

tecimiento de interés público aquellas circunstancias que no coinciden con la percepción que la reclamante tiene de sí misma. Tampoco la “Representación de los Hacendados” es la Revolución de Mayo, pero contribuyó a que existiera o, al menos, a que Moreno fuera parte activa de ella.

En definitiva, la naturaleza de la información es gravitante en el análisis; no es posible (ni deseable) borrarla u ocultarla tan solo porque interfiere con los intereses de una persona, por muy comprensibles que sean sus reclamos.

De acuerdo con ello, existen solo dos hipótesis en las cuales se justifica aplicar el derecho al olvido: en los casos en que la información es palmariamente irrelevante, o cuando existen razones objetivas suficientes, que exceden el interés de la parte.

Este segundo supuesto, creo, es el que justifica la decisión en “Costeja”⁽³⁹⁾ y también de “Nápoli”⁽⁴⁰⁾. El olvido en materia comercial (en ambos casos la información excluida hacía referencia a deudas ya saldadas) cumple también con un interés público: las relaciones económicas se basan en la confianza mutua de las partes, y sin ella, no hay dinámica comercial posible. En este contexto, el olvido de que una persona alguna vez tuvo una deuda es sano para la sociedad; a esta le resulta más beneficioso olvidar que recordar.

(39) Cfr. nota 3.

(40) Cfr. nota 8.

Pero en el caso que analizamos, el supuesto es diferente. Se intenta podar de un hecho de indudable interés público, alguna de sus ramificaciones; es cierto que esas ramificaciones no parecen esenciales respecto de la noticia central. Pero quizás no sea así.

El derecho al olvido encuentra aquí uno de sus límites. Es imposible dimensionar la importancia futura de la información que se busca excluir por lo que la opción jurisprudencial debería inclinarse por conservarla.

3. Conclusión

Como vimos, la aplicación del derecho al olvido es excepcional y restringida. Ante la duda, entonces, debe optarse por la conservación y la libre disponibilidad de la información. Estamos ante una información verdadera, respecto de un hecho de interés público que involucra a una persona pública: no parecen estar dadas las condiciones para aplicar este remedio excepcional.

Esperamos con interés la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

VOCES: DERECHO CONSTITUCIONAL - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - CONSTITUCIÓN NACIONAL - INTERNET - INFORMÁTICA - TECNOLOGÍA - PRENSA - LIBERTAD DE PRENSA - HÁBEAS DATA - PERSONA - DERECHO A LA INTIMIDAD - DERECHO CIVIL - DAÑOS Y PERJUICIOS - JURISPRUDENCIA - ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Derecho al olvido, memoria selectiva y ocultamiento de información pública

por CARLOS JOSÉ LAPLACETTE^(*)

Sumario: 1. ANTECEDENTES. – 2. PRINCIPALES CUESTIONES QUE GENERA LA SENTENCIA. 2.1. EL DERECHO AL OLVIDO Y SUS RIESGOS. 2.2. LA DESINDEXACIÓN Y LA LdEP. 2.3. EL INTERÉS PÚBLICO COMO CRITERIO PARA PERMITIR LA PUBLICACIÓN DE INFORMACIÓN VERDICA. 2.4. LA RESPONSABILIDAD DE LOS BUSCADORES Y EL PROBLEMA DE LOS INCENTIVOS A LA SUPRESIÓN DE INFORMACIÓN. 2.5. DE CÓMO LOS ALGORITMOS DESFIGURAN LA REALIDAD Y DE LAS HERRAMIENTAS PARA SOLUCIONARLO. – 3. EVALUACIÓN.

La República Argentina se encuentra frente a una posible sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la cual se aborde, por primera vez y de modo franco, el denominado “derecho al olvido” en Internet. La intervención del máximo tribunal tiene lugar para revisar una sentencia proveniente del fuero civil en la que se ordena a Google la desindexación de información lícita por el solo hecho de que el paso del tiempo la habría privado de interés periódico⁽¹⁾.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Derecho al olvido en Internet*, por HUGO ALFREDO VANINETTI, ED, 242-566; *Derecho al olvido en materia disciplinaria laboral*, por PABLO MOSCA, EDLA, 2011-B-1155; *La neutralidad y la libertad de expresión e información en Internet*, por HUGO ALFREDO VANINETTI, ED, 246-745; *El derecho al olvido en Internet (un fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que contribuye a la preservación de la imagen en los entornos virtuales)*, por GUILLERMO F. PEYRANO, ED, 258-918; *La responsabilidad de las entidades financieras y el “derecho al olvido” de la ley de hábeas data*, por CARLOS ENRIQUE LLERA, ED, 260-624; *La protección de los datos personales en internet: lineamientos que caben deducirse del fallo de la Corte Suprema*, por ESTEBAN RUIZ MARTÍNEZ, ED, 260-861; *El miedo a Internet*, por GREGORIO BADENI, ED, 265-616; *Los diarios online como legitimados pasivos del derecho al olvido. Diferencias entre la Casación belga y la Casación francesa*, por PABLO A. PALAZZI, ED, 269-519; *Difusión no autorizada de imágenes íntimas (revenge porn)*, por PABLO A. PALAZZI, ED, 266-837; *Derecho a la privacidad y protección de datos personales en las condiciones de uso y políticas de privacidad de las redes sociales*, por JOHN GROVER DORADO, ED, 268-609; *El debate del derecho al olvido en el Brasil*, por AISLAN VARGAS BASILIO, ED, 273-808; *El derecho al olvido en internet frente a la libertad de expresión*, por VERÓNICA ELVIA MELO, ED, 288-968; *El derecho al olvido digital (“RTBF 2.0”). La nueva cara de un derecho polémico. A propósito del caso “Denegri”*, por OSCAR R. PUCCINELLI, ED, 289-1033. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Docente de Derecho Constitucional (Universidad Austral, Universidad de Buenos Aires y Universidad Católica Argentina). Presidente

Existen distintos antecedentes internacionales en favor y en contra de este supuesto derecho; en este trabajo –y por razones de espacio– solo nos detendremos en algunas cuestiones que presenta el derecho al olvido en Internet. En todas ellas hay un claro hilo conductor: el costo que traerá aparejada la decisión de la Corte Suprema en materia de información disponible para el debate público. Esto no solo supone considerar inadecuada la posición de la actora, sino también advertir la necesidad de afrontar decisiones jurídicas y éticas a las que nos enfrentan los algoritmos.

1. Antecedentes

El 10 de agosto de 2020, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la sentencia de primera instancia por la cual se condenó a Google Inc. “a suprimir toda vinculación de sus buscadores, tanto del denominado ‘Google’ como del perteneciente a ‘Youtube’, entre las palabras ‘Natalia Denegri’, ‘Natalia Ruth Denegri’ o ‘Natalia Denegri caso Coppola’ y cualquier eventual imagen o video, obtenidos hace veinte años o más, que exhiban eventuales escenas que pudo haber protagonizado la peticionaria cuyo contenido pueda mostrar agresiones verbales o físicas, insultos, discusiones en tono elevado, escenas de canto y/o baile, así como también, eventuales videos de posibles reportajes televisivos en los que la actora hubiera brindado información de su vida privada”.

El fundamento de ambas decisiones –primera instancia y Cámara– se encuentra en el denominado “derecho al olvido”, el cual, según la sentencia de Cámara, “implica aceptar la veracidad de las noticias difundidas por el buscador, pero que el paso del tiempo debería enterrarlas al ser perjudiciales, sin causar un beneficio su difusión, por falta de interés público, histórico, científico, etc.”. Este derecho, conviene aclarar, si bien no se encuentra previsto en ninguna norma constitucional, es considerado una derivación del derecho al honor o a la privacidad.

de la Comisión de Libertad de Expresión del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Titular del Servicio de Orientación Legal de la Asociación de Editores de Diarios de la Argentina (ADEPA).

(1) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala H), “Denegri, Natalia Ruth c/Google Inc. s/derechos personalísimos: acciones relacionadas” (expediente 50016/2016), sentencia del 10/8/2020.

La sentencia de Cámara opta por una de las alternativas que presenta el derecho al olvido: la desindexación de esa información de los motores de búsqueda. A través de ese mecanismo, “si bien no se suprime la información en sí misma, se restringe u obstaculiza su acceso, por parte de los medios tradicionales de búsqueda. Aunque, no puedo ignorar [aclara el sentenciante] que si no fuera por los buscadores, difícilmente sería leídas [sic] muchas noticias”.

A fin de intentar limitar sus obvios efectos en materia de libertad de expresión y de prensa (en adelante, “LdEP”), la sentencia de primera instancia distingue entre aspectos que serían de interés público (los vinculados directamente con hechos delictivos de los cuales la actora habría sido víctima) de otros que no revestirían ese interés y aplica el derecho al olvido respecto de estos últimos.

En ese sentido, el fallo de primera instancia menciona “videos o imágenes que reproducen escenas de peleas o discusiones entre la actora y alguna otra circunstancial entrevistada, generalmente vinculada con el caso Coppola, así como también, los que muestran episodios o reportajes que solo habrían logrado alguna notoriedad a raíz de la procacidad o chabacanería propiciada por el espacio televisivo del momento. Tales reproducciones no presentan, a mi modo de ver, interés periodístico alguno, sino que su publicación solo parece hallarse fundada en razones de morbosidad. Considero que tales videos, en cuanto exhiben escenas cuya oportuna relevancia estuvo claramente vinculada más con lo grotesco que con lo informativo, carecen de interés periodístico y no hacen al interés general que pudo revestir el ‘caso Coppola’ sino, más bien, a la parafernalia de contenidos excéntricos de nulo valor cultural o informativo, que cobraron notoriedad más por el culto al *rating* de ciertos programas, que por el interés social que podían despertar”.

La Cámara entiende que esas consideraciones no fueron rechazadas por Google Inc. en su apelación, motivo por el cual habría quedado firme la valoración de la información. A continuación, al aplicar una vez más el mismo criterio normativo del “interés público”, la alzada confirma lo decidido por el juez.

2. Principales cuestiones que genera la sentencia

La sentencia de Cámara presenta distintos problemas que podrían merecer una crítica específica. A su vez, el derecho al olvido plantea una gran cantidad de cuestiones de relevancia, de las cuales aquí solo se abordarán algunas.

2.1. El derecho al olvido y sus riesgos

En la doctrina nacional se ha definido al derecho al olvido como “el derecho que tiene una persona de borrar de internet información sobre sí misma y preservar de ese modo su privacidad y los datos personales”⁽²⁾. Con un alcance similar, pero mayor elocuencia, se lo ha definido como “el derecho que tiene una persona a borrar de internet información sobre sí misma y preservar de este modo su privacidad y datos personales. La idea es que ciertos contenidos queden definitivamente enterrados en el cementerio digital y que no resuciten milagrosamente, una y otra vez, mediante la acción del buscador de Internet”⁽³⁾.

Los riesgos que presenta el derecho al olvido surgen de su propia enunciación. La supresión de información, considerada en abstracto, constituye la antítesis del derecho de buscar, recibir y difundir información.

Justamente, una de las primeras preguntas que presenta el derecho al olvido es el tipo de información que debe ser olvidada. Y a la hora de establecer qué información puede ser objeto de olvido, se ha considerado de relevancia la forma en la cual esta ha sido publicada⁽⁴⁾.

(2) Muñoz (h), Ricardo, *Internet*, Astrea, Buenos Aires, 2021, tomo 1, p. 424.

(3) Tomez, Fernando, “El derecho al olvido en Internet”, LA LEY 17/7/2014, 1. L.L. 2014-D, 816. Cita digital: TR LALEY AR/DOC/2431/2014. El autor cita los siguientes ejemplos: “que una empresa no vea afectada su reputación online por los comentarios vertidos en un blog anónimo; que una señorita que fue fotografiada en una noche de copas no pierda oportunidades a futuro si el buscador indexa su imagen obtenida del espacio digital o que un profesional no vea diluir su clientela frente a un comentario poco feliz de un excliente que circula por la web”.

(4) “How the information was posted can affect the analysis: whether a third party or the requester herself posted the information; and if a third party posted the information, then whether it was done consensually” (Antani, Ravi, “The Resistance of Memory: Could the

En este aspecto, los casos usualmente citados como ejemplos presentan una diferencia marcada con los hechos del caso “Denegri”; aquí ha sido la propia actora quien decidió intervenir en los programas televisivos que ahora dice la avergüenzan.

No se trata de un particular que circunstancialmente fue involucrado en hechos de interés público, sino de una persona que, habiendo estado involucrada en hechos de esa naturaleza, decidió utilizar esa notoriedad y publicitar ampliamente su imagen a través de participaciones públicas con las cuales hoy no estaría de acuerdo⁽⁵⁾. A su vez, se trata de una persona que en la actualidad continúa teniendo un desempeño público, si bien con características muy distintas a las desarrolladas casi tres décadas atrás⁽⁶⁾.

Su participación durante meses y años en la televisión formó parte de la información corriente de la época, a tal extremo que existían canciones que la mencionaban, imitadores que las representaban, recibía notas en revistas de distintos sesgos editoriales. La supresión de esa información es incompatible con la protección constitucional de la LdEP.

2.2. La desindexación y la LdEP

Como defensa del derecho al olvido, distintos autores –y así lo hace la sentencia de Cámara– sostienen que no existiría una afectación a la LdEP, pues su implementación se llevaría a cabo a través de la desindexación de información de los motores de búsqueda y no de su eliminación⁽⁷⁾. De esta manera, quien quiera expresarse reproduciendo la información objetada podría seguir haciéndolo –pues el material no se da de baja de Internet– y, por otro lado, el buscador o intermediario no estaría ejerciendo un derecho propio a expresar ideas. Se habla entonces de un derecho a la desindexación (*de-listing, droit à la désindexation*, entre otros).

La desindexación es, desde luego, una medida menos grave que la supresión de la información, pero no deja de ser una barrera que dificultará la búsqueda o difusión de datos. En este aspecto, como bien se reconoce en la sentencia, la información no estaría accesible de no ser por los buscadores. El resultado sería contrario a la definición misma de LdEP en el Sistema Interamericano, la cual supone la posibilidad de “buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o cualquier otro procedimiento de su elección”, derecho que “no se puede restringir... por vía o medios indirectos” (art. 13 CADH).

El sesgo paternalista de esta solución es similar al que se presenta con la idea de interés público (la información no se suprime, pero solo estará disponible para unos pocos y fuera del alcance del gran público) y, asimismo, los efectos dañinos sobre el ecosistema informativo son muy similares a los de la supresión de la información.

Se puede afirmar que la supresión de información es inadmisibles; mientras que la desindexación en los buscadores constituye una solución irrazonablemente restrictiva de la LdEP.

2.3. El interés público como criterio para permitir la publicación de información verídica

La sentencia adopta una posición usual entre los autores provenientes del derecho civil y que suele utilizarse –también– en materia de publicación de imágenes: esta-

European Union’s Right to Be Forgotten Exist in the United States?”, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 30, No. 4, Annual Review, 2015, p. 1195).

(5) En la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso “Google Spain, S.L., Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González” se consideró expresamente que no existiría una obligación de desindexar la información: “si resultara, por razones concretas, como el papel desempeñado por el mencionado 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...” (parágrafo 97).

(6) Como bien lo pone de manifiesto el dictamen emitido por la Procuración General de la Nación en el caso “Denegri”, ella “continúa siendo una persona pública, empresaria de medios y ganadora de numerosos premios internacionales por su labor profesional. En el escrito de demanda admite haber obtenido un lugar en el periodismo en los Estados Unidos, como periodista de la CNN (fs. 532) y en su página web se presenta como ‘una celebridad de la televisión latinoamericana’ (www.nataliadenegri.com)”.

(7) El Tribunal de Justicia de la UE así lo resolvió en el caso “Google v. Spain” (2014), ya citado.

blecer si existe o no interés público en la difusión de la información. A partir de allí, los jueces suelen analizar si es bueno o malo, para el interés público, la publicación de determinada información. En este caso, en ambas instancias se considera que no lo era, pues se trataba de “televisión basura”, un material “de dudosa calidad periodística”. La utilización de un concepto normativo de interés público en este ámbito es especialmente problemática.

Es habitual intentar resolver los conflictos entre la libertad de expresión y los derechos a la intimidad, la imagen o el honor recurriendo a la noción de interés público. Si la información (imagen, dato, etcétera) no satisface un interés público, ella no debería ser publicada. A su vez, ese “interés público” puede hacer referencia a dos cosas muy distintas.

Un criterio descriptivo sostendrá que es de interés público todo aquello que interesa al público en general. Este criterio es particularmente aplicable ante situaciones que involucran a funcionarios públicos, así como en aquellos casos en que la libertad de prensa adquiere una relevancia institucional o, como se la ha denominado correctamente, estratégica para el sistema de gobierno⁽⁸⁾.

Esta visión del interés público es consustancial con la libertad de expresión tal como se la entiende en el sistema americano. Solo un enfoque descriptivo del interés público “puede preservar inviolable la independencia editorial... la ‘elección del material que se publicará dentro de un periódico y... el tratamiento que se le brinda a los asuntos y a los funcionarios públicos –ya sea injusto o injusto– constituye el ejercicio del criterio y control editorial’... [P]retender imponer a la prensa un estándar objetivo de qué es lo que tiene valor periodístico y qué es lo que no, es una invasión inadmisibles de una de las prerrogativas centrales de la prensa libre, la de decidir qué noticia es conveniente publicar”⁽⁹⁾.

Desde una óptica contraria, una posición normativa acerca de lo que debe entenderse por interés público suele sostener que no todo lo que interesa al gran público es de interés público. El interés público estaría dado por aquella serie de situaciones que tienen algún tipo de trascendencia institucional, por ejemplo, en el caso “Denegri” lo serían las noticias vinculadas a los allanamientos o a la causa por narcotráfico, pero no las entrevistas a la actora. Esta última posición, si bien resulta seductora, rápidamente se vuelve muy problemática, en tanto no existe ninguna fórmula compartida para establecer –con criterios normativos– qué es de interés público y qué no lo es⁽¹⁰⁾.

Esta ausencia de criterios para determinar qué información es relevante para el interés público termina por delegar en funcionarios estatales –por ejemplo, los jueces– el poder editorial para decidir qué se puede publicar según criterios propios no compartidos por la generalidad de la población. Semejante facultad en cabeza de los funcionarios estatales es irreconciliable con el alcance reconocido en nuestro sistema constitucional a la libertad de expresión.

Además, presenta el problema de que, por funcionar como reglas *ex post*, el periodista o editor jamás podrán saber por anticipado si la publicación es relevante para la noción de interés público que adopte el juez. Esa incertidumbre, que se convierte en el peligro de verse envuelto en un proceso o sufrir una condena, tiene un efecto silenciador y funciona como una forma de censura indirecta. De ese modo, se desalienta la publicación de aquella información respeto de las cuales los funcionarios pretendan mantener reserva bajo la afirmación de que hace a su intimidad por carecer de interés periodístico o informativo.

Es posible conceder que una noción completamente descriptiva de lo que debe entenderse por interés público no sea absolutamente correcta. Sin embargo, no es ese el riesgo que hoy existe en la jurisprudencia. Por el contrario, lo que se advierte en la jurisprudencia es la adopción

de posiciones normativas en algunas sentencias, las cuales rápidamente podrían derivar en la imposición de gustos personales. Una solución semejante es irreconciliable con el alcance reconocido en el sistema constitucional argentino a la libertad de expresión.

En este mismo sentido, en un comentario a la sentencia de primera instancia en esta causa, se afirmó que si “el juzgador fuera el funcionario que determina lo que debe olvidarse o recordarse, bien se lo podría liberar de ese rol e instituir a nivel nacional un instituto o secretaría o ministerio de la ‘Verdad’, de la ‘Honra’, de la ‘Moral’ y de lo ‘Memorable’, y que dichas instituciones preventivamente se encarguen de juzgar todos los contenidos de internet que refieran a hechos periodísticos pasados, calificando su memorabilidad y determinando directamente su no publicación”⁽¹¹⁾.

Por otra parte, cabe advertir que una persona puede no ser pública hoy pero luego sí ingresar a tomar parte del debate público, por ejemplo, al candidatearse a un cargo público. En esos casos, la eliminación de datos claves de su pasado puede restringir el control ciudadano sobre quienes aspiran a gobernar; en estos casos, lejos de respetar la identidad del sujeto, se la estará desfigurando, pues se contamina el debate público con una imagen falsa de la persona.

Desde esta perspectiva, es posible considerar que el interés o valor periodístico de una determinada información es un elemento cuya evaluación es efectuada por periodistas, editoriales y el público en general al momento de publicar una determinada noticia. En esos casos, al momento su publicación la información debe cumplir con los estándares de respeto a la intimidad y el honor de las personas de acuerdo con las doctrinas largamente establecidas por el este tribunal (entre otras: “Campillay”⁽¹²⁾, “real malicia”, “Ponzetti de Bablín”⁽¹³⁾ y tantas otras), no siendo admisible que un funcionario o autoridad estatal sustraigan a los particulares esa decisión. Con palabras utilizadas por la Corte Suprema de Justicia, “sustituir el juicio de la población por el juicio de las autoridades: he aquí la quintaesencia del paternalismo inconstitucional”⁽¹⁴⁾.

2.4. La responsabilidad de los buscadores y el problema de los incentivos a la supresión de información

La sentencia presenta distintos aspectos que hacen estrictamente a la responsabilidad y obligaciones de los buscadores en materia de LdEP (por ejemplo, si es necesario requerir previamente el borrado o anonimización al titular del sitio en el que se aloja la información, qué tipo de obligaciones tienen los buscadores al tratar la información, etc.). Sin embargo, un aspecto que se estima de gran importancia es el de los incentivos que estas sentencias generan.

En un esquema de responsabilidad subjetiva de los buscadores (como el adoptado por la CSJN en el caso “Belén Rodríguez”⁽¹⁵⁾), en el cual estos son responsables por no dar de baja el material indicado una vez que son notificados por el titular de la información, estos no tienen mayores incentivos para mantener indexada información que pueda producirles problemas legales. Esto último sin importar que se trate de datos que puedan ser legalmente publicados o no.

La desindexación de esa información tiene un efecto negativo para la prensa en un doble sentido: por un lado, impide que los lectores puedan acceder a la información antigua del medio a través de los buscadores y, por el otro, priva a los periodistas de una poderosa herramienta de investigación. Ello se consigue, además, en el contexto de

(11) Faliero, Johana C., “Los peligros del derecho al olvido digital: cuando la autodeterminación informativa colisiona con el derecho a la información. El sesgo sobre el interés público de lo popular como parte de nuestra conformación cultural”, L.L., 28/4/2020.

(12) CSJN, “Campillay, Julio César c/La Razón y otros”, 1986, Fallos: 308:789.

(13) CSJN, “Ponzetti de Balbín, Indalia c/Editorial Atlántida S.A.”, 1984, Fallos: 306:1892.

(14) Voto de los jueces Petracchi y Belluscio en Fallos: 328:1825, voto del juez Fayt en Fallos: 336:1774.

Un abordaje similar al que aquí se propone en materia de interés público se puede ver en el voto de la jueza Argibay en la causa CSJN, “Franco c/Diario ‘La Mañana’” (Fallos: 330:4615). A su vez, de modo más reciente, frente a un montaje fotográfico en el cual el rostro de una persona pública aparecía adosado a un cuerpo femenino ajeno desnudo envuelto en una red, esta Corte entendió que la publicación gozaba de protección constitucional debido a la existencia de un interés público suficiente en el carácter público de la figura y la temática que involucraba la nota (Fallos: 343:2211).

(15) Fallos: 337:1174 (2014).

(8) Badeni, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, 3ra. ed., Buenos Aires, La Ley, 2010, tomo II, p. 101.

(9) Smolla, Rodney A., *Free Speech in an Open Society*, Vintage Books, Nueva York, 1992, p. 133.

(10) “El límite entre informar y entretener es demasiado elusivo para la protección de este derecho básico [la libertad de prensa]. Todo el mundo está familiarizado con casos de propaganda a través de la ficción. Aquello que es el entretenimiento de una persona, a otros enseña doctrina. Aunque no podemos ver nada de valor para la sociedad en estas revistas, ellas tienen tanto derecho a la protección de la libertad de expresión como la mejor literatura” (“Winters vs. People of State of New York”, 333 U.S. 507, 510, la traducción es propia).

una silenciosa nota remitida al buscador por el interesado en ocultar. Por último, el público desconoce dicho contexto y dicha situación.

2.5. De cómo los algoritmos desfiguran la realidad y de las herramientas para solucionarlo

La publicación de información en Internet y su posterior reproducción por los motores de búsqueda, distorsionan la idea de tiempo y, de ese modo, pueden distorsionar la identidad de las personas. Los algoritmos reproducen la información en forma instantánea y actual sin considerar el devenir histórico de las personas a las que se vincula con cierta información⁽¹⁶⁾. En esa “eternidad digital”, en donde el pasado y el presente confluyen en forma simultánea y sin un orden conocido, la decisión de los buscadores de priorizar resultados antiguos antes que resultados más recientes puede desfigurar la representación digital de una persona.

Los seres humanos construimos nuestra vida a partir de una biografía temporal. Por ello, resultaría absurdo contar esa historia de un modo desordenado o sin relevancia temporal a los distintos hechos que la conforman. Por ejemplo, presentar a alguien como un empleado de mesa de entradas cuando hoy es un juez y catedrático, desfigura la identidad de esa persona.

A pesar de lo absurdo que resulta en términos de descripción de una persona, en buena medida eso es lo que ocurre con los motores de búsqueda. Sus resultados se organizan y presentan sin una clara referencia temporal. Por razones que los motores de búsqueda no hacen explícitas, pueden aparecer jerarquizados entre los primeros lugares hechos ocurridos hace años e incluso son presentados como datos actuales. Al mismo tiempo, los buscadores pueden ocultar o dar poca relevancia a hechos más nuevos, quizás porque tienen una menor cantidad de visitas o por otros motivos que se desconocen, producto de la opacidad con la que funcionan los grandes motores de búsqueda.

Los algoritmos presentan los resultados de un modo que puede desfigurar la identidad de una persona (así, colocan en los 10 primeros lugares cosas que pasaron hace 15 años y, al mismo tiempo, invisibilizan lo que está haciendo en la actualidad). Si bien el criterio editorial para retratar a una persona puede considerarse amplísimo, nunca puede ser ilimitado. Los medios de prensa no tienen una libertad ilimitada para presentar información que seleccionan y tampoco pueden tenerla los motores de búsqueda. Bajo ciertas condiciones, un medio de prensa podría ser responsable por presentar como actual información desactualizada; un criterio similar podría ser aplicado a los buscadores. Ocurre que la presentación de información exacta pero completamente desactualizada termina por desvirtuar la realidad⁽¹⁷⁾.

Las posibles soluciones a estos problemas pueden ser muchas y ellas constituyen un problema jurídico. Tal como se ha destacado en los últimos años, la opacidad de los algoritmos representa un desafío ético respecto del cual existen distintas alternativas para su abordaje⁽¹⁸⁾.

El problema no es el determinar si la información que se publica debe respetar criterios temporales, sino el de los remedios que se utilizarán y las consecuencias que ellos traen consigo. Puesto en términos simples: una información desactualizada o que presenta el pasado co-

(16) “The emergence of the right to be forgotten has also been influenced by changes in the concepts of ‘times’ and ‘data’ in the all-digital age. Information in now stored over an indefinite period, but found and disseminated instantly. It is as if we perceived time in two forms at the same time -as an instant and as an eternity” (Razmetaeva, Yulia, “The Right to be Forgotten in the European Perspective”, *Tallinn University of Technology*, Vol. 10, N° 1, p. 65, DOI: <https://doi.org/10.1515/bjes-2020-0004>).

(17) “The cancellation of the space-time dimension of the network therefore makes it difficult in itself to trace the exact chronological sequence of events described in the information entered, on the contrary, they all appear to be placed in a dimension of ‘eternal present’ devoid of that element of dynamism that inevitably distinguishes the facts of real life” (Maietta, Angelo, “The Right to be Forgotten”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 12(2), p. 208; DOI: 10.4013/rechtd.2020.122.03).

(18) Sobre ellas se puede consultar: Tasmados, Andreas et al., “The ethics of algorithms: key problems and solutions”, *AI & Soc*, 37, 215–230 (2022). DOI: <https://doi.org/10.1007/s00146-021-01154-8>.

mo una realidad actual contamina el debate público; no obstante, la supresión o el ocultamiento de información pública y lícita lo dañan aún más.

3. Evaluación

El alcance otorgado al derecho al olvido en el caso “Denegri” constituye un riesgo concreto y grave para la libertad de expresión en el sistema argentino. Con él se dificulta la difusión de información vinculada a hechos de interés público y respecto de los cuales quien requiere su supresión dio una amplia y voluntaria difusión durante un largo tiempo.

Las sentencias de primera instancia y de la Cámara de Apelaciones entienden que el equilibrio entre la LdEP y el derecho al honor debe ser alcanzado a partir de la determinación –en este caso judicial– de la existencia o inexistencia de interés público en la información cuestionada.

Se trata de una posición que socava las bases sobre las que se ha construido la LdEP en los países vinculados con la tradición constitucionalista como la Argentina, porque en la práctica implicaría dejar en cabeza de un funcionario (ya no el censor, sino el juez) la determinación de qué es lo que se puede decir y qué es lo que no. Determinación efectuada, caso por caso, a partir de un maleable y escurido “interés público”.

A su vez, al conjugar ese criterio amplio del derecho al olvido con los principios de responsabilidad de los buscadores adoptados por la jurisprudencia nacional (responsabilidad subjetiva previa notificación del titular de la información –*notice and take down*–), el resultado es un fuerte incentivo a los buscadores para desindexar la información que les sea requerida. Esa desindexación tiene efectos semejantes a la supresión de información, en tanto dificulta su acceso por el público en general.

Cualquier solución que imponga responsabilidades a quien publique o difunda información, a partir de estándares subjetivos o de gran amplitud (como la noción de interés periodístico o interés público), constituye una grave afectación a la LdEP por los incentivos que conlleva.

Los buscadores, y específicamente Google, concentran una porción muy significativa del tráfico en Internet. El “googleo” de información forma parte de los mecanismos de información usuales en la actualidad. Limitar el flujo de información disponible en los buscadores impacta en forma directa e inmediata en la información disponible para el público y, del mismo modo, limita la capacidad de los medios para difundir esa información.

Por ello, los defectos derivados del deficiente funcionamiento de los algoritmos debe buscarse en su corrección, la cual impone, también, una mayor transparencia de los criterios de selección y ordenamiento de los resultados y no en la eliminación o desindexación de información pública.

En buena medida, puede considerarse parte de la idiosincrasia argentina el reconocimiento de un “derecho a la memoria” como contrapartida del “derecho al olvido”. Si la noticia es difamatoria, injurianta o calumniosa, existen ya mecanismos específicos tendientes a obtener la rectificación o eliminación de tales contenidos, así como la indemnización de los daños que causen esas informaciones; ello sobre la base de que la LdEP no es un derecho absoluto.

Por el contrario, allí donde la información publicada por un medio es lícita y, de acuerdo con el criterio editorial de emisor, se la ha considerado merecedora de interés periodístico. Por ende, la limitación posterior a su circulación constituye una restricción ilegítima de la libertad de información, incompatible con los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional y con el artículo 13 Convención Americana de Derechos Humanos.

VOCES: DERECHO CONSTITUCIONAL - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - CONSTITUCIÓN NACIONAL - INTERNET - INFORMÁTICA - TECNOLOGÍA - PRENSA - LIBERTAD DE PRENSA - HÁBEAS DATA - PERSONA - DERECHO A LA INTIMIDAD - DERECHO CIVIL - DAÑOS Y PERJUICIOS - JURISPRUDENCIA - ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - TRATADOS INTERNACIONALES