El debate surge a partir del texto de la Directiva sobre comercio electrónico, que señala que no aplica a asuntos enmarcados en el artículo 1.5(b) de la Directiva de Protección de Datos.

⁶² Guías del Grupo de Trabajo del Artículo 29 sobre la implementación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre “Google Spain and Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González C-131/12 (EC)”, 14/EN (WP 225), 26 de noviembre de 2014, disponible en: <http://bit.ly/1rz3sgx>, p. 3, ¶ 9, Art. 17.1.

individual en cada Estado miembro de la UE. Por el contrario, entrará en vigor de forma automática. El RGPD abarca un amplio espectro, con disposiciones que abordan desde la transferencia de datos hasta los códigos de conducta empresarial y la designación de funcionarios de protección de datos.

El RGPD está colmado de ambigüedades, incluso en las disposiciones relativas al derecho al olvido. Algunas perpetúan los planteos existentes y no resueltos conforme la Directiva de 1995, otras son nuevas. Es improbable que pronto contemos con un consenso de expertos respecto de todo lo que significa el RGPD. Una de las ventajas es que promueve los litigios y la incidencia de políticas relativos al impacto que el RGPD tendrá en los intermediarios de internet y la libertad de expresión de los usuarios. En cuanto a las desventajas, las instrucciones no son claras para los intermediarios, junto con fuertes incentivos financieros para entender la interpretación más conservadora de las reglas sustantivas y procedimentales acerca de la eliminación de contenido vinculada al derecho al olvido.⁶³ Dado que únicamente los intermediarios, no las partes acusadas, conocen la solicitud y pueden participar en los procedimientos de la Agencia de Protección de Datos disminuyen las posibilidades de que las APD y los tribunales revisen las irregularidades y adopten interpretaciones más favorables a la libertad de expresión.

Las reglas de notificación y baja del RGPD surgen de diferentes secciones a lo largo del documento. El análisis más profundo revela un proceso de eliminación como este. Mi próximo artículo y el blog del sitio web Stanford CIS⁶⁴ analizan de forma más detallada el proceso del RGPD.

- Una persona física efectúa una solicitud de retiro de información. No existen requerimientos específicos para la información que debe proporcionar la persona a fin de sustanciar su solicitud o confirmar que la misma no presenta conflicto alguno con el interés público.⁶⁵
- El solicitante puede obligar al intermediario a suspender o “restringir” temporalmente el contenido a fin de que no se encuentre disponible para el público mientras el intermediario se encuentra evaluando la solicitud.⁶⁶

⁶³ Las multas pueden ascender hasta un 4% de la facturación global anual o 20 millones de euros, Art. 83.

⁶⁴ Keller, Daphne, “Comentario a la versión final de la legislación europea de ‘Derecho al Olvido’”, The Center for Internet and Society Blog, Universidad de Stanford, 2 de febrero de 2016, disponible en: <http://stanford.io/2fFogE7>.

⁶⁵ Véase Art. 17.1(c) y Art. 12.3-12.6. En contraste, la Ley de Propiedad Intelectual de Chile especifica las formalidades y la información requerida para las solicitudes de retiro de información Ley No. 20.435, *supra* nota 60, art. 85Q.

⁶⁶ Art. 18.

- El intermediario analiza el reclamo judicial del solicitante para decidir si el mismo tiene validez. En caso de que tenga dudas importantes, podrá consultar con el usuario que publicó el contenido.⁶⁷ El RGPD identifica el derecho a la libertad de expresión como un factor de esta decisión, pero no brinda orientación alguna respecto de su relación con los derechos de protección de datos.⁶⁸
- Para los reclamos válidos, el intermediario procede a “eliminar” el contenido.⁶⁹ No hay indicación de que dicha “eliminación” signifique un retiro de datos menor al 100%, aunque el precedente de Google Spain parecería respaldar una acción menos drástica. En cuanto a los reclamos no válidos, el intermediario debería quitar la “restricción” al contenido y volver a instalarlo al dominio público. Aparentemente, no sufre ninguna consecuencia en caso de no volver a restaurar el contenido.
- El intermediario le informa al solicitante sobre el resultado, y comunica la solicitud de eliminación a otros “controladores” que realizan el tratamiento de los mismos datos.⁷⁰
- Si el intermediario tiene información sobre el usuario que publicó el contenido ya retirado, aparentemente, debe notificarle al individuo que solicitó el retiro de los datos.⁷¹
- En la mayoría de los casos, el publicador acusado no recibe ningún aviso respecto de que su contenido ha sido removido, y no tiene la oportunidad de objetar dicha acción. El texto del RGPD no especifica esta prohibición, pero no hace nada por cambiar la base legal de las conclusiones de los reguladores sobre este punto en el contexto de Google Spain.⁷²

En este punto, el desvío del proceso normal de notificación y baja es significativo, y peligroso para los derechos a la libertad de expresión y acceso a la información de los usuarios de internet. Una de las cuestiones principales del proceso de RGPD es el paso 2: la “restricción” inmediata y temporaria del contenido en el dominio público. Existen argumentos que un intermediario podría invocar para omitir este paso en casos especiales,

⁶⁷ Esta autorización no está especificada en el RGPD, pero repite el texto de la Directiva de Protección de Datos de 1995, que, según la interpretación de los reguladores, establece dichas normas. Véase Guías del Grupo de Trabajo del Artículo 29, *supra* nota 62, p. 3, ¶ 9, Art. 17.1.

⁶⁸ Art. 17.3.

⁶⁹ Art. 17.1.

⁷⁰ Art. 17.2 y Art. 19.

⁷¹ Art 14.2(f) y 15.1(g).

⁷² Guías del Grupo de Trabajo del Artículo 29, *supra* nota 62, p. 3.

pero no queda claro si dichos argumentos realmente podrían prevalecer, y plantearlos sería un riesgo costoso para los intermediarios. Las disposiciones de restricción marcan un cambio importante: se pasa del supuesto de que la expresión en internet está permitida hasta que se demuestre lo contrario, al supuesto de que el cuestionador tiene la razón. Esto marca un conflicto tanto con las protecciones jurídicas normales sobre libertad de expresión⁷³ como con nuestro conocimiento sobre las solicitudes vinculadas al derecho al olvido del mundo real. Es importante recordar la tasa del 57% de notificaciones falsas informada por Google. Una acusación realizada en secreto a una empresa privada no debería implicar consecuencias tan dramáticas. El requerimiento de “restricción” del RGPD podría tener sentido al aplicarse a los datos *back-end* almacenados y utilizados por las empresas. Pero en circunstancias donde se aplique el proceso de notificación y baja a las expresiones de los usuarios en internet, dichas expresiones merecen una mejor protección.

El RGPD también genera una injusticia procedimental importante en el paso 6, al impedir al usuario que publicó el contenido en disputa saber qué se ha removido o eliminado del buscador. Sería importante notificarle al usuario afectado a fin de evitar el retiro excesivo de datos en el contexto del RGPD, en particular para los intermediarios más pequeños que poseen escasos recursos legales. Uno de los fines principales de dicha notificación es permitir que los usuarios afectados corrijan los errores de los intermediarios y los errores del notificador.

Las notificaciones que se vuelven rutinarias fomentan un proceso de error y corrección en manos de aquellas personas que estén más motivadas y mejor equipadas para aprovechar la oportunidad, es decir, el publicador del contenido. Dejar la decisión completamente en manos de una empresa de tecnología no puede suplir el hecho de involucrar al publicador como mecanismo para minimizar los retiros inapropiados.

Desde una perspectiva puramente de protección de datos, dejar al publicador acusado fuera del circuito es razonable: si una persona física tiene el derecho a impedir que la empresa continúe con el tratamiento de sus datos, entonces eso también debería evitar que hable con el publicador al respecto. Este razonamiento del tipo “cuando digo basta, quiero decir basta” puede resultar lógico para los datos *back-end* almacenados. Pero cuando el dere-

⁷³ En el marco de una notable excepción, un fallo anterior a la creación del Marco Civil brasileño sostuvo que una plataforma de internet debía remover temporalmente, dentro de las 24 horas de recibir la notificación, el contenido del usuario, pendiente de un análisis legal del reclamo del notificador. Tribunal Superior de Justicia, Tercer Panel, Google Brasil, apelación especial N° 1.323.754/RJ, 28 de agosto de 2012.

cho a la libertad de expresión de una persona física está en riesgo, impedir sistemáticamente que dicha persona tenga la oportunidad de defenderse es una grave negación a la justicia y al debido proceso.

Por último, es notable el supuesto requerimiento del RGPD de que los intermediarios revelen datos personales sobre personas físicas que enfrentan una acusación. También pareciera ser un artefacto de reglas que apuntan a los datos *back-end*, que enumeran las obligaciones de los controladores cuando alguien les envía información sobre una persona física. Los controladores deben notificarle al sujeto de la información “de qué fuente se originan los datos personales”⁷⁴ y “toda información disponible respecto de la fuente”.⁷⁵ El RGPD no hace referencia alguna a citas o a otros procesos legales válidos para los controladores que reciben datos de usuarios a fin de proteger los datos personales de dichos usuarios.

Es de suponer que dicha obligación parecerá inadmisibles tanto para los reguladores de la privacidad como para los defensores de las libertades civiles, y encontrarán la manera de evitarla. Notablemente, los legisladores latinoamericanos enfrentarían el mismo problema de acuerdo con la legislación actual de protección de datos si siguieran el precedente del caso “Google Spain” y trataran a los intermediarios como controladores de datos de la comunicación de los usuarios. La legislación de Chile, Colombia y, probablemente, otros países exige que los controladores que no pertenezcan al entorno periodístico revelen la fuente de los datos personales.⁷⁶

III. Cuestiones vinculadas al fallo “Google Spain” para los países que no pertenecen a la UE y que consideran las leyes de derecho al olvido

Los avances mencionados en la legislación sobre protección de datos de la UE presentan ramificaciones para los países que están fuera de la UE. Cuando el RGPD entre en vigor, se intensificarán los planteos respecto de seguir los pasos de la legislación de la UE.

Desde una perspectiva de derechos humanos, esta es una cuestión com-

⁷⁴ Art. 14.2(f).

⁷⁵ Art. 15.1(g).

⁷⁶ DLA Piper, “Data Protection Laws of the World”, 2016, disponible en: <http://bit.ly/1rmPSDq>

Curiosamente, un tribunal de apelaciones de Chile se basó en una ley de protección de datos como motivo para no revelar información de usuarios en internet en un caso que rechazó la responsabilidad de una plataforma de internet por difamación (Corte Suprema de Chile, *supra* nota 20).

pleja. Por un lado, la legislación de la UE ha sido admirablemente robusta e innovadora para proteger el derecho a la intimidad de los usuarios de internet. Existen buenas razones por las que los defensores quisieran copiar varios aspectos de su contenido. Por otro lado, el modo en que el derecho al olvido se ha desarrollado en Europa pone menos énfasis al derecho a la expresión que muchos otros sistemas jurídicos. Además, en términos de doctrina y ley indiscutible, los avances de la UE fueron impulsados, en parte, por reglas propias de Europa, sin corolario en América Latina. A continuación, se describen las consideraciones pertinentes a las políticas desarrolladas fuera de la UE.

III.A. ¿El fallo de “Google Spain” promueve la misma interpretación de la legislación de otros países, que se asemeje a la Directiva de Protección de Datos?

Por supuesto, los tribunales nacionales tendrán su propia interpretación de las leyes nacionales y no considerarán que el fallo del TJUE es razonable para sus propios países. Pero, en la medida en que el precedente de la UE es relevante, es importante reconocer que la interpretación del TJUE no fue, de ningún modo, una conclusión inevitable, incluso bajo la legislación de la UE. En realidad, el mismo abogado general del TJUE recomendó el resultado contrario: que Google no actuó como controlador y que, en todo caso, la Directiva de Protección de Datos no respaldó el derecho a eliminar información pública según preferencias personales.⁷⁷

Varios especialistas en protección de datos criticaron el análisis del tribunal una vez concluido el caso. Es posible que las críticas basadas en las cuestiones de libertad de expresión sean los fundamentos más importantes para que otros países elijan un rumbo diferente, desde la perspectiva de los derechos humanos. Pero las críticas basadas exclusivamente en la doctrina también son importantes para aquellos países con legislación similar a la de la UE. Por ejemplo, es difícil clasificar a un intermediario como controlador, debido a algunas de las obligaciones principales de este último, las cuales son efectivamente imposibles de cumplir por parte de los intermediarios.

Por ejemplo, los controladores deben obtener un consentimiento o autorización especial antes de tratar datos sobre la salud, la etnicidad, la orientación sexual u otros atributos “sensibles” de las personas. En el caso de plataformas abiertas de expresión que aceptan las declaraciones de los usuarios acerca de

⁷⁷ Opinión del defensor general Jääskinen, TJEU, caso C-131/12, “Google Spain SL vs. Agencia Española de Protección de Datos”, sentencia del 13 de mayo de 2014, ¶ 20, disponible en: <http://bit.ly/2fbEIQH>.

otras personas, esto resulta imposible.⁷⁸ Es absurdo notificar a los interesados antes de “recolectar” datos sobre ellos cuando esta “recolección” consiste en permitir que un usuario libremente divulgue sus ideas en línea.⁷⁹

Estas cuestiones podrían de inmediato respaldar la conclusión legal de que los intermediarios no son responsables del tratamiento del contenido generado por los usuarios. O de otro modo, podría respaldar la conclusión de que se convirtieron en responsables y asumieron la obligación de eliminar la información, solo después de la adecuada y sustancial notificación. La Corte Suprema de Italia llegó exactamente a esta misma conclusión en un caso anterior a “Google Spain”.⁸⁰ Enmarcar el problema de este modo llevaría a la protección de importantes valores de la intimidad. Preservaría los derechos de protección de datos de toda la comunidad de usuarios de internet en relación con el rastreo *back-end* o la elaboración de perfiles de datos. Y les permitiría a los legisladores aplicar los esquemas vigentes de notificación y baja, incluidos los derechos de libertad de expresión, al discurso en línea de los usuarios.

III.B. ¿Qué es el “derecho al olvido”?

Tal como se mencionó anteriormente, el derecho adoptado por el TJUE en Google Spain se refirió al derecho a ser removido de determinados resultados de búsquedas en la red. La pregunta que aún queda sin responder es si alguna versión de este derecho aplica a otras fuentes de información, incluidos los mismos sitios web. Extender el derecho más allá de los resultados de una búsqueda tendría graves consecuencias. A medida que los defensores consideran las propuestas sobre el derecho al olvido en otros países, es esencial delinear el alcance de las expresiones en internet y fuera de ella, que puedan verse afectadas por ese derecho.

III.C. ¿La Ley de Responsabilidad de los Intermediarios debería influir en las consideraciones del derecho al olvido fuera de la UE?

La asociación entre la Ley Convencional de Responsabilidad de los Intermediarios y la práctica de notificación y bajas del derecho al olvido es simple

⁷⁸ Véase análisis en Peguera, *supra* nota 53.

⁷⁹ Varias leyes de protección de datos latinoamericanas, que incluyen la de México, Colombia y Argentina, poseen versiones de este requisito. DLA Piper, *supra* nota 76.

⁸⁰ Corte Suprema de Italia, “Milan Public Prosecutor’s Office vs. Drummond”, 5017/14, sentencia del 12 de diciembre de 2013, disponible en: <http://bit.ly/2efrJYY> ¶ 7.4 (traducción informal).

en términos conceptuales. Las consideraciones sobre la libertad de expresión son las mismas desde la perspectiva del usuario afectado, independientemente del marco jurídico que suprime su discurso. Sin embargo, en Europa existe una importante barrera jurídica que complica esta situación. La Directiva de Comercio Electrónico, que rige todos los demás aspectos de la responsabilidad de los intermediarios en la UE, establece que “esta Directiva no aplicará a cuestiones relacionadas con los servicios de la sociedad de la información incluidos en la Ley de Protección de Datos”⁸¹. Esto lleva a que muchos abogados de la UE, si bien no todos, concluyan que el derecho al olvido recaerá fuera de las reglas comunes de notificación y baja. Esa excepción, de existir, es puramente europea. No debería impedir que otros países fuera de la UE elaboraran sus propias leyes de responsabilidad de los intermediarios.

Un asunto más complejo es si la obligación de los responsables de suprimir los datos personales es una verdadera forma de “responsabilidad” del contenido de terceros, o si se trata, en cambio, de su propia obligación. Pero esta cuestión también está sujeta a diferentes leyes y consideraciones en los distintos países. Para la jurisprudencia que da marco a las reglas de responsabilidad de los intermediarios como una forma de proteger la expresión, existen escasos motivos para cambiar dicha protección dependiendo de las concepciones legales de “responsabilidad”.

III.D. ¿El análisis del TJUE sobre los derechos fundamentales es coherente con las obligaciones de derechos humanos y el derecho constitucional en mi país?

El TJUE sugirió que el derecho a la intimidad o a la protección de datos debería, “a modo de regla”, prevalecer por sobre los derechos de acceso a la información de las personas. Esta conclusión fue ampliamente criticada por abogados de la UE, pero representa una ley para la eliminación de datos en el marco del derecho al olvido como en Google Spain. Esta priorización del derecho a la intimidad por sobre el derecho a la expresión es sin dudas incorrecta en algunos otros sistemas, incluido el sistema interamericano de derechos humanos. Esa diferencia resulta pertinente para las dos cuestiones sobre la libertad de expresión del derecho al olvido: el alcance del derecho sustantivo y las reglas procedimentales para las empresas de internet que ofician como adjudicadoras de la expresión en la web. También, podrían surgir diferencias a partir del modo en que las constituciones nacionales

⁸¹ Directiva de Comercio Electrónico, Artículo 5.1(b). Véase también, Considerando 14.

definen y delinear los derechos. La protección de datos, como un derecho distinto del derecho a la intimidad, constituye un derecho fundamental de la Carta de la UE. Los expertos latinoamericanos en países con derechos constitucionales de *habeas data*⁸², y en países donde únicamente los derechos tradicionales a la intimidad se encuentran protegidos en sus constituciones, deberán enfrentar importantes interrogantes para equilibrar estos derechos de acuerdo con sus propios sistemas constitucionales.

III.E. ¿La legislación nacional vigente protege los derechos a la intimidad y a la dignidad en internet?

En el caso de las leyes vigentes que les otorgan a las personas los instrumentos necesarios para proteger su intimidad, buen nombre, dignidad y honor, o para evitar la discriminación basada en la información personal, es importante preguntarse qué aportaría la adopción del derecho al olvido⁸³. Agregar legislación nueva y confusa sobre el derecho al olvido, sin vincularla a los distintos grados de denuncias y defensas de las leyes vigentes, solo embarraría las aguas y aumentaría las denuncias frívolas y el retiro excesivo del contenido en internet.

Si los legisladores observan fallas en las leyes existentes, se podría resolver con leyes más personalizadas que incluyan la protección a la libertad de expresión, sin invocar el terminante instrumento de las leyes sobre derecho al olvido similares a las de la UE.

III.F. ¿La UE ya aplica su Ley de Protección de Datos a la expresión en internet en mi país?

En el caso de Google Spain, uno de los principales fallos fue jurisdiccional. La ley de la UE se aplicó al tratamiento de datos realizado fuera de Europa por parte de la empresa matriz estadounidense Google, debido a las conexiones entre la búsqueda en la red y las ventas por publicidad llevadas a cabo por la subsidiaria local. Muchos expertos sostienen que la Directiva de 1995 también aplica a empresas extranjeras sobre la base de otros fundamentos.

Cualquiera sea la respuesta según esa ley, el RGPD claramente expande

⁸² Esto incluye, con algunas variaciones a Argentina, Brasil, Colombia, México, Perú y Venezuela. Cerda Silva, *supra* nota 3.

⁸³ Keller, Daphne y Brown, Bruce D., "Europe's Web Privacy Rules: Bad for Google, Bad for Everyone", *The New York Times*, 25 de abril de 2016, disponible en: <http://nyti.ms/2fpm3f2>.

la aplicación extraterritorial a las empresas de internet en todo el mundo, incluso a aquellos encargados de procesar y controlar la información, siempre y cuando “monitoreen” a los usuarios de la UE.⁸⁴ El término “monitorizar” parece comprender las cuentas en internet y las funcionalidades comunes de personalización de red y de aplicaciones, por lo que la ley alcanza a muchas empresas de internet fuera de la UE. Además, los reguladores han ratificado que dichas empresas deberán suprimir el contenido en todo el mundo, incluso en aquellos países en donde el contenido esté protegido por leyes de libertad de expresión. Esta aseveración sobre la jurisdicción coloca a empresas extranjeras y a legisladores extranjeros en una posición incómoda, ya que deben lidiar con cuestiones de adherencia y manejar las relaciones diplomáticas y comerciales en la UE.⁸⁵

En la práctica, los reguladores de la UE probablemente no prioricen o dediquen recursos al control de empresas pequeñas y distantes. Pero el RGPD será un problema para las empresas que tengan una creciente base de usuarios de la UE y presencia en Europa.⁸⁶ Deberán pensar mucho sobre sus obligaciones de acuerdo con el reglamento en general, no solo sus requisitos sobre el derecho al olvido. (Existe una pregunta interesante acerca de la autoridad que transita en un rumbo opuesto: ¿las leyes sobre el tratamiento de datos, que no son de la UE, incluidas las reglas potencialmente más liberales que equilibran la libertad de expresión, deberían regir el tratamiento europeo?).

III.G. ¿Las agencias administrativas pueden adjudicar derechos de libertad de expresión bajo el marco jurídico de mi país?

Al ampliar la Ley de Protección de Datos para incluir la expresión pública en internet, el fallo de “Google Spain” delegó la autoridad a manos de los reguladores de la protección de datos. Estas agencias administrativas pueden decidir si será posible buscar determinada información mediante motores de

⁸⁴ Art. 3.2(b).

⁸⁵ Véase, Keller y Brown, *supra* nota 83.

⁸⁶ Otra cuestión jurisdiccional hace referencia a las entidades extranjeras que “ofrecen bienes o servicios” en la UE. Sin embargo, en un considerando, este fundamento queda confinado en base a factores como la moneda nacional que se utiliza para los precios (R. 23). Los considerandos en el RGPD también demuestran una verdadera frustración con denuncias a las que la ley de la UE no alcanza en cuanto a empresas matrices extranjeras de subsidiarias establecidas en la UE, donde indican que “la forma legal de dichos acuerdos, ya sea mediante una filial o una subsidiaria con personería jurídica, no es el factor determinante” para determinar la jurisdicción de “establecimiento”, según el artículo 3.1.

búsqueda. Si el derecho al olvido se extiende a las plataformas de hosting, serán los mismos reguladores quienes determinarán si la expresión aparecerá o no en la red. Delegar dicha facultad a las agencias administrativas en lugar de delegarla en los tribunales puede permitirse bajo el marco legislativo y de derechos humanos de la UE. Sin embargo, los formuladores de políticas en otros países pueden llegar a otras conclusiones.

Conclusiones y recomendaciones

Fundamentar el derecho al olvido en una ley de protección de datos similar a la de la UE conduce al desequilibrio en las reglas, que dejan sin protección suficiente a los derechos de libertad de expresión de los usuarios de internet. Una posible solución en la UE y en otras partes sería incorporar nuevas e importantes protecciones sustantivas y procedimentales a la expresión dentro de la Ley de Protección de Datos. Sin embargo, un abordaje más simple sería reconocer que las obligaciones de los intermediarios de suprimir el discurso en la red son muy distintas de las obligaciones que ellos tienen de suprimir los datos *back-end* del usuario. Los problemas que surgen de la eliminación de datos y la necesidad de contar con reglas procedimentales que nos protejan del exceso de eliminación son abordados en las leyes de responsabilidad de los intermediarios y en la jurisprudencia de libertad de expresión. Esas reglas pueden aplicarse para proteger tanto el derecho a la expresión como el derecho a la intimidad y protección de datos.

Los legisladores que se preocupan por proteger todo el espectro de derechos tienen muchas opciones doctrinales en su propia legislación nacional. Si bien varían de un país a otro, las recomendaciones identificadas en este artículo pueden contribuir a que legisladores y defensores de derechos humanos lleguen a marcos jurídicos sólidos a fin de proteger los derechos de los usuarios de internet.