

POLICY PAPER

# RESPONSABILIDAD DE INTERMEDIARIOS Y DERECHO AL OLVIDO

APORTES PARA LA DISCUSIÓN LEGISLATIVA EN ARGENTINA

**CELE**

Por Verónica Ferrari y Daniela Schnidrig

*Junio de 2015*



**CELE**

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

## ÍNDICE

<b>Resumen ejecutivo</b> .....	2
<b>RESPONSABILIDAD DE INTERMEDIARIOS</b> .....	3
Intermediarios en internet. ¿Qué son y cuál es su rol? .....	3
Breve introducción a la regulación de intermediarios .....	4
El marco legal argentino sobre responsabilidad de los intermediarios. Análisis de la jurisprudencia local y sus inconsistencias .....	6
Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre responsabilidad de intermediarios .....	8
Recomendaciones de algunos organismos intergubernamentales y de organizaciones de la sociedad civil .....	12
<b>DERECHO AL OLVIDO</b> .....	14
Derecho al olvido: definiciones .....	14
El “derecho al olvido”, según el fallo europeo: una mala solución .....	16
<b>Conclusiones y recomendaciones</b> .....	16

# RESPONSABILIDAD DE INTERMEDIARIOS Y DERECHO AL OLVIDO

## Aportes para la discusión legislativa en Argentina

Por Verónica Ferrari y Daniela Schnidrig\*\*

### RESUMEN EJECUTIVO

En la actualidad, en Argentina existen diversos proyectos de ley que buscan abordar una cuestión clave cuando se piensa en regulación de internet: ¿qué responsabilidad le cabe a los intermediarios?

Si un usuario, por ejemplo, publica en internet un material que afecta la privacidad o la honra de otra persona, ¿podría el o la damnificado/a reclamar algo a estos intermediarios? Al proveedor de conexión, o al que brinda alojamiento al sitio web en el que se publicó este material o al buscador que haya indexado la publicación en su motor de búsqueda. ¿Se les puede exigir a estos intermediarios que borren, deslisten u olviden este contenido generado por un tercero?

Éstas son algunas de las cuestiones clave cuando hablamos de la responsabilidad de los intermediarios. Y más en un contexto de grandes transformaciones tecnológicas que afectan la privacidad y el control de nuestra información en internet.

Como se explica a lo largo de este trabajo, muchos de estos debates han cobrado particular relevancia a partir de un fallo del Tribunal de Justicia Europeo que determinó que los buscadores son “responsables” por el tratamiento de los datos personales en internet.

En este artículo, se busca, en primer lugar, definir qué son los intermediarios en internet y analizar qué tipos de responsabilidad les pueden caber por la información que aparece en línea.

En este sentido, más adelante, se buscará explicar qué es el llamado “derecho al olvido” —fundamentalmente, en los términos establecidos en el fallo “Google Spain”<sup>1</sup>— y cómo se relaciona con la responsabilidad de los intermediarios. El reconocimiento del llamado “derecho al olvido” establecido por el fallo del tribunal europeo, al hacerlo responsable, pone en manos de un intermediario la decisión de deslistar algún contenido o no. Es decir, deja en manos de un actor privado la decisión final sobre a qué información y a qué contenidos podemos acceder en internet.

A lo largo del artículo se intentará explicar por qué trasladar esos mismos criterios a nuestra legislación sobre responsabilidad de intermediarios puede presentar riesgos para la libertad de expresión y el acceso a la información.

Finalmente, y a partir de la presentación de distintos proyectos de ley sobre responsabilidad de intermediarios y de derecho al olvido que recogen los criterios del fallo europeo, haremos una serie de aportes y recomendaciones sobre cómo se deberían abordar estos temas en la legislación local a fin de garantizar el respeto a la libertad de expresión y al acceso a la información en internet.

\* Verónica Ferrari es Licenciada en Ciencias de la Comunicación de la Facultad de Ciencias Sociales (UBA). Es investigadora en los proyectos de la Iniciativa por la Libertad de Expresión en Internet (ILEI) y coordina la comunicación del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la información (CELE) de la Universidad de Palermo.

Daniela Schnidrig es abogada graduada de la Universidad Torcuato Di Tella. Es investigadora en la Iniciativa por la Libertad de Expresión en Internet (ILEI) del CELE.

\*\* Este trabajo se encuentra disponible bajo una licencia Creative Commons, Atribución-CompartirIgual 4.0 Internacional, <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>

<sup>1</sup> TJUE, “Google Spain, S.L., Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González”, sentencia del 13 de mayo de 2014. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=211837>

# RESPONSABILIDAD DE INTERMEDIARIOS

## Intermediarios en internet. ¿Qué son y cuál es su rol?

Los intermediarios son actores que hacen posible muchas de las actividades de nuestra vida cotidiana y, a la vez, definen la manera en las que las desarrollamos.<sup>2</sup> Según las teorías que abordan el tema de los intermediarios en general,<sup>3</sup> estos actúan como “guardianes” en tanto controlan y previenen ciertos comportamientos “indeseables”. Los intermediarios, entonces, aparecen como una alternativa en materia regulatoria para los Estados: el control se desplaza a estos espacios privados.

Para hablar específicamente de los intermediarios en internet, tomaremos las definiciones utilizadas en un reciente trabajo de UNESCO<sup>4</sup> realizado sobre la base de estudios de caso en diferentes países, y en el documento que sirvió de base para la elaboración de los Principios de Manila sobre responsabilidad de intermediarios.<sup>5</sup>

Siguiendo el trabajo de UNESCO, entendemos por intermediarios en internet a los “servicios que median las comunicaciones online y que permiten diversas formas de expresión en línea”.<sup>6</sup> Por su parte, el trabajo que sirvió de base para la elaboración de los Principios de Manila señala que los intermediarios son aquellos que “llevan a cabo o facilitan transacciones entre terceros en internet” ya sea porque dan acceso a, alojan, transmiten o indexan contenidos, productos y servicios generados por terceros.<sup>7</sup> los proveedores de servicios de conexión, los buscadores, las redes sociales, entre otros.

Argentina, al igual que gran parte de América Latina, se encuentra en un momento clave del debate sobre la regulación de internet en general y de qué forma deben ser regulados, en particular. A continuación, abordaremos los distintos tipos de responsabilidad que se les pueden aplicar y los inconvenientes que puede acarrear la falta de regulación adecuada y específica en la materia.

### Breve introducción a la regulación de intermediarios

En la sección anterior explicamos brevemente qué son los intermediarios en Internet, y cuáles son sus roles. En esta sección, analizaremos los distintos modelos de responsabilidad que se pueden aplicar a estos intermediarios.

*¿Qué significa “responsabilidad de intermediarios”? ¿En qué casos podría discutirse la responsabilidad del intermediario?*

Puede ocurrir que usuarios publiquen, compartan o diseminen contenidos que violen derechos de terceros. Por ejemplo, fotos de una persona sin su consentimiento.

Tomemos el caso de una persona que publica fotos de otra persona, sin su consentimiento. Esto representa una violación a la privacidad de quien aparece en las fotos. ¿Qué podría hacer esta persona damnificada? Sin dudas, podría reclamar al usuario que publicó la foto —por ejemplo, podría exigir que elimine la imagen e incluso podría demandar una compensación monetaria, en concepto de los daños sufridos—.

La persona que publicó la foto lo hizo a través de distintos intermediarios: el proveedor de servicios de internet, aquel que da alojamiento al sitio web y, probablemente, un buscador haya indexado la publicación en su motor de búsqueda. ¿Podría la persona damnificada reclamar algo a estos intermediarios? Ésta es la cuestión en debate cuando hablamos de la responsabilidad de los intermediarios.

<sup>2</sup> Cortés Castillo, Carlos, “Las llaves del ama de llaves: la estrategia de los intermediarios en Internet y el impacto en el entorno digital”, en: Bertoni, Eduardo Andrés (comp.), *Internet y Derechos Humanos. Aportes para la discusión en América Latina*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2014, p. 64. Disponible en: <http://www.palermo.edu/cele/pdf/InternetyDDHH.pdf>

<sup>3</sup> Ver, por ejemplo, los trabajos que cita Cortés Castillo en su artículo, como *Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy* de Reinier H. Kraakman y *A framework for identifying Internet information gatekeepers* de Emily Laidlaw.

<sup>4</sup> MacKinnon, Rebecca y otros, *Fostering Freedom Online. The Role of Internet Intermediaries*, UNESCO, 2014. Disponible (en inglés) en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002311/231162e.pdf>

<sup>5</sup> “The Manila Principles on Intermediary Liability Background Paper”, versión 0.9 9, 22, marzo de 2015. Disponible en: <https://www.eff.org/sites/default/files/manila-principles-background-paper-0.99.pdf>

<sup>6</sup> MacKinnon, Rebecca, y otros, *supra* nota 3, p. 21. (Traducción propia).

<sup>7</sup> *Supra* nota 4, p. 6. (Traducción propia).

Podemos distinguir cuatro modelos de responsabilidad de intermediarios: *la inmunidad absoluta, la responsabilidad objetiva, la responsabilidad subjetiva, y la responsabilidad condicionada*.<sup>8</sup> A continuación, describiremos brevemente cada modelo, explicando sus características y evaluando sus consecuencias positivas y negativas.

**Inmunidad absoluta:** bajo este régimen, ningún intermediario sería responsable por ningún tipo de contenido ilegal publicado o compartido por las personas a través de su servicio. El beneficio de este tipo de responsabilidad es el respeto por el derecho a la libertad de expresión: los intermediarios no temerán por su posible responsabilidad por los contenidos de terceros, por lo tanto no tendrán incentivos para monitorear, bloquear ni filtrar contenidos.

Sin embargo, este enfoque ha recibido críticas. Por ejemplo, algunos autores han señalado que la inmunidad absoluta causaría un desequilibrio con otros derechos, como la privacidad o la honra, ya que los intermediarios no tendrán ningún tipo de incentivo para filtrar contenidos violatorios de estos derechos.<sup>9</sup>

**Responsabilidad objetiva:** bajo este régimen, el intermediario siempre sería responsable por los contenidos que los usuarios expresen a través de ellos, sin importar si tuvo conocimiento de dichos contenidos. La única forma para el intermediario de librarse de responsabilidad sería monitorear contenidos constantemente, y filtrar o bloquear aquellos que considere que podrían llegar a ser ilícitos y que podrían comprometer su responsabilidad.<sup>10</sup>

Éste es el enfoque más restrictivo, y es duramente criticado porque puede violar la libertad de expresión. Un régimen de responsabilidad objetiva pone en manos del intermediario la decisión sobre la legalidad de los contenidos. Si el intermediario es responsabilizado por los contenidos de terceros, tenderá a filtrar y bloquear cualquier contenido que considere que eventualmente podría hacerlo responsable.

**Inmunidad condicionada:** bajo este régimen, el intermediario no será responsable, siempre y cuando cumpla con ciertas condiciones o requisitos. Se le ofrece al intermediario un “puerto seguro”, es decir, mientras cumpla con ciertos deberes concretos, no será responsable por contenidos ilegales de terceros.<sup>11</sup>

Hay distintas variantes del régimen de inmunidad condicionada. El modelo *notice and take down* —notificación y retiro— exige al usuario que considera que un contenido es ilegal que notifique al intermediario, para que éste, luego, filtre el contenido. Como explicaremos más adelante, este modelo es el que se aplica en el fallo de la justicia europea sobre el “derecho al olvido”.

En cambio, en el modelo *notice and notice* —notificación y notificación—, el usuario notifica al intermediario de la existencia de contenido ilegal, y éste a su vez deberá notificarlo a quien generó el contenido.

Este tipo de modelo de responsabilidad puede provocar la remoción excesiva de contenidos, afectando la libertad de expresión.

**Responsabilidad subjetiva:** bajo este régimen, debe analizarse la conducta del intermediario para definir si éste ha tomado todas las precauciones necesarias o ha sido negligente.

## El marco legal argentino sobre responsabilidad de los intermediarios. Análisis de la jurisprudencia local y sus inconsistencias

Argentina no tiene normativa específica sobre responsabilidad de intermediarios y, como veremos, esto representa un problema para la jurisprudencia.

Nuestro Código Civil vigente, así como el nuevo Código Civil y Comercial que entrará en vigencia en agosto de este año, establece dos regímenes de responsabilidad civil: responsabilidad subjetiva, y responsabilidad objetiva. Como no hay un régimen legal específico para aplicar en casos sobre responsabilidad de intermediarios, el Poder Judicial debe recurrir a estos principios generales de la responsabilidad civil a la hora de pronunciarse en estos casos. A continuación, describiremos muy brevemente algunas sentencias judiciales que ejemplifican esta situación.

<sup>8</sup> Véase, Meléndez Juarbe, Hiram A., “Intermediarios y Libertad de Expresión”, en: Bertoni, Eduardo Andrés (comp.), *Hacia una Internet libre de censura. Propuestas para América Latina*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2012, pp. 116-117. Disponible en: [http://www.palermo.edu/cele/pdf/internet\\_libre\\_de\\_censura\\_libro.pdf](http://www.palermo.edu/cele/pdf/internet_libre_de_censura_libro.pdf) y Cortés Castillo, Carlos, *supra* nota 1, pp. 74-83.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>10</sup> Mackinnon, Rebecca, y otros, *supra* nota 3.

<sup>11</sup> Cortés Castillo, Carlos, *supra* nota 1, p. 14.

Un caso es el del empresario Esteban Bluvo,<sup>12</sup> que demandó a Google cuando se enteró de la existencia de un blog con su nombre, creado por otra persona, que publicaba contenido agravante y que lo perjudicaba en su profesión. Con respecto a esta demanda, dos tribunales que intervinieron en el caso aplicaron regímenes de responsabilidad distintos.

El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda, y condenó a los buscadores a otorgar una indemnización sobre la base de la responsabilidad objetiva. Luego, el tribunal de segunda instancia revirtió la decisión y desestimó la aplicación de responsabilidad objetiva. La Cámara consideró que Google, en tanto intermediario, no debe responder de forma automática por conductas ilícitas de terceros y que, dada la inmensa cantidad de información que circula por internet, es imposible realizar un control previo de todo lo que se difunde.<sup>13</sup> Si bien el tribunal consideró que Google era responsable, lo hizo bajo un régimen subjetivo de responsabilidad. Es decir, analizó cuál fue la conducta del buscador —que, según el tribunal, en el presente caso había sido negligente—.

Otros casos emblemáticos son los de celebridades y artistas que demandan a buscadores. Por ejemplo, el caso *Da Cunha*, en el que una cantante demandó a los buscadores Google y Yahoo!. Da Cunha solicitaba el cese del uso de su imagen en sitios pornográficos, así como una indemnización por daños y perjuicios. La Cámara de Apelaciones se pronunció en el caso, aplicando un régimen subjetivo de responsabilidad, y señaló que el buscador podrá considerarse responsable cuando es notificado y no remueve el contenido.<sup>14</sup> Da Cunha apeló esta decisión, y la Corte Suprema rechazó el recurso. En relación a esto último, en la sección siguiente analizaremos en detalle las decisiones del máximo tribunal en este tipo de casos.

Otro de los ejemplos que muestra a las claras la problemática de la falta de regulación específica sobre responsabilidad de los intermediarios así como el desconocimiento de los tribunales en el tema, es el caso de una medida cautelar otorgada por un tribunal de primera instancia que ordenó a Google bloquear de sus resultados de búsqueda todos aquellos sitios que contuvieran el video de la actriz Florencia Peña manteniendo relaciones sexuales.<sup>15</sup> Este tipo de medidas son muy problemáticas para la libertad de expresión, ya que no apuntan a bloquear una URL definida, sino que ordenan el bloqueo de todas aquellas URL que tengan conectores alusivos al video. Esto puede resultar en la eliminación de contenido lícito, afectando así la libertad de expresión.

El fallo Carrozo, de diciembre de 2013, es otro ejemplo de una sentencia judicial contraria a la libertad de expresión. En este fallo la Cámara de Apelaciones ordenó que Google y Yahoo! compensaran a la modelo por el uso de su imagen en sitios pornográficos. En su sentencia, el tribunal aplicó un régimen objetivo de responsabilidad, porque consideró que los buscadores llevan a cabo una actividad riesgosa, lo cual los hace automáticamente responsables por los daños que puedan ocurrir.<sup>16</sup>

## Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre responsabilidad de intermediarios

En esta sección, analizaremos el caso “Rodríguez”<sup>17</sup> de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los estándares dispuestos por el máximo tribunal.

El de Belén Rodríguez es uno de los tantos casos en que distintas celebridades encuentran imágenes suyas en sitios pornográficos o de oferta sexual, se ven lesionadas en su honor e inician acciones legales contra los motores de búsqueda.

¿Qué es lo que solicitan en estos casos? En líneas generales, podemos distinguir entre dos peticiones comunes. En primer lugar, solicitan la eliminación de los contenidos que, alegan, violan sus derechos. En segundo lugar, la solicitud de una indemnización por los daños sufridos.

En el caso Rodríguez, la actora demandó a los buscadores Google y Yahoo! solicitando, por un lado, la eliminación de todos aquellos sitios web que la relacionaran con servicios de oferta sexual y, por otro lado, una indemnización por las

<sup>12</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “Bluvo, Esteban Carlos c / Google Inc. y otros s/ daños y perjuicios”, 5 de diciembre de 2012. Disponible en: [http://www.diariojudicial.com/documentos/2013-Marzo/Bluvo\\_c\\_Google\\_daxos\\_por\\_blog.doc](http://www.diariojudicial.com/documentos/2013-Marzo/Bluvo_c_Google_daxos_por_blog.doc)

<sup>13</sup> Ídem, p 4.

<sup>14</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “D. C. V. c/ Yahoo de Argentina SRL y otro s/ Daños y Perjuicios”, 10 de agosto de 2010.

<sup>15</sup> Peña María Florencia c/ Google s/ ART. 250 C.P.C. Incidente Civil -Expte. N° 35.613/2013 – Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 72.

<sup>16</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “Carrozo, Evangelina c/ Yahoo de Argentina SRL y otro s/ daños y perjuicios”, 10 de diciembre de 2013. Disponible en: [http://www.infojus.gov.ar/jurisprudencia/NV6830-carrozo\\_yahoo\\_danos-nacional-2013.htm;jsessionid=1vc3ebb7ztsu1nuv2ndnkvopq?0](http://www.infojus.gov.ar/jurisprudencia/NV6830-carrozo_yahoo_danos-nacional-2013.htm;jsessionid=1vc3ebb7ztsu1nuv2ndnkvopq?0)

<sup>17</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”, 28 de octubre de 2014. Disponible en: <http://bit.ly/1b4lxAl>

lesiones a su honor y por el uso indebido de su imagen.

La Cámara de Apelaciones decidió analizar la conducta de los buscadores —aplicando así un régimen subjetivo—, y concluyó que no hubo negligencia por parte de los éstos porque la actora nunca los intimó directamente para que removieran los contenidos, sino que inició acciones judiciales directamente. Sin embargo, la Cámara sostuvo que el uso de *thumbnails*<sup>18</sup> por parte de Google sí consistía en un uso no autorizado de la imagen de Rodríguez.

El caso, finalmente, llegó a la Corte Suprema de Justicia que — tras recibir *amicus curiae* y realizar audiencias públicas para escuchar la opinión de expertos en la materia<sup>19</sup>— se pronunció el 28 de octubre de 2014. En su fallo, la Corte cita instrumentos de organismos internacionales de derechos humanos, como el informe del Relator Especial de la ONU para la Libertad de Opinión y de Expresión<sup>20</sup> y la Declaración Conjunta de las Relatorías por la Libertad de Expresión de 2011,<sup>21</sup> y destaca que la libertad de expresión debe aplicarse también en internet.<sup>22</sup>

A continuación, analizaremos la posición de la Corte sobre distintas cuestiones:

- Respecto del pedido de la actora de aplicar responsabilidad objetiva: la Corte sostiene en su decisión que las leyes deben interpretarse de forma en que concuerden mejor con los derechos constitucionales. Ante la inexistencia legal de una obligación de los buscadores de supervisar y monitorear contenidos, lógicamente, no debería haber responsabilidad si no lo hacen. Además de ser injusto, esto daría a los intermediarios incentivos contrarios a la libertad de expresión, señala el máximo tribunal. En definitiva, concluye la Corte, aplicar un régimen de responsabilidad objetiva sería contrario a la libertad de expresión.<sup>23</sup>
- ¿Cuándo se responsabilizará al buscador? En los casos en que, teniendo efectivo conocimiento de la ilicitud de un contenido, no actúe diligentemente.<sup>24</sup>
- ¿Qué se entiende por “efectivo conocimiento”? La Corte responde a esta inquietud en forma de obiter —esto es, lo analiza como algo suplementario ya que no es necesario para decidir el caso en particular—, y se pregunta si es necesaria la notificación de una autoridad competente, o basta con la notificación privada.

En principio, aclara la Corte en su decisión, será necesaria la “notificación judicial o administrativa competente, no bastando la simple comunicación del particular que se considere perjudicado y menos la de cualquier persona interesada”.<sup>25</sup>

Sin embargo, señala la Corte, podría haber casos en los que, excepcionalmente, bastaría con una comunicación fehaciente del damnificado o de un tercero. El máximo tribunal se refiere a estos casos excepcionales como de “manifiesta ilicitud”, en los que la naturaleza ilícita es “palmaria y resulta directamente de consultar la página señalada”.<sup>26</sup> En estos casos excepcionales, sería necesario actuar de forma urgente, y esperar a una resolución judicial podría lesionar derechos.

- ¿Qué casos serían de “manifiesta ilicitud”? La Corte no establece una definición clara, sino que da algunos ejemplos como pornografía infantil, datos que faciliten la comisión de delitos, que pongan en peligro la vida o la integridad física de alguna o muchas personas, entre otros.

Este estándar, entendemos, resulta un poco confuso ya que la definición de algunos de estos casos puede ser demasia-

<sup>18</sup> Las imágenes pequeñas que se usan como vista previa de una página web.

<sup>19</sup> Es posible ver los videos de las audiencias en el sitio del Centro de Información Judicial: <http://www.cij.gov.ar/nota-13404-La-Corte-realiza-audiencia-p-blica-en-causa-por-responsabilidad-de-buscadores-de-internet.html>  
<http://www.cij.gov.ar/nota-13496-Finaliz--este-jueves-la-audiencia-p-blica-de-la-Corte-en-causa-por-responsabilidad-de-buscadores-de-internet.html>

<sup>20</sup> ONU, Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/66/290, 2011.

<sup>21</sup> ONU, Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión y otros, *Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet*, 2011.

<sup>22</sup> El fallo de la Corte no fue unánime. Los jueces Lorenzetti y Maqueda emitieron un voto en disidencia respecto de la posibilidad de garantizar acciones de tutela preventiva a fines de evitar que se produzca este tipo de casos, y respecto de la cuestión de los *thumbnails*.

<sup>23</sup> Considerando 16.

<sup>24</sup> Considerando 17.

<sup>25</sup> Considerando 18.

<sup>26</sup> Ídem.

do amplia. Entendemos que hay cuestiones que requieren atención y una reacción urgente como, por ejemplo, la protección de menores. Para estos casos excepcionales, sin embargo, entendemos que debería preverse un procedimiento judicial especial que contemple su gravedad y otorgue una respuesta expedita. De lo contrario, se estaría delegando en el buscador la decisión de qué es “manifiestamente ilícito” y qué no.

- ¿Qué criterio debe adoptarse respecto de los *thumbnails*? La Corte entiende que el *thumbnail*, respecto de la imagen original “subida” a una página de Internet, tiene una función de mero “enlace”. Es decir, los *thumbnails* dan una idea al usuario del contenido de la página para decidir si quiere o no acceder. La Corte, en su decisión, aclara que “la imagen original y el texto original —“subidos” a la página web— son responsabilidad exclusiva del titular de aquella, único creador del contenido”.<sup>27</sup> En conclusión, no se cuestiona que al creador del contenido pueda responsabilizársele por esa imagen, pero el buscador es un mero intermediario, no es creador de ese contenido, por lo tanto no debe atribuírsele responsabilidad.<sup>28</sup>
- Respecto del pedido de remoción de contenidos a través de una cautelar. La Corte enfatiza la prohibición de censura previa que establece el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y sostiene que toda restricción o limitación a la libre expresión debe ser de interpretación restrictiva ya que toda censura tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad. Este principio solo podría ceder ante cuestiones absolutamente excepcionales que, en el caso, no están dadas.

Unos meses más tarde, en diciembre, la Corte Suprema reforzó este precedente al resolver dos casos similares.<sup>29</sup> En ambas sentencias, la Corte se remitió a lo resuelto en el fallo Rodríguez y rechazó las peticiones de las actoras.

- ¿Esto significa que los intermediarios nunca podrán ser responsables? No. Esta es una confusión común, pero debemos hacer una distinción. El principio establecido por la Corte es que los intermediarios no pueden ser responsables por el contenido generado por terceros. Sí podrán ser responsabilizados por su propia conducta. Por ejemplo, si un intermediario recibe una orden judicial que ordene remover contenidos, y no lo hace, podrá ser responsabilizado, pero no será en virtud de los contenidos ilegales, sino en virtud de no acatar la orden judicial. En estos casos en particular, la Corte consideró que la conducta de los buscadores fue adecuada y, por eso, no los responsabilizó.

## Recomendaciones de algunos organismos intergubernamentales y de organizaciones de la sociedad civil

Varios organismos intergubernamentales de derechos humanos sostienen que la regla debe ser la irresponsabilidad del intermediario por contenidos generados por terceros. Las relatorías de libertad de expresión sostuvieron lo siguiente en su Declaración Conjunta de 2011:

“(...) ninguna persona que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet como acceso, búsquedas o conservación de información en la memoria caché deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de estos servicios, siempre que no intervenga específicamente en dichos contenidos ni se niegue a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando esté en condiciones de hacerlo (‘principio de mera transmisión’).<sup>30</sup> (El subrayado es nuestro)

Las relatorías se pronuncian, de esta forma, en contra de un régimen objetivo de responsabilidad en tanto señalan que “imponer la responsabilidad objetiva en esta materia equivaldría a desincentivar radicalmente la existencia de los intermediarios necesarios para que Internet conserve sus características en materia de circulación de información”.<sup>31</sup>

En definitiva, resume la Relatoría por la Libertad de Expresión de la OEA en su informe “Libertad de Expresión e Internet”,

<sup>27</sup> Considerando 20.

<sup>28</sup> Considerando 21.

<sup>29</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Da Cunha, Virginia c/ Yahoo de Argentina S.R.L. Y otro s/ daños y perjuicios”, 30 de diciembre de 2014. Disponible en: <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=718262>

Y Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Lorenzo, Bárbara c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”, 30 de diciembre de 2014. Disponible en: <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=718259>

<sup>30</sup> ONU, Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión y otros, *supra* nota 18, op. Cit, Punto 2 (a).

<sup>31</sup> *Ibid.*, párrafo 97.



los intermediarios no tienen —ni tienen que tener— la capacidad técnica para revisar contenidos ni tienen —o deben tener— el conocimiento jurídico necesario para identificar en qué casos un determinado contenido podría llegar a producir un daño dado que:

“(…) incluso si contaran con el número de operadores y abogados que les permitiera realizar este ejercicio, los intermediarios, en tanto actores privados, no necesariamente van a considerar el valor de la libertad de expresión al tomar decisiones sobre contenidos producidos por terceros que pueden comprometer su responsabilidad”.<sup>32</sup>

A su vez, otros organismos han elaborado recomendaciones sobre el tema, como UNESCO en el informe sobre el rol de los intermediarios y la libertad en internet antes mencionado.<sup>33</sup> Entre otras cosas, el informe señala que la adopción de leyes y la regulación sobre intermediarios deben ser consistentes con las normas internacionales de derechos humanos y que las normas y políticas regulatorias sobre intermediarios se deben desarrollarse consultando a todas las partes potencialmente afectadas —*stakeholders*—. Además, el informe enfatiza la importancia de la transparencia de los principios, normas y condiciones que regulan a los intermediarios (por ejemplo, publicar informes de transparencia), y pone énfasis en la importancia de proteger la privacidad de los usuarios para asegurar el pleno ejercicio de la libertad de expresión.<sup>34</sup>

Como mencionamos antes, en marzo de 2015 un grupo de organizaciones de la sociedad civil presentó y adoptó los Principios de Manila sobre responsabilidad de intermediarios.<sup>35</sup> La iniciativa buscó delinear una serie de principios que sirvan para la elaboración de leyes, regulaciones y políticas en materia de responsabilidad de los intermediarios por contenido publicado por terceros. Estos principios establecen que:

- Los intermediarios deben ser protegidos por ley de responsabilidad por el contenido de terceros
- No debe requerirse la restricción de contenidos sin una orden emitida por una autoridad judicial
- Las solicitudes de restricción de contenido deben ser claras, inequívocas, y respetar el debido proceso
- Las leyes, órdenes y prácticas de restricción de contenidos deben cumplir con los tests de necesidad y proporcionalidad.
- Las leyes, órdenes y prácticas de restricción de contenido deben respetar el debido proceso.
- La transparencia y la rendición de cuentas deben ser incluidas dentro de la normativa, políticas y prácticas sobre restricción de contenido.<sup>36</sup>

## DERECHO AL OLVIDO

### Derecho al olvido: definiciones

Si bien el concepto de “derecho al olvido” no es nuevo,<sup>37,38</sup> en los últimos años el debate a su alrededor fue ganando protagonismo, especialmente en Europa.

Esto es resultado, en gran medida, de una decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)<sup>39</sup> de mayo de 2014. En esta decisión, el TJUE —basado en el marco regulatorio en materia de datos personales de la Unión Europea—,

<sup>32</sup> Meléndez Juarbe, Hiram A., *supra* nota 7, p. 111. Sobre los roles e incentivos hacia los intermediarios, véase también, Cortés Castillo, Carlos, *supra* nota 1; Naciones Unidas, Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, *supra* nota 17, párrafo 42. Disponible en: [http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_s.aspx?m=85](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=85); y CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe “Libertad de Expresión e Internet”, 2013, párrafo 99.

<sup>33</sup> MacKinnon, Rebecca, y otros, *supra* nota 3.

<sup>34</sup> Ver todas las recomendaciones en las páginas 12 y 13.

<sup>35</sup> Ver <https://www.manilaprinciples.org/>

<sup>36</sup> Esta es una traducción propia de los Manila Principles.

<sup>37</sup> Carlos Cortés Castillo, siguiendo a Paul Bernal, señala que el origen del derecho al olvido hay que rastrearlo en el concepto del derecho francés *droit à l'oubli* y del italiano *diritto all'oblio*, que en términos generales, “se entienden como «el derecho a silenciar eventos pasados de la vida que ya no están sucediendo»”. Como crímenes que han ocurrido en el pasado y han prescrito. “Derecho al olvido: entre la protección de datos, la memoria y la vida personal en la era digital”, en: Bertoni, Eduardo Andrés (comp.), *Internet y Derechos Humanos. Aportes para la discusión en América Latina*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2014, p. 135. Disponible en: <http://www.palermo.edu/cele/pdf/InternetyDDHH.pdf>

<sup>38</sup> Véase también, Bernal, P.A., ‘A Right to Delete?’, *European Journal of Law and Technology*, Vol. 2, No.2, 2011, p. 1.

<sup>39</sup> TJUE, “Google Spain, S.L., Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González”, sentencia del 13 de mayo de 2014. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=211837>

decidió que Google y los motores de búsqueda en general son “responsables” por el tratamiento de los datos personales que aparecen en los sitios web.<sup>40</sup>

Es decir, de acuerdo con el fallo, una persona puede pedir que determinada información personal que es inadecuada, no pertinente, desactualizada o excesiva en relación con los fines para los que se recolectó sea removida de los resultados de las búsquedas,<sup>41</sup> siempre que no exista interés público.<sup>42</sup> Y el gestor de un motor de búsqueda, siguiendo con el fallo, está “obligado” a eliminarla.<sup>43</sup> Retomando la clasificación que hicimos antes, el modelo de responsabilidad de intermediarios que se estaría aplicando en este fallo del TJUE es el de “notificación y retiro”.

En realidad, más que del denominado “derecho al olvido”, esta decisión del tribunal europeo se trata de un “derecho a no ser indexado por el buscador”,<sup>44</sup> dado que la información que el usuario o la usuaria pretende “olvidar” no se borra, permanece en el sitio donde está alojada. El buscador no puede olvidarla ni borrarla, lo que ocurre es que la información será más difícil de acceder ya que se obliga al buscador a que no nos dirija a ese sitio.<sup>45</sup>

El “derecho al olvido”, según el fallo europeo: una mala solución

El debate que reseñamos brevemente en el apartado anterior se da en un marco de transformaciones tecnológicas que afectan a la privacidad y al control de nuestra información en línea. Como señala el informe elaborado por Frank La Rue, ex relator especial de la ONU para la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Expresión y Opinión, la expansión del uso de internet ha generado que preocupaciones válidas en torno a quién tiene acceso a determinada información personal, cómo se utiliza esa información, y si se almacena y por cuánto tiempo, se profundicen.<sup>46</sup>

Sin embargo, parafraseando al profesor Jonathan Zittrain, especialista en la materia de la Universidad de Harvard y uno de los fundadores del Berkman Center for Internet & Society, este “no tan nuevo derecho” constituye una solución pobre para un problema tan importante.<sup>47</sup>

Si bien el llamado fallo “Google Spain” no sienta jurisprudencia fuera de Europa, es problemático trasladar lineamientos similares a proyectos de ley en Argentina. A continuación, algunos de los problemas que traería trasladar esta “solución” a la europea:

- **Conflicto con derechos fundamentales como el acceso a la información y la libertad de expresión.** La decisión del tribunal europeo habla de la necesidad de buscar “un justo equilibrio” entre el derecho a la protección de datos personales y “el interés legítimo de los internautas potencialmente interesados en tener acceso a la información en cuestión”.<sup>48</sup> De todas formas, más adelante en ese mismo párrafo, señala que: “ciertamente, los derechos de esa persona [la que ve vulnerado su derecho a la privacidad por esos contenidos y pide al buscador ser “desindexada”] prevalecen igualmente, con carácter general, sobre el mencionado interés de los internautas”. A la hora de pensar en legislación en Argentina, hay que tener en cuenta las particularidades y diferencias entre el marco europeo de protección de datos personales, y el sistema interamericano de protección de derechos y su robusto hincapié en el fortalecimiento del derecho a la libre expresión. Trasladar el abordaje europeo al marco regulatorio argentino (y de América Latina, en general) por ejemplo, podría entrar en conflicto con la prohibición de censura previa contemplada en el artículo 13 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.<sup>49</sup> Si bien excede los objetivos de este trabajo, es un tema a tener en cuenta y que merece un análisis en profundidad a la hora de pensar en regulación en la materia.
- **Herramienta de censura en manos de privados.** Esta es de las cuestiones más preocupantes de la decisión del tribu-

<sup>40</sup> *Ibid.*, párrafos 83 y 85.

<sup>41</sup> *Ibid.*, párrafo 94.

<sup>42</sup> *Ibid.*, párrafo 81.

<sup>43</sup> *Ibid.*, párrafo 88.

<sup>44</sup> Bertoni, Eduardo, “The Right to Be Forgotten: An Insult to Latin American History”, *The Huffington Post*, 24 de septiembre de 2014. Disponible en: [http://www.huffingtonpost.com/eduardo-bertoni/the-right-to-be-forgotten\\_b\\_5870664.html](http://www.huffingtonpost.com/eduardo-bertoni/the-right-to-be-forgotten_b_5870664.html) La versión en español, “El derecho al olvido: un insulto a la historia latinoamericana”, puede ser consultada en e-BERTONI, el blog personal de Eduardo Bertoni: <http://ebertoni.blogspot.com.ar/2014/09/el-derecho-al-olvido-un-insulto-la.html>

<sup>45</sup> Véase también, “The Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten”, p. 4. Disponible en: <https://www.google.com/advisorycouncil/>

<sup>46</sup> Naciones Unidas, Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, *supra* nota 17, pp. 5-6.

<sup>47</sup> Debate “The U.S. should adopt the ‘right to be forgotten’ online”. Disponible en: <http://intelligencesquaredus.org/debates/upcoming-debates/item/1252-the-u-s-should-adopt-the-right-to-be-forgotten-online>

<sup>48</sup> TJUE, párrafo 81

<sup>49</sup> Artículo 13 - Convención Americana sobre Derechos Humanos <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=25&>

nal europeo. La persona interesada en eliminar un enlace de un buscador, según el fallo, puede presentar esas solicitudes directamente al gestor del motor de búsqueda, que deberá entonces examinar debidamente si son fundadas.<sup>50</sup> Es decir, esta “solución” deja en manos de actores privados —de Google y del resto de los buscadores— la decisión final sobre a qué información y a qué contenidos podemos acceder en internet. Una compañía termina ejerciendo un rol judicial<sup>51</sup> y, ni los usuarios ni los generadores del contenido son consultadas/os.<sup>52</sup>

- **Desincentivos económicos y en desmedro de los intermediarios más “pequeños”.** Este tipo de decisiones parecen difíciles de implementar para las empresas más pequeñas que actúan como intermediarios. A todas luces, una compañía como Google puede destinar tiempo y dinero a revisar los pedidos de desindexación. Pero, ¿qué ocurre si este tipo de decisiones obligan también a generadores de contenidos, otros buscadores y plataformas que no cuentan ni con los recursos ni el *staff* de asesores legales que las compañías más poderosas?

Como dijimos antes, el manejo de los datos personales y la privacidad en entornos digitales son cuestiones clave que merecen la debida atención y la búsqueda de soluciones balanceadas con respecto al ejercicio de otros derechos humanos fundamentales. El llamado “derecho al olvido” en los términos del fallo del tribunal europeo, desde nuestra perspectiva, aparece como una mala solución, una solución extrema para un problema tan complejo.

Como señala Carlos Cortés Castillo en su trabajo sobre el tema, este escenario obliga a buscar otras interpretaciones y otras posibles soluciones. Soluciones que apunten a mayor expresión y ejercicio de derechos, y no menos.<sup>53</sup>

Y en la resolución de este “problema”, como vimos a lo largo de este trabajo, los buscadores —y los intermediarios en general tienen un rol clave—. Son, en gran medida, quienes “resuelven” el problema. Incluso, con el riesgo de actuar como censores. En este sentido, y como expresamos en secciones anteriores, poner en manos del intermediario la decisión sobre si desindexar resultados de búsqueda o no a pedido de los usuarios, los pone en un rol de mucho poder y, si tenemos en cuenta que pueden enfrentarse a responsabilidad si incumplen con las peticiones, los intermediarios querrán evitar ese riesgo, y podrían transformarse en censores.

## Conclusiones y recomendaciones

A los fines de respetar los derechos humanos en internet, cualquier proyecto de legislación sobre responsabilidad de intermediarios o “derecho al olvido” debería:

- En principio, abordar —dada la complejidad de estos temas— la responsabilidad de los intermediarios mediante una regulación específica y no a través de marcos legales generales.
- No trasladar “soluciones” aplicadas en otros contextos a los proyectos de ley locales. La regulación de internet debería discutirse a la luz del marco establecido por el sistema interamericano de protección de derechos de derechos humanos.
- Asegurar que las decisiones sobre desindexación, bloqueo y remoción de contenidos estén en manos de una autoridad judicial, y no de organismos privados.
- Adoptar un régimen que otorgue inmunidad a los intermediarios por contenidos generados por terceros y establezca que éstos solo deben obedecer a órdenes de remoción o filtrado de contenidos emanadas de una autoridad judicial. El intermediario podrá ser responsable si incumple dicha orden, pero nunca debe ser responsabilizado por el contenido en sí —salvo que haya modificado o intervenido dicho contenido—.

<sup>50</sup> TJUE, “El gestor de un motor de búsqueda en Internet es responsable del tratamiento que aplique a los datos de carácter personal que aparecen en las páginas web publicadas por terceros”, Comunicado de prensa nº 70/14, 13 de mayo de 2014. Disponible en: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070es.pdf>

<sup>51</sup> *Supra* nota 40, p. 18.

<sup>52</sup> Floridi, Luciano, “Right to be forgotten: who may exercise power, over which kind of information?”, *The Guardian*, 21 de octubre. Disponible en: <http://www.theguardian.com/technology/2014/oct/21/right-to-be-forgotten-who-may-exercise-power-information> y “The Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten”, p. 17.

<sup>53</sup> Cortés Castillo, Carlos, *supra* nota 3, p. 148.

