

**RESOLUCIONES Y CRITERIOS JURISDICCIONALES
RELEVANTES**

Sobre el derecho al olvido¹

CÉSAR ENRIQUE OLMEDO PIÑA
Despacho Ignacio Burgoa Orihuela
cesar.olmedopi@anahuac.mx

<https://doi.org/10.36105/iut.2022n35.06>

Comentarios y análisis sobre el caso
“Denegri, Natalia Ruth C/Google Inc. S/
Derechos Personalísimos: Acciones Relacionadas”.
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil,
Poder Judicial de la Nación, Argentina

Proemio

Para nadie es una novedad que la concepción del derecho en nuestro tiempo, —con todo y el paso sin piedad de una contingencia sanitaria mundial—, se encuentra profundamente marcada por el lenguaje de los derechos y las grandes perspectivas iusfilosóficas detrás de ellos.

Con esa línea, son cada vez más los estudios que analizan los derechos humanos pero en su aplicación concreta y resolutive, es decir, en las sentencias constitucionales de los diversos tribunales de occidente. No es de extrañar, por tanto, que dediquemos unas breves líneas a la exposición de un caso resuelto en agosto de 2020 por la Cámara Civil del Poder Judicial de la Nación, en Buenos Aires, Argentina, sobre el llamado “derecho al olvido”.

¹ Debo muchas de las ideas aquí expuestas al Programa Ius relacionado con “El Precedente Judicial en América Latina” que dirige la Dra. Florencia Ratti-Mendaña, en la Pontificia Universidad Católica de Argentina. Fue el martes 26 de abril de 2022 que precisamente se llevó a cabo la exposición de la sentencia que ahora se analiza. Sirvan estas líneas para expresarles mi gratitud a todos sus integrantes.

Sucede además que con la explosión y expansión del internet, por un lado, y la generación y ordenación de cientos de millones de datos en la red, por otro, era obvio que comenzaran los problemas de convivencia social —o mejor dicho, convivencia digital— que obligan al derecho a replantearse sus alcances y contenidos, adaptándose como siempre a la realidad que pretende regular.

Hechos

Los hechos son como sigue:

Una joven de nombre Natalia Denegri, en ese tiempo con 19 años de edad, —considerada menor ya que la mayoría de edad entonces se adquiría hasta los 21— es llevada presa por habersele encontrado en su domicilio droga. La irrupción a su domicilio se da en el marco de una investigación penal en contra de un deportista de nombre Alberto César Tarantini, quien era vecino de ella y quien además serviría —según la administración de justicia argentina— para llegar a un empresario de nombre Guillermo Coppola, el verdadero —probable— responsable en la comisión de conductas delictivas asociadas al narcotráfico.

Tiempo después resultó que la droga encontrada en el departamento de Denegri habría sido plantada y el proceso judicial inventado, por lo que fue declarado nulo y las personas detenidas y arrestadas —incluyendo al propio Coppola— liberadas, con la consiguiente prisión y destitución del Juez Bernasconi, quien habría mandado arrestar al empresario y a las demás personas involucradas.

Centremos lo que importa. Tras salir de prisión (estuvo tres días privada de libertad), Denegri fue invitada a varios programas de espectáculos, en alguno de los cuales protagonizó sendas peleas verbales y físicas con otra de las chicas involucrada en la causa Coppola, Samanta Farjat. Las escenas —recordemos que no había celulares, pues ese proceso judicial con la detención referida fue en octubre de 1996— quedaron guardadas en los archivos de varias televisoras, y con el paso del tiempo se difundieron también en YouTube.

Años más tarde, tras salir del huracán mediático que representó el caso, se mudó a EUA y tuvo un éxito notable en diversas áreas de la comunicación, como conductora de televisión, productora —sus documentales han merecido diversos premios Emmy—, filántropa y escritora; siendo incluso nominada en 2018 por la revista *People* en español como una de las 25 mujeres latinas más influyentes. Hoy en día reside en Miami y continúa realizando notables aportes en el sector de la co-

municación, pero los videos en la red no han desaparecido, pese al esmerado trabajo que lleva realizando por más de dos décadas.

A mayor abundamiento, que tales videos continúen en la red genera una afectación a su imagen y sobre todo a su impronta de madre, pues no quisiera que sus hijos accedan a ese contenido y que tampoco las demás personas del medio en el que se desenvuelve lo vieran.

Resolución judicial

Al persistir estos videos, ella decide demandar la desindexación a la empresa *Google Inc.*, solicitando que su nombre no esté asociado a los videos en que aparecen las escenas de riñas y agresiones antes mencionadas, y que sea una información cuyo contenido tenga una mayor dificultad en su acceso.

El Juez de primera instancia le concede razón. La trasnacional apela y de igual modo la Sala “H” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la capital federal Argentina, confirma. En esa sentencia, que es la que ahora se reseña, se dice básicamente lo siguiente:

1. Que los videos referidos carecen de interés periodístico y no hacen al interés general que pudo revestir en “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.
2. Que el derecho a expresarse libremente tiene una naturaleza dual: es tanto un derecho subjetivo como un derecho colectivo, y que igualmente admite ciertos límites.
3. Que la medida de cada derecho, en particular si posee una naturaleza “social”, determina, al mismo tiempo, la consiguiente contrapartida de responsabilidad que esa prerrogativa lleva implícita, y en tanto a los medios de comunicación y de prensa, así como a las expresiones artísticas, se les reconoce una amplia libertad por entender que es útil y bueno para la comunidad el enriquecimiento por medio de la difusión, reflexión o la confrontación de las ideas o de las expresiones del arte, esa libertad conlleva una igualmente grande responsabilidad social.
4. Que no hay una norma específica que regule tal derecho, pero que debe ser enfocado como una derivación del derecho al honor o a la intimidad.

5. Que tal derecho, ejercido de forma extralimitada, es capaz de hiperextender el derecho de autodeterminación informativa y personalísimo a la privacidad, por sobre otros derechos de índole colectivo... e implicar una terrible pérdida de historia y cultura con efectos colaterales imprevisibles e incontenibles a nivel colectivo.
6. Que no es lo mismo un derecho al olvido proyectado en la materia penal o en la materia crediticia, donde podría haber mayor interés en que esa información sea conocida, aunque en esta última —materia crediticia— se le da protección a quien fue deudor en el pasado.
7. Que la información no es relevante públicamente y que no se advierte tampoco que se afecte el interés público al bloquear en el buscador algunos programas televisivos en los que participó hace más de 24 años, y de los que la actora no se siente orgullosa.

Análisis crítico

1. La sentencia es bastante consistente con los marcos en que actualmente se desenvuelve la libertad de expresión, el derecho a la información y la relación de ambos con el sistema democrático. El criterio o *ratio decidendi* es simple y razonable: si la información que se pide desindexar o dificultar su acceso, no es de relevancia alguna para la cosa pública, es admisible que la misma se desdibuje del paisaje digital. Más aún cuando la subsistencia de tales videos o informaciones pueden afectar —la actora dice “revictimizar”— de algún modo la imagen presente de la actora.

Más allá del criterio, este tipo de sentencias forman parte de aquellas resoluciones que integran de un modo más o menos explícito la moralidad —o elementos de moralidad— en el derecho. Más concretamente en el derecho judicial. Junto a ella se encuentran los debates provocados por temas como el consumo lúdico de *cannabis*, la maternidad subrogada, la clasificación de contenidos audiovisuales, el uso correcto del lenguaje —como obligación para concesionarias de radio y televisión— o el ya tan gastado y discutido —pero no por eso en feliz consenso— del derecho a la interrupción legal del embarazo y muchos más.

Lo anterior porque el planteamiento sobre si una persona tiene o no derecho a que se “elimine” o borre su información personal de la

red, no deja de tener un ingrediente ético, a saber: si la información es —mejor dicho, “fue”— verdadera, ¿por qué tendría yo —autor de la conducta— derecho a que no se sepa públicamente? Parece que puede hablarse de una especie de vergüenza, como aquella que se provoca precisamente cuando queremos que algo privado no se haga público. Pero es que la causa de esta negativa y rechazo a que la información sea conocida, radica en que constituye una conducta perteneciente a un pasado que no queremos recordar y que por consecuencia no queremos que sea sabido. Caben aquí varias líneas de análisis.

¿No acaso la verdad es un valor que sería preferible a un engaño u ocultamiento de la información, y por tanto, debo soportarla aún y cuando no me guste? Háblese aquí desde luego, del punto de vista del autor de la conducta. Siendo estrictos, la verdad tendería a imponerse, por sobre su propia consideración de mantener en el cajón los recuerdos de los cuales no se siente muy honrado.

Sin embargo, el argumento en contra que se haría en un segundo momento es que, una vez sabida la conducta por la sociedad digital, el autor podría expresar que en todo caso tiene derecho a una especie de “segunda oportunidad”. A ser visto por la sociedad como alguien que “ha cambiado”, que *ya no es* así y que en definitiva su pasado no lo describe al día de hoy. Algo muy parecido a lo que sucede con la reinserción social. Las personas han cometido un delito, han pagado la pena y están ahora de vuelta en la sociedad, pero su lucha será ahora con el pasado y con la —desde luego flamígera— mirada social que no termina por olvidar que está tratando con alguien que de algún modo fue delincuente.

Son estas consideraciones éticas que están lejos de resolverse en un comentario a la sentencia pero que, mal que le pese a los positivistas, tendrían que ser tomadas por el Juzgador al momento de resolver.

Tomemos ahora la línea de análisis por la que corre la contemporánea teoría de los derechos fundamentales. ¿Se trata de un derecho al honor, a la reputación o a la propia imagen?

2. En este caso —tomando la ruta de los derechos—, el llamado “derecho al olvido” conlleva interesantes reflexiones sobre la muy típica clasificación generacional de los derechos, ya que, hablando estrictamente, este derecho no es una libertad de las clásicas, de esas que impliquen al Estado una abstención de conducta. No es tampoco un derecho prestacional —pues no se está pidiendo al Estado que haga algo, sino

a un particular que para ser sinceros tiene más peso y poder político que algunos Estados políticamente constituidos— y evidentemente no se trata de un derecho “difuso” o de solidaridad que abarque una categoría meta-individual.

Si bien es cierto que a la fecha existen muchas más generaciones de derechos que las tres tradicionales recién mencionadas, y que al fin y al cabo la clasificación está superada en los hechos y sistemas jurídicos —mantenida sólo con fines didácticos— debido a la interdependencia que guardan todos los derechos entre sí, no menos cierto es que este derecho “al olvido digital” implica el replanteamiento de las clasificaciones, así sea nada más con fines pedagógicos.

El otro aspecto tiene que ver con el sujeto al que se le exige la conducta. La conducta consiste en un hacer. La empresa tiene que “desindexar” la información digital para que cuando una persona cualquiera busque el nombre de la ahora emprendedora, esa información no aparezca. Pero este sujeto empresarial sólo podría estar obligado a tal cosa en virtud de una doctrina que tome a los derechos fundamentales como unos derechos con eficacia plena frente a particulares, o lo que es lo mismo, la *drittwirkung* de origen alemán. De otro modo no se entiende como unos derechos, que en su origen eran oponibles —y hasta cierto punto protecciones procesales— frente al Estado, lo son ahora también frente a otros particulares. Desde luego que aquí estamos obviando todo el estudio y debate de lo que implica definir a *Google Inc.* como un particular, pues queda claro que la visión clásica de “persona moral” no parece corresponder con la realidad de estas gigantes de la tecnología.

Ahora bien, lo hasta aquí dicho toma de referente central al autor de la conducta cuyo contenido desea ser eliminado, al tipo de derecho de que se trata y al obligado a cumplir con la eventual obligación. Pero hay otro aspecto que falta por mencionar, y es el referido a quienes estamos del otro lado de la pantalla, y —por la razón que sea— quisiéramos conocer esa información. Dicho de otro modo, el derecho que juega en contra es el acceso a estar informado, y con ello a participar de los debates que en democracia son admisibles a propósito de la participación y deliberación de los asuntos públicos.

Aquí ya se asoma con mejor nitidez una pregunta que de hecho le sirve al Juzgador para resolver y que muy probablemente le servirá a la Corte Suprema de Argentina cuando llegue el momento de conocer en última instancia este litigio. ¿La información respecto de la cual se pide sea borrada reviste algún interés de tipo democrático para la deliberación de asuntos públicos? Dicho de otro modo, ¿tiene relevancia pública?

Porque de tenerla, la información debe mantenerse expuesta. Pero si no es así, si a la “cosa pública” —lo que sea que entendamos por ello—, no les es relevante la información contenida en el video, daría completamente lo mismo que se quede o se vaya. Se trata de incorporar un elemento con visión de Estado y no sólo con la visión de la actora, supuesta afectada.

La consecuencia de este planteamiento es simple. Es probable que el buscador se vea obligado a retirar la información. Pero de eso a tener que pagar alguna cantidad por concepto de “daño” es muy distinto, y tal cuestión nos lleva al último eje de análisis. El netamente procesal.

3. Admitida una demanda contra un particular como es un buscador, ¿cuál es la vía para demandarle? Las respuestas desde luego son tan variantes como la pretensión del propio actor. Si la demanda, como no fue el caso, está encaminada a pedir una indemnización por daño moral, la vía parece ser civil. Pero si la pretensión procesal va encaminada sólo a que la empresa haga lo que tenga que hacer en sus dominios y buscadores para que esa información comprometedoras deje de estar disponible al público digital, parece que la vía es constitucional. Una y otra dependen de la pretensión procesal, porque en el derecho adjetivo, como en la teoría del conocimiento en general, “el método lo impone el objeto”. Lo que es lo mismo, la vía viene definida por la pretensión. En un caso civil, cuando la pretensión es de pago, en el otro caso constitucional, porque se hace valer una afectación a un derecho fundamental.

Claro que hay más problemas. Como el hecho de que, hablando con rigor técnico, en todo caso debe ser demandada también la empresa o sitio de internet que ha usado el video y que lo tiene “en su portal” a la vista de todos. Pues esa empresa o sitio está haciendo uso de la información que se solicita sea borrada y como quiera que sea, tiene en la historia judicial una cuota de responsabilidad. También está la cuestión de la jurisdicción, pues la clásica regla para demandar a una persona —al menos en sede civil, tratándose de sistemas romano-germanos que siguieron la codificación— advierte que la demanda sea presentada “en el domicilio del deudor”. ¿Pero qué domicilio puede tener *Google Inc.*? Parece que el concepto mismo de domicilio tendría que ser totalmente replanteado a la luz de las empresas transnacionales y a la luz de la era digital pos-pandemia, en que el mundo se hizo más pequeño y en que el domicilio físico de la empresa o sitio de internet es lo menos relevante.

De hecho, hay empresas que ni siquiera tienen un domicilio físico, digamos, en el mundo externo al digital, pero que no obstante operan y funcionan a través de teclas, pantallas y algoritmos.

Con todo, son problemas que tendrían que irse resolviendo y matizando con el tiempo, pues sólo así es como el derecho adquiere adaptación a los tiempos que le toca vivir en el marco de conductas que pretende regular y ordenar.

Corolario

Es altamente destacable que, para llegar a la conclusión de darle la razón a la actora, la Cámara —es decir el órgano jurisdiccional de segunda instancia— no cayó en la tentación de usar el tan conocido “test de proporcionalidad”. Sus argumentos fueron más simples, pero no por ello menos sólidos.

Actualmente puede constatararse en varios juzgados del Poder Judicial Federal mexicano un abuso de los “test”, que llevan a declarar o inaplicar según sea al caso, muchas normas del sistema jurídico y permitir con ello, desde fumar *cannabis* hasta invalidar exámenes de admisión, inflando la autonomía del individuo a esferas considerables muy por encima de disposiciones de orden público. La verdad es que no todo debe entenderse en términos de colisión de derechos. Hay ocasiones, como ésta, que basta un análisis de uno de los derechos en juego para poder resolver la cuestión planteada.

Por otro lado, las audiencias en la Corte Suprema de Argentina iniciaron el pasado mes de marzo de 2022 y a la fecha de estas líneas está pendiente de resolverse, pero quisimos centrar y reseñar este caso a partir de la sentencia de segunda instancia, porque también nos parece que se debe poner más atención a los órganos no terminales de los poderes judiciales en los diversos países de Latinoamérica. Con todo, las anotaciones que hemos hecho son igualmente pertinentes a los efectos de discutir el tema y aportar informaciones sobre un derecho más o menos novedoso como lo es el olvido digital.

* * *

ADDENDA

A escasos días de que este comentario jurisprudencial se diera a revisión final para su publicación, la Corte Suprema de la República Argentina resolvió mediante sentencia de fecha 28 de junio de 2022, la

revocación de la sentencia apelada que en líneas precedentes se analizó. Es decir, la pretensión de la actora (Natalia Denegri) fue rechazada y la balanza de la justicia se inclinó en definitiva a favor de *Google Inc.* La decisión no hizo demasiada referencia al derecho al olvido, sino a la libertad de expresión en sede digital; razón por la cual el mérito para efectos de este breve comentario sigue conservándolo la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, bastándonos por ahora indicar la conclusión del juicio y el sentido del mismo, reservándonos para otra ocasión el análisis del fallo final.

* * *