

Foro, Revista de Derecho
ISSN: 1390-2466
revista.foro@uasb.edu.ec
Universidad Andina Simón Bolívar
Ecuador
Ecuador

Espinoza, María Gabriela
El derecho al olvido en la era digital. El caso de Google en España y El Tiempo en Colombia
Foro, Revista de Derecho, núm. 27, enero-junio, 2017, pp. 141-157
Universidad Andina Simón Bolívar Ecuador

Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=90075911008

Cómo citar el artículo
Número completo
Más información del artículo
Página de la revista en redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

FORO Revista de Derecho, No. 27,
ISSN 1390-2466 • UASB-E / CEN • Quito, 2017

El derecho al olvido en la era digital. El caso de Google en España y El Tiempo en Colombia

*María Gabriela Espinoza**

RESUMEN

La Corte Europea de Justicia en el caso Google *v.* España permitió que los datos personales, publicados por terceros, sean borrados de los índices de los buscadores cuando la información sea irrelevante, aunque esta no sea perjudicial e incluso a pesar de haber sido recogida de forma lícita. En el caso Gloria *v.* El Tiempo, la Corte Constitucional Colombiana, en cambio, llegó a una solución diferente aunque los hechos eran similares a los de Google España. Aquí se argumentará por la importancia de reconocer el derecho al olvido siempre que: i) la difusión de los datos personales sea perjudicial para el individuo, y ii) siempre que la información (o el sujeto) de los datos personales no sean de interés público. La inexistencia de este derecho puede congelar expresiones democráticas de los usuarios de internet y contribuye a la asimetría de poder que existe entre los individuos y los procesadores de información.

Palabras clave: derecho al olvido, libertad de expresión, privacidad, datos personales, Google, El Tiempo.

ABSTRACT

In the Google *v.* Spain case, the European Court of Justice allowed the deletion of personal data, published by third parties, from Internet search engines. Accordingly, personal data can be erased whenever the information is irrelevant –even if it is not harmful, although it is true and even if it has been legally obtained. In contrast, in the case Gloria *v.* El Tiempo, the Colombian Constitutional Court reached a different solution although the facts where similar to the Google Spain case. I will argue for the importance of recognizing the right to be forgotten whenever (i) the dissemination of personal data is harmful to the individual and (ii) as long as the the personal data is not of public interest. The non-existence of this right can chill democratic expressions on the Internet, and it might contribute to the

* Candidata a doctora, Universidad de los Andes, Bogotá.

asymmetry of power that exists between individuals and controllers or processors of information.

KEYWORDS: the right to be forgotten, freedom of expression, privacy, personal data, Google, El Tiempo.

FORO

Ireneo Funes, cuenta Borges, lo recordaba todo. Después de un accidente, Ireneo quedó tullido, pero en cambio adquirió una memoria ilimitada, infalible. Todo lo visto, pensado o sentido no podía borrársele. Decía: "más recuerdos tengo yo solo que los que habrán tenido todos los hombres desde que el mundo es mundo".[1] Funes murió a los 21 años de una congestión pulmonar, congestión que alude a los incesantes y minuciosos recuerdos que terminan por inundar y sofocar su mente.[2] En "Fragmentos sobre Joyce", Borges explica la naturaleza de Funes como un "precursor de los superhombres, un *Zarathustra* suburbano y parcial".[3] La monstruosa memoria de Ireneo lo ubica por fuera del reino humano, un espacio en donde habitamos todos aquellos que, a diferencia de Ireneo, tenemos la capacidad de olvidar. En ese mismo reino también está el internet que, como Ireneo, almacena ilimitadamente datos y carece de la capacidad humana de crear ideas generales y de pensar, porque para abstraer y categorizar es preciso suprimir las particularidades, ejercer la memoria afectada por el olvido y crear.

En 2012, la Corte Europea de Justicia reconoció en el caso Google *v.* España el derecho al olvido. Este derecho permite solicitar a los motores de búsqueda en internet la eliminación de información personal que haya sido publicada por terceros y que se encuentre en esos buscadores. Los motores de búsqueda, como Google, deben entonces proceder a desindexar de sus bases de datos la información que hayan capturado de las páginas de internet, como periódicos, blogs o revistas.

La inclusión de este nuevo derecho no ha pasado inadvertida. Un ring con defensores y detractores se ha venido construyendo a partir de este caso, y en el marco de discusiones sobre el tratamiento de datos personales en la era digital. A un lado del cuadrilátero, sus defensores consideran que el olvido –como característica humana–

1. Jorge Luis Borges, "Funes el memorioso", en *Ficciones* (Buenos Aires: Emecé, 1965), 22.
2. James Ramsey, "Sinécdoque y parasitismo literario en Borges y Joyce", *Literatura: teoría, historia, crítica*, No. 12 (2010): 106.
3. Ibíd., 106.

debe también trasladarse al mundo cibernético pues un derecho de esa naturaleza busca proteger el derecho a la privacidad, el honor y el control de los individuos sobre sus datos personales. Al otro lado, sus detractores consideran que la memoria infalible de internet protege y promueve derechos como la libertad de expresión, la historia o la memoria colectiva.[4]

Este artículo se alineará con la primera posición pero matizará el alcance de este derecho respecto de la ruta que la Corte Europea de Justicia, en el caso Google, trazó para su desarrollo. La Corte permite que los datos personales publicados por terceros sean borrados de los índices de los buscadores no solo cuando aquella información sea perjudicial para el sujeto de esos datos, sino además cuando la información sea irrelevante –aunque esta no sea perjudicial e incluso a pesar de haber sido recogida de forma lícita–. En cambio, aquí se defenderá la importancia de contar con un derecho de esa naturaleza siempre que: i) la difusión de los datos personales sea perjudicial para el individuo, ya sea en su privacidad, libertad o en la posibilidad de controlar sus propios datos personales; y ii) siempre que la información (o el sujeto) de los datos personales no sean de interés público. El ejercicio de este derecho, dentro de esos parámetros, afectaría de manera mínima a la libertad de expresión. Si la protección a la libertad de expresión se justifica en virtud de su función como medio para la formación de la opinión pública, y por lo tanto para profundizar y legitimar la democracia, entonces el almacenamiento y difusión de datos personales –que no son de interés público– por parte de los buscadores de internet no serían variables elementales que contribuyan a la formación de la opinión pública.

En la primera parte de este artículo se describirán los hechos que dieron lugar al Caso Google *v.* España. También se esbozarán los hechos del caso Gloria *v.* El Tiempo, sentencia T-277/15 de la Corte Constitucional Colombiana, que con hechos similares llegó a una solución diferente. Enseguida se analizarán y compararán críticamente ambos casos.

---

4. El índice de censura por ejemplo ha denunciado que el caso Google es "como marchar hacia una biblioteca y forzarla a retirar ciertos libros". Sin embargo, este argumento asume que el almacenamiento de los libros no tiene filtro alguno, que no se seleccionan o rechazan libros de acuerdo a los requerimientos de cada universidad. El cofundador de Wikipedia, Jimmy Wales, ha señalado que el derecho a ser olvidado es "profundamente inmoral [porque] la historia es un derecho humano". Información disponible en: Index on Censorship, "Index Blasts EU court ruling on 'right to be forgotten'", en *Index the voice of expression*, 13 de mayo 2014, ‹https://www.indexoncensorship.org/2014/05/index-blasts-eu-court-ruling-right-forgotten/›; Sophie Curtis y Alice Philipson, "Wikipedia founder: EU's Right to be Forgotten is 'deeply immoral' ", en *The Telegraph*, 6 de agosto de 2014. Disponible en ‹http://www.telegraph.co.uk/technology/wikipedia/11015901/EU-ruling-on-link-removal-deeply-immoral-says-Wikipedia-founder.html›.

En la segunda parte, se recreará el debate en torno al reconocimiento de este derecho, se explicará su pertinencia en el marco de la era digital, y finalmente se sugerirán algunos límites para su adecuada confección.

LOS CASOS PARADIGMÁTICOS

Google *v.* España

En 1997 Mario Costeja incurrió en deudas relacionadas con la Seguridad Social. Para saldarlas sus inmuebles fueron embargados, y para rematarlos el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales ordenó dar máxima publicidad a la subasta para conseguir la mayor concurrencia de licitadores.[5] El periódico *La Vanguardia* procedió a su publicación, y el proceso legal continuó hasta su finalización. Casi dos décadas más tarde, cuando un usuario introducía el nombre de Costeja en el motor de búsqueda de Google obtenía como resultado vínculos hacia dos páginas del periódico *La Vanguardia* en las que figuraba el anuncio de dicha subasta. En el año 2010, Costeja presentó un reclamo ante la Agencia Española de Datos (AEDP) en contra del periódico *La Vanguardia*, Google Inc., y Google España.

El reclamo formulaba dos peticiones: 1. Que se exigiese a *La Vanguardia* eliminar o modificar la publicación de tal manera que no apareciesen sus datos, o que se utilicen las herramientas facilitadas por los motores de búsqueda para proteger dichos datos. En efecto, los editores de internet (periódicos, blogs) pueden utilizar herramientas como "robots.txt",[6] que sirven precisamente para no indexar en los buscadores de internet cierta información que publican en sus páginas. De esta manera, el internauta solo puede acceder a esa información si va directamente a la página de internet, pero ya no a través de los motores de búsqueda. 2. Que se exigiese a Google España o Google Inc. la eliminación u ocultamiento de sus datos personales para que su nombre no esté ligado con los enlaces de *La Vanguardia*. Costeja argumentaba que el embargo había concluido hace años y carecía de relevancia actual.

La AEDP desestimó el reclamo en contra de *La Vanguardia*, pues consideró que la publicación tenía una justificación legal al haber sido ordenada por el Estado para

5. Corte Europea de Justicia, Google *v.* España, 13 de mayo de 2014.
6. Los robots son "arañas" o robots de indexación que funcionan como programas informáticos utilizados para rastrear y realizar un barrido del contenido de páginas web de manera metódica y automatizada. Google almacena temporalmente en servidores cuyo estado de ubicación se desconoce, ya que este dato es secreto por razones competitivas. Ver: ibíd., párrafo 41.

llevar a cabo una subasta. En cambio, aceptó el reclamo en contra de Google al considerar que los motores de búsqueda son responsables del tratamiento de datos personales y, como tales, están sometidos a la normativa en materia de protección de datos, particularmente la Directiva 95/46, que regula el uso y almacenamiento de datos personales en los países de la Unión Europea. En consecuencia, la AEDP ordenó la eliminación de los datos de Costeja de los motores de búsqueda de Google. Google España y Google Inc. apelaron la decisión ante la Audiencia Nacional, la cual a su vez suspendió el procedimiento y pidió una interpretación de la Corte Europea de Justicia acerca de los artículos 2.b y 2.d;[7] y los artículos 12[8] y 14,[9] de la Directiva 95/46.

---

7. Art. 2. Definiciones.- A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: b) "tratamiento de datos personales" ("tratamiento"): cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción; [...] d) "responsable del tratamiento": la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que solo o conjuntamente con otros determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales; en caso de que los fines y los medios del tratamiento estén determinados por disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales o comunitarias, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrán ser fijados por el Derecho nacional o comunitario.
8. Art. 12. Derecho de acceso.- Los Estados miembros garantizarán a todos los interesados el derecho de obtener del responsable del tratamiento: a) libremente, sin restricciones y con una periodicidad razonable y sin retrasos ni gastos excesivos: la confirmación de la existencia o inexistencia del tratamiento de datos que le conciernen, así como información por lo menos de los fines de dichos tratamientos, las categorías de datos a que se refieran y los destinatarios o las categorías de destinatarios a quienes se comuniquen dichos datos; la comunicación, en forma inteligible, de los datos objeto de los tratamientos, así como toda la información disponible sobre el origen de los datos; el conocimiento de la lógica utilizada en los tratamientos automatizados de los datos referidos al interesado, al menos en los casos de las decisiones automatizadas a que se refiere el apartado 1 del art. 15; b) en su caso, la rectificación, la supresión o el bloqueo de los datos cuyo tratamiento no se ajuste a las disposiciones de la presente Directiva, en particular a causa del carácter incompleto o inexacto de los datos; c) la notificación a los terceros a quienes se hayan comunicado los datos de toda rectificación, supresión o bloqueo efectuado de conformidad con la letra b), si no resulta imposible o supone un esfuerzo desproporcionado.
9. Art. 14. Derecho de oposición del interesado.- Los Estados miembros reconocerán al interesado el derecho a:

   a) oponerse, al menos en los casos contemplados en las letras e) y f) del art. 7, en cualquier momento y por razones legítimas propias de su situación particular, a que los datos que le conciernan sean objeto de tratamiento, salvo cuando la legislación nacional disponga otra cosa. En caso de oposición justificada, el tratamiento que efectúe el responsable no podrá referirse ya a esos datos; b) oponerse, previa petición y sin gastos, al tratamiento de los datos de carácter personal que le conciernan respecto de los cuales el responsable prevea un tratamiento destinado a la prospección; o ser informado antes de que los datos se comuniquen por primera vez a terceros o se usen en nombre de estos a

Las respuestas de la Corte, relevantes para este estudio, fueron dos:

1. La Corte determinó que las actividades que realizan los motores de búsqueda –localizar información, indexar y almacenar– pueden efectivamente entenderse como "tratamiento de datos personales", y por lo tanto los motores son "responsables" por dicho tratamiento, de acuerdo a los artículos 2.b y 2.d de la Directiva 95/46. Con esta premisa, la Corte Europea estableció que se puede pedir directamente a Google la retirada de sus índices de una información publicada por terceros, sin dirigirse previa o simultáneamente al titular de la página web en la que se ubica dicha información, y aun cuando la información que ahí repose sea legal.
2. La Corte estableció que los derechos que otorga la Directiva, en sus artículos 12 y 14 a solicitar la supresión y bloqueo de datos personales, así como la oposición para el tratamiento de esos datos, incluye el derecho a que el interesado pueda impedir a los buscadores la indexación de la información referida a su persona –publicada en páginas web de terceros– argumentando que no desea que esa información sea conocida por los internautas, ya sea porque considere que puede perjudicarle o cuando simplemente desea que sea olvidada, aunque se trate de una información publicada lícitamente por terceros.

El caso Gloria *v.* El Tiempo: sentencia T-277/15 de la Corte Constitucional Colombiana

Hace quince años, Gloria trabajaba como vendedora en una agencia de viajes. Ella vendió boletos aéreos a un comprador, quien resultó estar relacionado con una red de trata de personas. Debido a esas transacciones, la Fiscalía vinculó a Gloria en un proceso penal, del cual resultó exonerada debido a la prescripción de la acción penal. La existencia de esta red y la captura de Gloria fueron publicados por el periódico *El Tiempo*, noticia que hasta la fecha de la interposición del recurso de hábeas data por parte de la actora todavía seguía disponible en internet. La noticia no hacía alusión a la exoneración de Gloria, quien argumenta que dicha información le "somete a tener un registro negativo ante la sociedad, lo que a su vez le genera traumatismos a ella y su familia para desarrollar actividades en su vida diaria, como la realización de trámites

---

efectos de prospección, y a que se le ofrezca expresamente el derecho de oponerse, sin gastos, a dicha comunicación o utilización. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar que los interesados conozcan la existencia del derecho a que se refiere el párrafo primero de la letra b).

ante entidades financieras o la búsqueda de empleo".[10] Alegaba que se vulneraba sus derechos a la honra, el buen nombre y la intimidad pues la publicación no informaba que no fue vencida en juicio debido a la prescripción de la acción.

Gloria solicitó la eliminación de esa noticia, pero *El Tiempo* señaló que la eliminación no tenía lugar toda vez que la noticia era veraz e imparcial. La actora entonces solicitó, mediante tutela, que se ordene a *El Tiempo* bajar y borrar de todos los buscadores cualquier información negativa relacionada con la supuesta comisión del delito de trata de personas. El caso llegó al conocimiento de la Corte Constitucional; se enfatizará en las respuestas que la Corte dio respecto de: quién es el responsable de la información personal; si la publicación e indexación a Google vulnera los derechos fundamentales de Gloria; y, de ser el caso, cuál sería el remedio.

La Corte Constitucional se pronunció primero acerca de si los motores de búsqueda pueden ser responsables del tratamiento de datos personales. Así, contestó negativamente, al interpretar un informe de la Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ubicó a los motores de búsqueda como *meros transmisores* que ofrecen acceso y búsqueda de información, sin ser responsables de los contenidos generados por terceros. Con esto, el análisis se centró en la responsabilidad de El Tiempo y el alcance del derecho al hábeas data. El razonamiento de la Corte giró en torno a la veracidad, precisión o falsedad de la información a fin de permitir su eliminación o su rectificación. Estimó que en el caso, hay una coalición de derechos fundamentales: por un lado los derechos a la libertad de expresión de *El Tiempo* y a la información de toda la sociedad, y, por el otro, los derechos a la honra y al buen nombre de Gloria.[11]

La Corte Constitucional colombiana finalmente señaló que la noticia es incompleta, y que la falta de actualización, más el tiempo por el cual la información ha estado disponible, generó que el hecho público no estuviera protegido por el derecho a la información, consecuentemente vulnerando los derechos a la honra y al buen nombre de Gloria. La Corte Constitucional estableció que si bien la rectificación de la información sería el remedio correspondiente, no es suficiente pues el largo tiempo por el cual la información estuvo disponible sometió a Gloria a un duro señalamiento público que pudo haber vulnerado otras garantías, como el derecho al trabajo. El remedio entonces consistió en ordenar al medio de comunicación –y no a los motores de búsqueda– hacer uso de las herramientas técnicas como "robots.txt" para evitar que los buscadores accedan a la noticia que narra la captura y el procesamiento de la accionante.

---

10. Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-277/15, 12 de mayo de 2015.
11. Ibíd, párrafo 9.1.

Comparación y comentario

La responsabilidad de los motores de búsqueda

Los buscadores, como intermediarios de la información, no producen datos, sino que su actividad consiste en localizar información publicada por terceros en internet, indexarla automáticamente, almacenarla temporalmente y difundirla o ponerla a disposición de la usurarios de internet según un orden de preferencia determinado. La Corte Europea señaló que, cuando esas actividades incluyen datos personales, existe un *tratamiento* de datos personales por parte del buscador. El paso importante que dio la Corte Europea de Justicia fue calificar como *responsable* de ese tratamiento a Google.[12] La Corte Colombiana, en cambio, enmarcó la responsabilidad solo dentro de actividades que tienen que ver con la generación del *contenido* de la información y no por su localización y difusión. Para la Corte Colombiana, las actividades de difusión y transmisión colocan a Google como mero transmisor de datos, que, no obstante, de acuerdo con la Corte, le permiten a Google jugar un papel indispensable y protagónico en garantizar la libertad de expresión en internet. Resulta extraño, sin embargo, que frente a este gran papel que juegan los buscadores como Google, la Corte Constitucional colombiana no le asigne ninguna responsabilidad respecto del manejo de los datos personales. La Corte presupone que Google no los maneja debido a que solo cumple con el deber de transmitirlos. En consecuencia, el papel de estos buscadores fue valorado por ambas Cortes pero la contrapartida de sus responsabilidades fue concebida de manera distinta.

La Corte Europea abordó el papel decisivo de Google en la difusión global de datos y la facilitación al acceso por parte de los usuarios que, de no contar con este buscador, no podrían conocer dicha información. Como contrapartida, enfatizó que existen riesgos asociados con la información de datos personales que se difunden, especialmente debido a que la actividad de Google equivale a acceder a una lista sobre diferentes aspectos de la vida de una persona. Este acceso es lo que permite al internauta tener una idea más o menos estructurada de quién es el individuo.[13] En esa medida, para la Corte Europea, las responsabilidades de Google y de los editores de

12. De acuerdo a la Directiva 95/46, el responsable del tratamiento de datos personales es quien "solo o conjuntamente con otros determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales". Los medios vendrían a ser los instrumentos digitales que utilizan para localizar, almacenar y difundir los datos personales; y el fin de los datos: el esparcimiento de la información con fines, particularmente económicos.
13. Corte Europea de Justicia, Google *v.* España, párrafo 33.

internet son diferentes. Mientras que los editores de las páginas de internet pueden mostrar una noticia de esa persona, no pueden evitar por otro lado el *esparcimiento* de esa información y su subsecuente reinterpretación por parte de otros editores. Asimismo, Google, a diferencia de los editores, tiene como fin arrojar todos los resultados posibles sobre una misma búsqueda. Este efecto multiplicador de la información, propio de los motores de búsqueda, fue reconocida por la Corte colombiana como una virtud de internet, como una garantía de la libertad de expresión y la democracia, sin embargo, no midió los riesgos inherentes a esa actividad, ni diferenció entre los daños que puede generar *la difusión* multiplicada de la información de datos personales y *el contenido* de las páginas de internet.

Por eso el remedio de las Cortes es diferente. La Corte Europea consideró que no es suficiente con que sea el propio editor de internet quien directamente desindexe su página de los buscadores de Google. Este fue, en cambio, el remedio que adoptó la Corte colombiana al reconocer únicamente la responsabilidad, en virtud del contenido, por parte de los editores de internet. Para la Corte Europea de Justicia, Google puede afectar de manera *adicional* y significativa los derechos fundamentales de respeto a la vida privada y a la protección de datos personales, no por el contenido de la información, sino por el efecto multiplicador de la difusión. En cambio, para la Corte constitucional colombiana, permitir que sea Google quien desindexe directamente las páginas de internet sería una forma de "censura previa",[14] prohibida por los principios de libertad de expresión, aplicables también a internet.

La Corte Constitucional señaló dos motivos por los cuales el remedio europeo no es factible. Primero, porque la desindexación de las bases de datos de Google también permite que la noticia sea accesible si se conoce la dirección exacta del sitio web, lo cual expondría de todas formas los derechos al buen nombre de la actora.[15] Aunque esto es cierto, el remedio que adoptó la Corte colombiana sigue permitiendo este acceso, pues no está ordenando la eliminación de la información de esa página. No obstante, al permitir que el periódico sea el que desindexe, no evita la propagación de otras páginas de internet que contengan esa misma información, con lo cual ahonda la violación a esos derechos. Segundo, permitir que sean los buscadores quienes eliminen la información equivaldría, según la Corte colombiana, a violar la libertad de expresión y el principio de neutralidad que garantizan el acceso a internet en condiciones de igualdad para todas las personas. Aunque esta consideración es acertada, la Corte no analizó: por un lado, en qué medida la eliminación de esta información, a partir de la naturaleza personal de esos datos y la función de Gloria en la vida pública,

14. Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-277/15, párrafo 9.8.2.
15. Ibíd., párrafo 9.8.2.

pueden aumentar o disminuir el espacio democrático en internet; y, por otro lado, cuál es el beneficio de los internautas de acceder a esa información frente a la violación de los derechos de Gloria por la difusión masiva de esos datos. Parecería que tratándose de este tipo de datos personales, la violación a los principios que la Corte Constitucional colombiana intenta salvaguardar es mínima en relación con la violación adicional que Gloria sufre en los derechos mencionados. Adicionalmente, la Corte indicó que la posibilidad de que sean los buscadores quienes eliminen la información implica la existencia de controles previos o de censura, aún a pesar de que las solicitudes en el caso de Gloria y en el caso de Google España fueron posteriores a la publicación de la noticia.

El alcance del derecho a la eliminación de la información

El control de los datos personales puede incluir: la actualización, la rectificación o la eliminación de los datos. Esto a su vez depende del tipo de datos que se trate, del daño que cause, de su licitud (o veracidad) y de su relevancia. La respuesta de ambas Cortes también difirió en este punto. La Corte Europea, presuponiendo la responsabilidad de los motores de búsqueda, dio aquí el paso decisivo para la configuración del derecho al olvido: el usuario puede pedir la eliminación de su información personal publicada por terceros cuando le resulte perjudicial o cuando simplemente quiera que la información ya no se difunda, pues es irrelevante; es decir, cuando quiera que la información sea olvidada tras un período de tiempo después del cual aquella no es útil, incluso si la información es verdadera y no es perjudicial para el usuario. Para la Corte colombiana, en cambio, la posibilidad de controlar los datos personales solo existe en el caso de que la información sea inexacta, incompleta o falsa. Lo que quiere decir que, si la información es verdadera, el individuo no tendría el derecho a la eliminación de sus datos.

La Directiva europea 46/95, cuyo objeto es la protección de los datos personales, establece que los responsables deben garantizar que el tratamiento de los datos sea: a) leal; b) recogidos con fines determinados; c) explícitos y legítimos, adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben; d) exactos y, cuando sea necesario, actualizados; y f) conservados en una forma que permita la identificación de los interesados durante un período no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos.[16] Para el estándar colombiano la eliminación de

16. Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea, *Directiva 46/95/CE*, 24 de octubre de 1995, art. 6.

los datos solo procedería en el caso de la letra d); es decir, cuando no sean exactos o cuando la información sea falsa y genere una violación a los derechos fundamentales. En el caso europeo, en cambio, la Corte de Justicia configuró el derecho al olvido enfatizando que el derecho de eliminación de los datos no presupone que la inclusión de la información en cuestión en la lista de resultados cause un perjuicio al interesado[17] y se puede solicitar cuando el tratamiento de los datos no haya respetado cualquiera de los literales indicados. En otras palabras, el usuario puede pedir la eliminación de la información si resulta irrelevante con el paso del tiempo, inclusive si no hay perjuicio alguno.

En esta parte, el razonamiento de la Corte es poco detallado especialmente porque, en el caso en cuestión, Costeja solicita la eliminación en virtud de la violación a sus derechos a la privacidad y al honor. La Corte Europea da un paso más y reconoce la posibilidad de eliminar información personal a la luz de más presupuestos y sin que medie daño alguno. El derecho al olvido, sin embargo, tampoco es ilimitado. El tratamiento de esos datos no solo debe violar los requisitos establecidos en los literales que anteceden (licitud, relevancia...), sino que además se debe demostrar que no hay una razón legítima que justifique su tratamiento. La Corte Europea no encontró una razón suficiente para no eliminar la información de los buscadores. Por un lado, la publicación ya cumplió con el interés para el cual fue concebido. Por otro lado, aunque reconoció que algunos internautas podrían beneficiarse de esa información, explicó que la naturaleza de los datos y el papel que desempeña en la vida pública el señor Costeja no justifican la violación a la privacidad y la protección de los datos personales.

El razonamiento de la Corte colombiana en este punto es similar pero se restringe al daño que ocasiona el contenido de la noticia, y no a su difusión. Para justificar su decisión la Corte hace alusión a la naturaleza del crimen y las consecuencias sociales. Señala que:

> La conducta por la cual se investigó y procesó al accionante, la trata de personas, es un delito que, a diferencia de otros, recibe un rechazo especialmente grave por parte de la comunidad, por lo que para una persona el simple hecho de haber estado relacionado con una investigación penal por este delito puede tener serias repercusiones en sus relaciones personales, familiares y laborales.[18]

Por ello, ordena que sea el periódico el que evite que los buscadores de internet accedan a la noticia que narra la captura y procesamiento de la accionante por el delito de trata de personas, pues a su entender es la solución que mejor equilibra los

17. Corte Europea de Justicia, Google *v.* España, párrafo 96.
18. Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-277/15, párrafo 9.8.3.

principios constitucionales en tensión. Por lo tanto, la Corte colombiana permite que los periódicos no indexen información personal a los buscadores siempre que esa información sea inexacta y que vulnere los derechos fundamentales de las personas. La Corte Europea, en cambio, permite que los buscadores eliminen cualquier información asociada con el nombre del individuo cuando esa información no solo sea inexacta, sino también irrelevante y aun cuando no haya vulneración a los derechos fundamentales. Es precisamente, la inexistencia del daño lo que parecería desconfigurar el balance entre los derechos a la privacidad y la libertad de expresión.

RECREANDO EL ALCANCE Y LA NECESIDAD DEL DERECHO AL OLVIDO EN EL CONTEXTO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA PRIVACIDAD

Antes que el derecho al olvido viera la luz en la sentencia de la Corte Europea, ya tenía raíces intelectuales en Francia, donde se había reconocido un *droit à l'oubli* a favor de los criminales convictos que ya habían servido su condena. Dicho derecho les permitía objetar publicaciones de los hechos sobre su pena y encarcelamiento. Los mismos presupuestos, sin embargo, son tratados de manera radicalmente opuesta en Estados Unidos, donde la publicación del pasado criminal está protegida por la Primera Enmienda.[19] El reconocimiento de este derecho a nivel europeo, y aplicado al espacio cibernético, ha provocado un debate entre "preservasionistas" y "suprimistas".[20] Los primeros creen que el internet ofrece la más verdadera y comprehensiva historia de la humanidad que jamás haya sido recolectada, y sienten un deber hacia las futuras generaciones de preservar de manera intocada los legados digitales; asimismo, consideran que borrar la información de internet es la mayor amenaza a la libertad de expresión cuando la información ha sido recogida de manera legal y cuando es verdadera, aunque resulte perjudicial. Los segundos, en cambio, argumentan que internet debe aprender a olvidar para poder preservar valores sociales que son vitales; además, señalan que la cultura humana no puede manejar una memoria absoluta sin amenazar a la dignidad y a la privacidad de las personas y sin crear un sociedad abierta, pero opresiva en el espacio cibernético.[21]

---

19. Jeffrey Rosen, "The Right to be Forgotten", *Stanford Law Review* (2012). Disponible en ‹https://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox-the-right-to-be-forgotten/›.
20. Meg Leta Ambrose, Nicole Friess y Jill Van Matre, "Seeking Digital Redemption: The future of forgiveness in the Internet Age", *Santa Clara & High Tech. L.J.*, vol. 29 (2012): 112.
21. Ibíd., 112.

Ahora bien, en internet ya se elimina información de todo tipo. Algunos estudios en la persistencia de la información en internet han demostrado que una cantidad significativa de datos desaparece cada día.[22] Más interesante para los propósitos de este artículo es la arquitectura del internet y el alcance de este derecho. Peter Fleischer ha identificado tres escenarios de eliminación de los datos personales que varían según la intensidad a la libertad de expresión. El primero, en donde el dueño de la información sube por sí mismo sus datos –como fotos a Facebook– y luego puede eliminarlos; un servicio que casi todas las plataformas de este tipo ya proveen y que demuestra que un internet sin agujeros de información no es posible. El segundo escenario, en donde el individuo sube información personal, y luego es copiada por otra persona en otro sitio; aquí se presentan algunas dificultades respecto de quién es el dueño de la información y el hecho de que la eliminación dependería de la voluntad de terceros.[23] Finalmente, el escenario más polémico, en donde otros publican información personal de un individuo y este solicita a los intermediarios de internet que eliminen dicha información.[24] Es aquí, frente a la contemplación de Google y otros buscadores, que actuarían como jueces de lo que se elimina o no, en donde los críticos del derecho al olvido trazan la línea. El argumento es que los buscadores no producen el contenido, sino que lo difunden. Según los críticos, el rol que juega Google en mantener la neutralidad de la web se vería socavado al entregarles un poder de censura. Sin embargo, el rol de los buscadores no es necesariamente neutral ni tampoco permite un flujo absoluto y libre de información. Los buscadores poseen un cierto control de la información: arrojan resultados después de filtrar la información a partir de un orden de preferencias, generalmente, comerciales. Además, Google y otros buscadores ya tienen mecanismos para remover contenido ilegal o inaceptable, algunos países utilizan la propiedad intelectual para eliminar información dañosa, como el caso de la pornografía infantil o la venganza pornográfica.[25]

Borrar la información personal de internet ha sido criticado también por chocar contra el acceso a datos de interés público.[26] Qué tipo de información es de inte-

---

22. Ravi Antani, "The resistance of memory: Could the European Union's right to be forgotten exist in the United States?", *Berkeley Technological Law Journal*, No. 30 (2015): 1206.
23. Por ejemplo el famoso caso de Da Cunha en Argentina. Ver: Edward Carter, "Argentina's Right to be Forgotten", *Emory International Law Review*, No. 27 (2016): 23-39.
24. Peter Fleicher, "Foggy Thinking about right to oblivion", *Peter Fleicher: Privacy...?* Disponible en ‹http://peterfleischer.blogspot.com/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html›.
25. Peter Fleicher, "The right to be forgotten or how to edit your history", *Peter Fleicher: Privacy...?* Disponible en ‹http://peterfleischer.blogspot.com/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html›.
26. James Balle, "EU's right to be forgotten: Guardian articles have been hidden by Google", *The Guar-*

rés público es un estándar que se debe desarrollar jurisprudencialmente y que debe atender a preguntas como: ¿La eliminación de la información afecta un interés de la comunidad o solo un interés individual? ¿Es necesaria para la formación de la opinión pública? ¿Su conocimiento por parte de las autoridades puede mejorar la situación de la comunidad?

El derecho al olvido debe pues, reservarse para cuestiones que afectan a la privacidad individual y no inciden en la generación y el flujo de información pública. Los datos de figuras públicas o los crímenes de naturaleza sexual tendrían una presunción fuerte de ser conocidos por parte de toda la comunidad. Por información personal uno podría pensar en fotos embarazosas, artículos de periódico, comentarios que capturan posiciones políticas polémicas o poco populares. La posibilidad de que esa información permanezca perennemente en la web, de que los individuos no puedan escaparse de su pasado, tiene dos efectos importantes.

Primero, afecta a la autonomía y a la libertad personal. Si hay pocas regulaciones en internet, si no es posible eliminar de los buscadores datos personales que no contribuyen al debate púbico, entonces es probable que los individuos tengan miedo a expresarse libremente porque su información y sus acciones estarían a disposición de todos. En otras palabras, habría un congelamiento de las expresiones democráticas. Por supuesto, si hay muchas regulaciones todas las acciones de un individuo se excluirían del reino de lo público y eso afectaría al libre flujo de ideas; es lo que Post denomina "la paradoja del discurso público".[27] Encontrar el balance dependerá, al fin, del contexto y de la valoración que cada cultura constitucional asigne a uno y otro principio.

No obstante, lo que está en juego con el reconocimiento del derecho al olvido no es el contenido político de la información, sino la *difusión de información personal* de gente común y corriente. Las deudas públicas de Costeja, por ejemplo, son una información vergonzosa que, tras más de una década, dice poco acerca de su carácter. Como señala Posner, "la privacidad nos permite experimentar, cometer errores y comenzar de nuevo si lo arruinamos. Nos permite reinventarnos [tener] segundas oportunidades...". [28] En efecto, la posibilidad de ser condenados por los errores del pasado puede traer consecuencias dañinas para el proyecto de vida de un individuo.

---

dian, 2 de julio de 2014. Disponible en ‹https://www.theguardian.com/commentisfree/2014/jul/02/eu-right-to-be-forgotten-guardian-google›.

27. Robert Post, "The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and Hustler Magazine *v.* Falwell", *Harvard Law Review*, No. 103 (1990): 640.
28. Eric Posner, "We all have the right to be forgotten", *Slate*, 14 de mayo de 2014. Disponible en ‹http://

Segundo, evitar que internet olvide afecta el control que los individuos puedan tener sobre sus datos personales, con lo cual también se socava la posibilidad de tomar decisiones autónomamente respecto de cuestiones vitales. En efecto, controlar los datos personales no solo es importante en el contexto de la protección a la privacidad, sino también en un contexto de asimetría de poder entre los individuos y los procesadores de información. Orla ha señalado que la asimetría de poder genera dificultades a los individuos a la hora de establecer la posibilidad de que la entrega de su información pueda ser potencialmente dañosa, o el hecho de que cuando eso ocurre es difícil hacer responsables a quienes procesaron la información.[29] Entregar a los individuos el control sobre sus datos parece ser una forma de equilibrar esta relación de poder.

Por último, el reconocimiento del derecho al olvido debe presuponer la existencia de un daño a la privacidad, al control de los datos, o a la libertad personal. Google *v.* España diluye este presupuesto. Al hacerlo, la Corte Europea se despoja del elemento que hace posible la reconciliación del derecho al olvido con el discurso público necesario para la legitimación democrática.[30] En consecuencia, si la información no causa ningún daño, eliminar información de la web provocaría una violación injustificada a la libertad de expresión. El derecho al olvido profundiza la protección a la privacidad, pues permite que la información personal sea menos pública y, por tanto, disminuye los efectos negativos en la vida de los individuos. Sin embargo, el ejercicio de este derecho debe ser confeccionado de manera correcta a fin de maximizar el potencial expresivo del internet y aquietar la ansiedad relacionada a una existencia totalmente expuesta o absolutamente inhibida en la red.[31]

CONCLUSIÓN

Las experiencias de Google España y de *El Tiempo* ayudan a comprender que la difusión y almacenamiento de los datos personales en internet debe ser considerado y cautelosamente regulado. Mientras que la difusión es fundamental para profundizar la democracia, como argumenta la Corte Constitucional colombiana, la difusión ili-

---

www.slate.com/articles/news_and_politics/view_from_chicago/2014/05/the_european_right_to_be_forgotten_is_just_what_the_internet_needs.html›.

29. Lynskey Orla, "Deconstructing Data Protection: The 'Added-Value' of a right to data protection in the EU legal order", *International and Comparative Law Quarterly*, No. 63 (2014): 522.
30. Robert Post, "News on the Web: Google Spain, the Right to Be Forgotten, and Personal Data". Ponencia presentada en el Faculty Workshop, New Haven, 17 de octubre de 2016, 19.
31. Ambrose, Friess y Van Matre, "Seeking Digital Redemption: The future of forgiveness in the Internet Age", 113.

mitada de los datos personales puede conllevar también a la autocensura, al congelar expresiones democráticas de individuos temerosos de que sus opiniones o actividades no puedan ser nunca olvidadas, siendo por lo tanto más cuidadosos a la hora de expresar libremente lo que piensan, absteniéndose de expresarlo del todo. En esta medida, tal como argumenta la Corte Europea, cuando la información de un individuo permanece ilimitadamente en los buscadores, puede incidir negativamente en las posibilidades de su desarrollo vital: en encontrar un trabajo, acceder a financiamiento, tener capital social, entre otras.

Sin embargo, el alcance que dio la Corte Europea al derecho al olvido es muy vasto y podría afectar desproporcionadamente a la libertad de expresión pues elimina la posibilidad de que para remover la información personal exista de por medio un daño al individuo. No obstante, el libre flujo de ideas y de información presupone espacios deliberativos, en donde la información no es dañina para los individuos o –si lo fuera– sea necesaria en función de su importancia pública. Por lo tanto, eliminar el daño como requisito para la eliminación de la información perjudica la arquitectura misma de la libertad de expresión en sociedades democráticas.

Finalmente, el reconocimiento del derecho al olvido es un imperativo porque aunque el internet sea un espacio democrático, en las sociedades actuales la relación entre los procesadores y controladores de datos personales y los dueños de esos datos no lo es. La asimetría de poder entre ambos actores podría impedir que personas ordinarias, usuarias de internet, no puedan pedir la remoción de sus datos. El derecho al olvido ayudaría a restablecer un balance gracias a que le entrega al usuario un mayor control sobre sus datos personales.

BIBLIOGRAFÍA

Ambrose, Meg Leta, Nicole Friess y Jill Van Matre. "Seeking Digital Redemption: The future of forgiveness in the Internet Age". *Santa Clara & High Tech. L.J.*, vol. 29 (2012).

Antani, Ravi. "The resistance of memory: Could the European Union's right to be forgotten exist in the United States?". *Berkeley Technological Law Journal*, No. 30 (2015).

Balle, James. "EU's right to be forgotten: Guardian articles have been hidden by Google". *The Guardian*. 2 de julio de 2014. Disponible en ‹https://www.theguardian.com/commentisfree/2014/jul/02/eu-right-to-be-forgotten-guardian-google›.

Borges, Jorge Luis. "Funes el memorioso". En *Ficciones*. Buenos Aires: Emecé, 1965.

Carter, Edward. "Argentina's Right to be Forgotten". *Emory International Law Review*, No. 27 (2016).

Curtis, Sophie, y Alice Philipson. "Wikipedia founder: EU's Right to be Forgotten is 'deeply immoral' ". En *The Telegraph*, 6 de agosto de 2014. Disponible en ‹http://www.telegraph.

co.uk/technology/wikipedia/11015901/EU-ruling-on-link-removal-deeply-immoral-says-Wikipedia-founder.html›.

Fleicher, Peter. "Foggy Thinking about right to oblivion". *Peter Fleicher: Privacy...?* Disponible en ‹http://peterfleischer.blogspot.com/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html›.

---. "The right to be forgotten or how to edit your history". *Peter Fleicher: Privacy...?* Disponible en ‹http://peterfleischer.blogspot.com/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html›.

Index on Censorship. "Index Blasts EU court ruling on 'right to be forgotten' ". En *Index the voice of expression*. 13 de mayo de 2014. Disponible en ‹https://www.indexoncensorship.org/2014/05/index-blasts-eu-court-ruling-right-forgotten/›.

Orla, Lynskey. "Deconstructing Data Protection: The 'Added-Value' of a right to data protection in the EU legal order". *International and Comparative Law Quarterly*, No. 63 (2014).

Posner, Eric. "We all have the right to be forgotten". *Slate*, 14 de mayo de 2014. Disponible en ‹http://www.slate.com/articles/news_and_politics/view_from_chicago/2014/05/the_european_right_to_be_forgotten_is_just_what_the_internet_needs.html›.

Post, Robert. "News on the Web: Google Spain, the Right to Be Forgotten, and Personal Data". Ponencia presentada en el Faculty Workshop, New Haven, 17 de octubre de 2016.

---. "The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and Hustler Magazine *v.* Falwell". *Harvard Law Review*, No. 103 (1990).

Ramsey, James. "Sinécdoque y parasitismo literario en Borges y Joyce". *Literatura: teoría, historia, crítica*, No. 12 (2010).

Rosen, Jeffrey. "The Right to be Forgotten". *Stanford Law Review* (2012). Disponible en ‹https://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox-the-right-to-be-forgotten/›.

Fecha de recepción: 24 febrero de 2017
Fecha de aprobación: 1 de mayo de 2017