

DERECHO AL OLVIDO DIGITAL. PAUTAS PARA UNA ADECUADA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN EN EL MARCO DE LOS NUEVOS ARTÍCULOS 10°, 1710° Y 1737° DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Autores: Emiliano Lamanna Guñazu* Y Carlos Alberto Fossaceca (h)**

Resumen:

El derecho al olvido es una figura aplicable toda situación que implique un uso irregular o delictivo de los datos personales almacenados en diversos dispositivos. Creemos necesario diferenciarlo del derecho al olvido digital. Desde el punto de vista normativo, existen dos legislaciones sobre la figura: la del Art. 26° de la Ley 25.326/2000, y la del Dec. 1558/2001 – Art. 26. El nuevo paradigma preventivo incorporado en el Art. 1710° del Código Civil y Comercial de la Nación, la elevación como principio del Abuso del Derecho en el Art. 10°, así como la anchura emergente del Artículo 1737° del CCyC pueden brindar un marco de protección legal a este nuevo y extendido instituto.

1.- Introducción

Internet ha tenido notables efectos en los más diversos ámbitos: y ciertamente, no ha podido permanecer indiferente la ciencia jurídica ante los interrogantes que plantea. Dentro del fenómeno web, aparecen las redes sociales que constituyen *los escenarios virtuales* donde la interactuación social, con mayoría de sujetos que bien podrían definirse como *nativos analógicos*, producen la suba de información fotográfica, fílmica, opiniones políticas, sociales, etc., que quedan en forma perenne en esa Gran Nube informativa que el espacio virtual cobija, y sin que esa guarda pueda, como todo fenómeno acumulativo (que denominamos *almacenamiento*), desecharse algún día de manera definitiva.

Como contrapartida del derecho individual y social de información en la web virtual, se erige el *derecho al olvido* (*droit a l’oublie* o *right to be forgotten*; también en la voz italiana *diritto all’oblio*): que sería potestad de una persona humana, - se ha discutido la posibilidad que la peticione una persona jurídica -, de solicitar la eliminación de los resultados (hipervínculos) que arroja un motor de búsqueda al indexar sus datos personales y cuya vigencia no hace al interés público, vulnerando consecuentemente su derecho a la intimidad. Pero, al mismo tiempo, pareciera tensionarse el derecho a la Libertad de Expresión, visto hoy como un derecho humano fundamental y con una tutela jurídica amplia¹.

** Doctor en Ciencias Jurídicas y Profesor de la Pontificia Universidad Católica Argentina en “Derecho de las Obligaciones” y “Derecho de Daños”.

¹ FERNANDEZ DELPECH, Horacio, “*La libertad de expresión es la piedra angular de cualquier sistema democrático, y no escapan a este principio de la libertad de expresión el carácter de los contenidos incorporados a la Red Internet. Prácticamente en ningún Estado democrático existe una normativa legal especial limitativa de dichos contenidos, lo que para muchos no podría ser de otra forma*”

Como señala Artemi Rallo Lombarte, “*En los últimos años parecía afianzarse la afirmación de que ‘quien no está en Internet no existe’. Sin duda ello ha contribuido a la notable expansión de servicios como redes sociales o foros de Internet. Sin embargo, es claro cómo, una vez superado este espejismo de la notoriedad otorgada por la presencia en Internet, son cada vez más la voces que reclaman la necesidad de unos límites y de dotar al ciudadano de mecanismos de garantía de sus derechos, principalmente cuando se trate de informaciones no reveladas ni difundidas por ellos*”²

A este particularísimo sector del Derecho se le ha recomendado nominarse con alocuciones tales como, *roit à la désindexation* o *droit au déréférencement* o *delistar* en terminología castellana. Veremos en los puntos subsiguientes el desarrollo del presente tema, proponiendo soluciones interpretativas en torno al Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

2.- Alcance de la Ponencia

Su finalidad radica en plantear las diferentes herramientas con las que cuenta el operador jurídico para fundamentar correctamente la invocación del Instituto, al mismo tiempo de confiar acabadamente en la copiosa legislación, concreta y general, que convoca su aceptación.

Se torna conveniente que se encuentre debidamente analizado el tópico pues se necesitan reglas claras y precisas para evitar una jurisprudencia contradictoria. La República Argentina cuenta con el artículo 26 de la ley 25.326 sobre “*prestación de servicios de información crediticia*”.

Viendo la problemática en su devenir cronológico, no será posible soslayar la solución brindada que niega la figura en los actuados: “*Falcionelli, Esteban P. c./Organización Veraz S.A. s./Amparo*” de la CNCiv. Sala G; la jurisprudencia del caso “*DA CUNHA, Virginia c./Yahoo Argentina Y Otro s./DAÑOS Y PERJUICIOS*” del mes de agosto de 2010; tampoco el fallo europeo que se persuade de su existencia, en los autos: “*Google Spain y Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos*

*dado tanto la aterritorialidad de Internet, y por tanto la imposibilidad de limitar a través de las regulaciones nacionales el carácter de los contenidos en la Red, como fundamentalmente el principio de la libertad de expresión que se encontraría vulnerado ante cualquier intento de censurar los contenidos. Diversos documentos internacionales se refieren a la libertad de expresión, pudiendo citar entre los principales a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, al Pacto de San José de Costa Rica y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, en “Problemática jurídica de Internet”, Lexis Nexis, Buenos Aires, pp. 147/8, año 2013. En similar sintonía GRANERO, Horacio sostiene la particular referencia al precedente “*Reno vs. ACLU*” donde interpretaron que “...la Red Internet puede ser vista como una conversación mundial sin barreras”. Tal precedente norteamericano permite inferir que “...ante una eventual violación a la privacidad a través de Internet, estaríamos frente a un nuevo conflicto constitucional. La colisión se desarrollaría, por una lado, en torno al derecho de los usuarios a la libre circulación de información sin control de contenidos (con basamento en la libertad de expresión) y por otro, involucraría los derechos de los particulares cuya intimidad, honor y/o imagen es perjudicada por la difusión de información violatoria de tales derechos”. En “El Orden Público Tecnológico”, editorial EDUCA, Buenos Aires, año 2003, pp. 50.-*

² RALLO LOMBARTE, Artemi, “Así, con mayor frecuencia se percibe que hay muchos usuarios de Internet que aunque en origen podían estar encantados con aparecer en buscadores o redes sociales, hoy por el contrario perciben que esto les plantea problemas personales y quieren evitar que siga manteniéndose esa información personal en la Red y borrar el rastro que han dejado durante el tiempo que han utilizado Internet”. En el artículo “A partir de la protección de datos: El derecho al olvido y su protección”, publicada por TELOS - Revista del Pensamiento sobre Comunicación, Tecnología y Sociedad, N° 85, Octubre - Diciembre 2010. Disponible en la web: http://telos.fundaciontelefonica.com/seccion=1268&idioma=es_ES&id=2010110416500001&activo=6.d o. Fecha de captura: 13/7/2015.

Personales y Mario Costeja González”, dictado por la Corte Europea de Derechos Humanos del 13 de Mayo de 2014, las Directrices del Grupo de Trabajo del Art. 29º o WP29; y la doctrina del caso “*Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s/ daños y perjuicios*”, del 28 de Octubre de 2014, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

3.- Definiciones sobre el *derecho al olvido*

Preliminarmente podríamos decir que la figura del derecho al olvido, es producto del relacionamiento humano a través de las nuevas herramientas digitales. Pues si bien, podría sostenerse, que se trata de uno instituto también adecuado a los datos no almacenados en servidores virtuales, no cabe duda que ha tomado un impulso masivo de la Red Internet y las nuevas herramientas digitales, en la interacción humana.

Por tanto, nuestra ponencia se dirige a una especie del derecho al olvido: el *derecho al olvido digital*.

Veamos como lo define Wikipedia, “*El derecho al olvido es un derecho relacionado con el Habeas Data y la protección de datos personales. Se puede definir como el derecho que tiene el titular de un dato personal a borrar, bloquear o suprimir información personal que se considera obsoleta por el transcurso del tiempo o que de alguna manera afecta el libre desarrollo de alguno de sus derechos fundamentales*”³. Pareciera ser esta, una definición omnicompreensiva de la figura, no sujeta a la herramienta tecnológica en particular. Veamos, entonces, definiciones que circunscriban el fenómeno al área informática.

Para la Agencia Española de protección de Datos (AEPD), el derecho al olvido hace referencia “*...al derecho que tiene un ciudadano a impedir la difusión de información personal a través de Internet cuando su publicación no cumple ciertos requisitos de adecuación y pertinencia previstos en la normativa*”⁴.

En el Fallo “*Da Cunha*”, la Dra Ana Brilla de Serrat, citando un Fallo de la Corte de Casación Italiana del 9 de abril de 1998, sobre “*el diritto all’oblio*” decía: “*que se entiende por tal el legítimo interés de toda persona a no quedar indeterminadamente expuesta a daños interiores que atañen a su honor y su reputación, de lo que colige que la reiterada publicación de una noticia, en el pasado legítimamente divulgada, no constituye un adecuado ejercicio del derecho de crónica, salvo que eventos sobrevinientes tornen nuevamente actuales esos hechos, haciendo surgir un nuevo interés público en la difusión de esa información*”⁵

Nosotros propiciamos esta definición, podría sostenerse que el *derecho al olvido digital condensa una gama de derechos subjetivos (personalísimos) como el nombre, el honor, la imagen, la dignidad, etc, sujetos a un daño potencial que, condensados en*

³ https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_al_olvido, Fecha de captura: 21/7/2015.

⁴ SANTIAGO, Ignacio, el Blog de Ignacio Santiago. Disponible en el sitio web <http://ignaciosantiago.com/blog/derecho-al-olvido-internet/>. Fecha de captura: 17/7/2015.

⁵ Del voto en mayoría de la Dra. Ana María R. Brilla de Serrat, y que cierra de la siguiente manera: “*Durante miles de años, el olvido formaba parte de la condición humana, acertadamente allí se señala, mientras que en la era digital ocurre lo opuesto a través del almacenamiento barato en computadoras, los procesadores poderosos y la generalización del acceso a Internet. El recuerdo pasa a ser la norma. Y aquí no puedo menos que coincidir con el autor en que vale la pena recordar que en algunas cuestiones hay mucho valor en el olvido*”, autos: “*DA CUNHA, Virginia c./Yahoo Argentina Y Otro s./DAÑOS Y PERJUICIOS*” Expte N° 99.620/2006, Recurso 541.482, CNCiv. Sala D, 10/08/2010. Publicado en LA LEY 30/08/2010. Cita On Line AR/JUR/40066/2010. Disponible también en el sitio web: www.hfernandezdelpech.com.ar/.

formato de datos personales en diversos sitios web, pueden permitir un acceso y/o utilización de los mismos por parte de terceros, a través del enlace a estos por parte de los motores de búsqueda, con fines contrarios a los del portador de los mismos o cuya evidente obsolescencia convierta su manipulación en un acto de arbitrariedad manifiesta.

4.- Pautas a tener en cuenta

- Los *motores de búsqueda* son responsables del tratamiento de datos. Pero su responsabilidad *no es compatible* con la del editor de la página web.
- Debe referirse a *buscadores externos* y, excepcionalmente, internos.
- Parámetros a tener en cuenta: *antigüedad, sensibilidad* (tal como opinión política o convicciones religiosas), *irrelevancia, resultados ofensivos, injuriosos o expresiones de odio racial*, no proporcional (va más allá de la finalidad que se tuvo en cuenta) y riesgo a la persona (robo de identidad, acoso, etc) y voluntariedad de la relevación.
- No debe limitarse solamente al aspecto *crediticio*. Deben ser protegidos el *pseudónimo* y los *apodos*.
- No debe prosperar la solicitud *si la noticia involucra el interés público o presenta relevancia política*; tampoco si versa sobre *hechos recientes*. No será posible que opere el derecho al olvido si existe la obligación legal de publicar ciertos hechos (tal es el supuesto de actos gubernamentales en el Boletín Oficial).
- Especial análisis merecen las causas penales. Las ofensas menores de antigua data podrían ser *objeto del derecho de olvido*.
- No cabe eliminar las *opiniones* o las *expresiones críticas*.
- Goza de preeminencia *el interés de la persona humana* sobre el económico del buscador de datos.
- Debe existir una protección especial hacia los menores de edad. Tal situación debe ponderarse *a la fecha de publicación de la información*.
- Pueden ser legitimados pasivos las subsidiarias nacionales de las empresas que desarrollan los motores de búsqueda.
- Los motores de búsqueda deben ofrecer una opción de eliminar de la indexación de datos que arroje información que pueda perjudicar al damnificado (formularios online).
- Deben actuar a solicitud de parte interesada: *no pueden realizar un monitoreo permanente*. Sin embargo, el titular no estaría obligado a establecer comunicación con el editor del sitio web.
- Ante el perjuicio manifiesto, debe el buscador de datos eliminar la información involucrada; *verbigracia, "pornografía infantil, datos que faciliten la comisión de delitos, que instruyan acerca de éstos, que pongan en peligro la vida o la integridad física de alguna o muchas personas, que hagan apología del genocidio, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia, que desbaraten o adviertan acerca de investigaciones judiciales en curso y que deban quedar secretas, como también los que importen lesiones contumeliosas al honor, montajes de imágenes notoriamente falsos o*

que, en forma clara e indiscutible, importen violaciones graves a la privacidad exhibiendo imágenes de actos que por su naturaleza deben ser incuestionablemente privados, aunque no sean necesariamente de contenido sexual”⁶. Caso contrario, debe esperar la sentencia judicial o la resolución administrativa.

- La autoridad de aplicación debería ser la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales.

5.- Normativa del ordenamiento jurídico argentino

Se debe traer a colación los artículos 26° de la Ley 25.326/2000, y el artículo 26° del Decreto 1558/2001.

Por el primero se disciplina sobre la prestación de servicios de información crediticia. Se especifica que los datos personales de carácter patrimonial y deben versar sobre la solvencia económica y el crédito. Su origen radica en fuentes accesibles al público o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento. También el propio acreedor puede suministrar los datos personales de cumplimiento o no de obligaciones de carácter patrimonial. Se establece un plazo de cinco años para archivar o registrar la información brindada y que sea significativa para evaluar la solvencia económico-financiera de los afectados. Si el deudor cumple la prestación o se extingue la obligación, el lapso se reduce a dos años.

A través del segundo, se procede a la reglamentación de la ley 25.326. Se especifica que los datos que hace referencia la legislación nacional estriban en los relacionados a los contratos de mutuo, cuenta corriente, tarjetas de crédito, fideicomiso, leasing, de créditos en general y toda otra obligación de contenido patrimonial, así como aquellos que permitan conocer el nivel de cumplimiento y la calificación a fin de precisar, de manera indubitable, el contenido de la información emitida. También se detallan los términos iniciales del plazo de cinco y dos años.

6.- Los artículos 11°, 1710° y 1737° del Nuevo Código Civil y Comercial. Abuso del derecho (abuso de la posición dominante en el mercado), prevención del daño y amplitud indemnizatoria

Las transformaciones generadas en el campo de la responsabilidad han sido tan amplias y profundas, que hasta generaron el cambio de su nominación, para llamarlo “Derecho de Daños”. De alguna manera, todo eso que pregonaba una moderna doctrina del resarcimiento de daños, tomando incluso a los anteriores intentos de reforma de nuestra legislación civil (1993; 1998 y 2000), se vio plasmado en el Proyecto de 2012, con vigencia efectiva a partir del mes de agosto de 2015.

En primer rango de protección civil, lo encontraríamos en el Título Preliminar, dentro del genérico principio del *Abuso del Derecho*, como una especie concreta y conducente a la posición que ostentan los sitios web y los motores de búsqueda, como es el *abuso de la posición dominante en el mercado*.

La *prevención del daño*, absorbido como un nuevo paradigma que prioriza la evitación o minoración del daño, es clave para el caso que nos ocupa: evitar el daño, o mitigarlo son derivaciones que se desprenden cuando el damnificado sospecha o cuenta con cierto grado de certeza, que su imagen o datos personales, han sido subidos a la Red o se mantienen en ella con un fin claramente perjudicial a sus intereses. Por tanto, el

⁶ Corte Suprema de la Nación, “Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s/ daños y perjuicios”, 28 de Octubre de 2014, voto mayoritario, considerando 18.

Art. 1710°, bandera de la reforma, estima que toda persona tiene el deber, en cuanto de ella de dependa de prevenir el daño.

La amplitud del daño resarcible es hoy, una realidad. Lo que extiende la tutela de los derechos a reparar de manera evidente.

De la propia lectura de la norma citada, se advierte un intento legislativo claro: dejar claramente establecido una amplitud concreta de los daños a reparar. Lo que nos lleva a pensar en los diversos matices conceptuales que han venido definiendo los contornos del nocimiento, desde aquéllos tradicionales que entendían que el daño era el perjuicio de un derecho subjetivo (patrimonial o extrapatrimonial), hasta la amplia y, a nuestro entender, omnicomprendensiva visión actual que habla de *la lesión a todo interés legítimo (digno de tutela)*.

No se trata de una distinción menor, ya que modeliza (el que sean invocables ambas) en un sistema de responsabilidad más abarcativo o amplio. Abierto a nuevos y potenciales daños, no solamente a los ya existentes (como resultaría de abreviar solo en los derechos subjetivos). Esto, a nuestro entender, obedece a razones muy claras, por ejemplo, a la nueva noción que le fuera asignada a la antijuridicidad⁷.

7.-Conclusiones

A tenor de lo desarrollado, pensamos que el “*derecho al olvido digital*” puede sintetizarse en los siguientes acápites conclusivos:

- Parece adecuado advertir el distingo entre el *derecho al olvido*, a secas del *derecho al olvido digital*. Pues este último se verifica en el marco de una posmodernidad marcadamente sesgada por los dispositivos electrónicos, donde la Red Internet brinda un escenario propicio para la figura;
- Propiciamos como definición, que el *derecho al olvido digital condensa una gama de derechos subjetivos (personalísimos) como el nombre, el honor, la imagen, la dignidad, etc, sujetos a un daño potencial que, condensados en formato de datos personales u otros afines en la web, pueden permitir un acceso, visualización y/o utilización de los mismos por parte de terceros, a través del enlace proporcionado por los llamados motores de búsqueda, con fines contrarios a los del portador de los mismos, y cuya evidente obsolescencia convierta su conocimiento y manipulación en un acto de arbitrariedad manifiesta;*
- *El Derecho al Olvido Digital, en tanto nuevo derecho se encuentra contemplado por legislaciones específicas a la materia, como ser la Ley de Habeas Data (25.326) Art. 26°, y su Dec. Reglamentario Art. 26°;*

⁷ En la Sección 3° - Función resarcitoria, el artículo 1717°, al mencionar la *antijuridicidad*, se despega de la noción de la tipicidad (genérica o no) de la norma para considerar el acto como *contra legem* o *contra ius*. Lo que advierte la inexistencia de puntos de contacto con los superados 1066° y 1074° de pluma velezana, fuertemente influenciados por un *derecho punitivo y restrictivo* que, en el orden mundial, modeló las interpretaciones iusprivatísticas de la doctrina y la jurisprudencia de su tiempo hacia esa dirección. Las críticas que fue generando esta cosmovisión tipificante en un contexto normativo atípico y de normas análogas tardaron en llegar, pero llegaron. Hoy, entonces, *es antijurídico el daño que no puede ser justificado jurídicamente*. En consonancia con esto, la norma del 1737° del mismo cuerpo legal, debe guardar una lógica simetría: si aquella define lo *contra legem* como lo que *no se justifica* jurídicamente, esta norma debe definir al daño como aquello *no reprobado* jurídicamente. De lo que se podría inferir que el daño, en tanto *injusto por no estar justificado*, es el “*gran tipo*” que habilita la indemnización reparadora.

- *Con relación al Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, recientemente puesto en vigencia, el derecho del olvido digital, en tanto nuevo derecho se encuentra protegido por las normas contenidas en los Arts. 11° (abuso de posición dominante), 1710° (función preventiva del daño), 1737° (amplitud de daños resarcibles) del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación;*
- *El Art. 1737° debe interpretarse como una tutela amplia de los interesados, donde no está exento de reconocimiento este derecho al olvido digital;*
- *No debe ponderarse en extremo una regulación específica de la figura, más allá del valor que pueda darse a una norma protectiva en concreto, a tenor del grado de obsolescencia que la misma puede tener con el paso del tiempo, ya que regularía sobre las lábiles bases de la técnica informática.*

8.- Bibliografía

- **FERNÁNDEZ DELPECH, Horacio.** *“El derecho al olvido. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de La Unión Europea”*. La Ley online. AR/DOC/1835/2014.
 - *“Responsabilidades civiles de los proveedores de servicio de Internet (ISP)”*. La Ley online. AR/DOC/4202/2014.
 - *“La problemática jurídica de Internet”*, editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, año 2013.-
- **GRANERO, Horacio R.**, *“El orden público tecnológico”*, editorial EDUCA, Buenos Aires, AÑO 2003.-
- **MARTINI, Luciano José**, *“La responsabilidad civil en Internet: Un nuevo contexto económico, interactivo y comunicacional que desafía los clásicos contenidos del deber de resarcir”*. La Ley, RCyS2011 – VIII, 17.-
- **PALAZZI, Pablo A.** *“Criterios en la Unión Europea para implementar el derecho al olvido en Internet”*. La Ley online. AR/DOC/523/2015.
 - *“Derecho al olvido en Internet e información sobre condenas penales (a propósito de un reciente fallo holandés)”*. La Ley online. AR/DOC/3945/2014.
 - *“El reconocimiento en Europa del derecho al olvido en Internet”*. La Ley online. AR/DOC/1953/2014.
 - *“Responsabilidad de buscadores de Internet. Notice & Take down con sabor argentino”*. La Ley online. AR/DOC/4086/2014.
- **TOMELO, Fernando.** *“El derecho al olvido en Internet”*. La Ley online. AR/DOC/2431/2014.
 - *“Buscadores de Internet: Un fallo histórico”*. La Ley online. AR/DOC/4080/2014.

Fuentes de Internet:

- SANTIAGO, Ignacio, el Blog de Ignacio Santiago. Disponible en el sitio web <http://ignaciosantiago.com/blog/derecho-al-olvido-internet/>
- RALLO LOMBARTE, Artemi, publicada por TELOS - Revista del Pensamiento sobre Comunicación, Tecnología y Sociedad, N° 85, Octubre – Diciembre 2010. Disponible en la web:

http://telos.fundaciontelefonica.com/seccion=1268&idioma=es_ES&id=2010110416500001&activo=6.do