

Bogotá, 03 de junio de 2015

Honorable Magistrada
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Corte Constitucional
E.S.D.

Asunto: Respuesta a oficio OPT-A-646/2014
Concepto sobre el proceso de tutela T-4296509.
Accionados. Casa Editorial El Tiempo S.A y Google Colombia.

Nosotros, Rodrigo Uprimny Yepes, Vivian Newman Pont y Diana Isabel Güiza Gómez, director e investigadoras del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia¹, ciudadano y ciudadanas colombianos, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, en respuesta a la amable solicitud de la Corte, presentamos algunas líneas de reflexión sobre el contenido y alcance de los derechos fundamentales asociados a lo que se ha conocido recientemente como “el derecho al olvido digital”, y sobre la responsabilidad que le cabe a los editores de páginas web y a los motores de búsqueda de internet frente a las conductas que puedan considerarse violatorias de estos derechos.

Consideramos que éste es un tema de difícil solución por la profunda tensión de derechos que presenta y por las dificultades técnicas para su resolución. Por eso, no es nuestro propósito dar una respuesta definitiva a todos los problemas derivados de esta tensión entre, por un lado, el derecho de las personas a su intimidad y al habeas data; y, de otro lado, la libertad de información en la era de internet. En consecuencia, en la presente intervención sólo expondremos algunas consideraciones constitucionales sobre las alternativas de solución para este tipo de tensión de derechos, partiendo del caso que está sometido al examen de la Corte, que deberían ir apuntado hacia la construcción progresiva de reglas de prevalencia entre estos derechos, según los casos que se vayan presentando.

¹ La elaboración de esta intervención contó con la valiosa participación de Jorge Alberto Parra Norato y Nathalia Sandoval Rojas, cuando eran investigadores de Dejusticia; y con la ayuda de Marcella Ribeiro d'Avila Lins Torres en calidad de asistente de investigación. A ellos agradecemos por su invaluable apoyo en el componente investigativo de este caso.

En esta oportunidad, los interrogantes que la Corte nos plantea en relación con este problema jurídico tienen origen en el caso de una persona que trabajaba en el 2000 como vendedora en una agencia de viajes, y fue detenida el 19 de julio de ese año por el presunto delito de trata de personas en concurso con concierto para delinquir. El 29 de agosto de ese mismo año, El Tiempo.com publicó una noticia en la que señalaba los nombres de las personas que estaban siendo investigadas por el presunto delito de trata de personas en Cali. Entre ellos, el nombre de la accionante. Pese a que después de 8 años la Fiscalía declaró la prescripción del caso, hasta el momento de instaurar la acción de tutela en 2014 la noticia sobre esta investigación aparecía al introducir el nombre de la actora en motores de búsqueda de internet, tales como Google.

Para ella, el hecho de que en la actualidad, al iniciar una búsqueda bajo su propio nombre, el buscador todavía considere como uno de los enlaces más relevantes la noticia sobre esta investigación que ya prescribió, constituye una vulneración de sus derechos fundamentales. Es “un registro negativo ante la sociedad colombiana” que le ha impedido a ella y a su cónyuge acceder a entidades bancarias y a nuevas ofertas laborales, pues según ella es común que las oficinas de recursos humanos investiguen el pasado de sus clientes, sus trabajadores y sus familias a través de internet. Por eso, solicitó que se “bajen y borren” de todos los medios digitales y motores de búsqueda de El Tiempo y de Google.com la información que la relacione con el delito de trata de personas. El juez que conoció la acción de tutela en primera instancia amparó los derechos de la accionante y ordenó al medio de comunicación rectificar la noticia advirtiendo sobre la prescripción de la acción penal a su favor. Posteriormente, el juez de segunda instancia ordenó a El Tiempo eliminar la noticia, pues consideró que la rectificación era insuficiente.

En nuestro concepto, el caso plantea problemas jurídicos muy interesantes, puesto que la Corte Constitucional colombiana no se ha ocupado de forma sistemática sobre la responsabilidad que le cabe a los motores de búsqueda por la divulgación de contenidos de internet que no dependen de ellos, ni del llamado derecho al olvido digital. En este contexto, el presente documento pretende aportar algunos elementos normativos y jurisprudenciales para determinar el alcance del derecho de las personas a que la sociedad no tenga acceso masivo a cierta información disponible que ya no tiene interés público y que, por el contrario, puede vulnerar su derecho a la imagen, a la intimidad, al buen nombre y al habeas data, en tensión con el derecho a la libertad de información. En este sentido, explora los tipos de obligaciones que podrían tener los medios de comunicación frente a la información que circula en internet que actúan como editores de páginas web, por una parte; y los motores de búsqueda de internet, que contribuyen a difundir masivamente la información, alterando las concepciones tradicionales del tiempo en la que esta se emite, de otro lado.

Con este fin, (i) en primer lugar nos referiremos brevemente a los estándares jurisprudenciales aplicables al tratamiento de la información por parte de los medios de comunicación; y (ii) exploraremos los derechos y obligaciones atribuibles a los motores de búsqueda de internet frente a la información personal de los usuarios de la red. Luego (iii) mostraremos el desarrollo que ha tenido el derecho al olvido digital en la jurisprudencia de otros países, y los contrastaremos con elementos de la legislación y la jurisprudencia colombiana que soportan la existencia de un derecho al olvido digital con un alcance propio. Por último (iv) presentaremos una propuesta de armonización, que puede orientar la resolución del caso en concreto.

1. Los medios de comunicación y su responsabilidad como editores de páginas web

Cuando el periódico El Tiempo emitió la noticia relativa a la investigación de trata de personas en Cali, lo hizo en ejercicio de su derecho a la libertad de prensa. La protección que debe recibir esta actividad periodística no cambia por el hecho de que esta información haya sido difundida a través de su página web en internet. En tal medida, el reclamo de la accionante en el sentido de que la noticia que aparece en internet no da cuenta de que dicha investigación se había llevado a cabo hace varios años y había prescrito, debe ser examinado conforme a los estándares de protección del derecho a la libertad de prensa ya establecidos en la jurisprudencia y la legislación colombiana. En los siguientes párrafos nos referiremos brevemente a estos estándares, para luego centrarnos en la solicitud de “actualización” de la información que hace la actora.

El artículo 20 de la Constitución dispone que todas las personas tienen derecho a expresar y difundir libremente su pensamiento y opiniones, a informar y recibir información veraz e imparcial, y a fundar medios masivos de comunicación. La centralidad de las libertades de expresión e información se muestra en que éstas han sido consideradas derechos fundamentales en sí mismos, instrumentos para la garantía de otros derechos y condiciones básicas para garantizar la deliberación pública en un sistema democrático². Además, el artículo 73 Superior establece que la actividad periodística gozará de protección para garantizar su independencia profesional. Con base en estos mandatos, la Corte ha establecido que la libertad de prensa es un derecho estrechamente ligado pero diferenciable de la libertad de expresión, que supone tanto la facultad de fundar medios masivos de comunicación para la transmisión de hechos, eventos y todo tipo de acontecimientos, como la libertad del receptor de acceder a una

² CIDH. Informe Anual 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo III (Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión). OEA/Ser.L/V/II

información lo más pluralista posible desde el punto de vista de los medios y de los contenidos³.

Debido a su contribución a la democracia, al pluralismo y a la libertad de expresión, la Corte Constitucional ha reconocido que el derecho a la libertad de información y la libertad de prensa gozan del mayor nivel de protección constitucional⁴. Como consecuencia, cualquier limitación o regulación por parte de una autoridad pública frente a este derecho se presume inconstitucional, y en los casos en que entran en tensión este y otros derechos, debe llevarse a cabo un control constitucional estricto a la limitación a la libertad de prensa⁵. Las reglas que deben observarse en tal escrutinio dependen en la mayor parte de si en ejercicio de este derecho el periodista emite una información o una opinión.

En cuanto tiene que ver con la información, que es el tipo de noticia que se emitió en este caso que resolverá la Corte, vale la pena recordar que la libertad para emitir informaciones debe garantizar dos principios. Por un lado, el *principio de veracidad* “que comporta la necesidad de haber agotado un razonable proceso de verificación, aunque la total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales siempre y cuando no afecten la esencia de lo informado”⁶. Y, por otro lado, el *principio de imparcialidad* que “tratándose de medios de comunicación, implica evitar emitir juicios valorativos que puedan afectar la percepción de los hechos por el auditorio”⁷. Ambos principios pueden ser exigidos mediante el derecho a la rectificación el cual consiste, en términos generales, en “solicitar la corrección de la información en condiciones de equidad, de manera que quien emita información inexacta, falsa, tergiversada o no objetiva, corrija y modifique lo dicho públicamente y con igual despliegue a fin de restablecer el derecho vulnerado”⁸.

La Corte ha empezado a construir una idea según la cual el deber de rectificación también comprende el derecho a la *actualización* de la información. Aunque este criterio está en construcción, hay precedentes consolidados que ayudan a ilustrar esa posibilidad de actualización⁹.

Por un lado, ha dicho que la garantía del derecho a la información no sólo implica que esta sea verdadera sino que sea *oportuna*. Esto es, que entre el hecho y la información

³ Corte Constitucional, sentencia T-391/07.

⁴ Corte Constitucional, sentencias C-442/11 y C-837/13.

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-391/07

⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-1723/00.

⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-1723/00.

⁸ Corte Constitucional, Sentencias T-627/07, T-263/10 y T-003/11

⁹ En las sentencias T-256/13 y T-040/13 la Corte indicó que el derecho a la rectificación se trata “a) de un derecho que tiene el afectado por la información errónea o falsa para que ésta sea corregida o aclarada, por una parte; y por otra, b) de una obligación del medio de comunicación para aclarar, actualizar o corregir la información emitida” (negritas fuera del texto). Sin embargo, esta concepción no parece ser la línea jurisprudencial preponderante en la Corte.

no medie un tiempo amplio en el que la noticia pierda interés o incidencia¹⁰. Por tanto, ha considerado violatorio de los derechos fundamentales que la prensa emita información que verse sobre acontecimientos hace tiempo transcurridos si se presentan como recientes, o sobre hechos que son apenas una expectativa o una probabilidad, si la noticia los presenta como hechos cumplidos¹¹. De este modo, un primer ámbito en el que opera la obligación de actualizar una noticia como resultado de una solicitud de rectificación que cumpla con la cargas probatoria y argumentativa que recae en quien la solicita, se refiere al deber de garantizar que la información sea oportuna. Esto es, a que el medio de comunicación garantice que en la noticia se presente con claridad el verdadero tiempo en el que ocurrieron los hechos de que trata.

Por otro lado, en casos distintos a los de la libertad de prensa, la Corte ha reconocido que la existencia de datos negativos desactualizados puede afectar los derechos de las personas. En particular, en la sentencia T-542 de 2003 y SU-458 de 2012 la Corte puntualizó que si un dato negativo sigue apareciendo en los registros vigentes de una persona, a pesar de que han sido modificados con el tiempo, se vulnera el derecho al buen nombre y habeas data del sujeto vinculado al dato negativo. En ambos casos la Corte se refirió a las bases de datos de antecedentes penales del Departamento Administrativo de Seguridad y la Policía Nacional, y en las dos ocasiones ordenó actualizar la base de datos para que reflejara el comportamiento actual de las personas. Las reglas de actualización fijadas por la Corte en el caso de las bases de datos de antecedentes penales no son aplicables a las bases de datos o los archivos de información periodística, pues así lo establece expresamente la Ley 1581 de 2012, pero esta misma ley dispone que a la información personal que tratan los periodistas sí son aplicables los principios de protección de datos que dispone la misma Ley¹². Entre ellos, se encuentra el principio que la Corte consideró en dichos casos para ordenar la actualización del contenido de las bases de datos¹³.

Por estas razones, puede concluirse que no es irrazonable que cuando por el medio de difusión empleado, una noticia que refleja un aspecto no querido, perjudicial, socialmente reprobado de un individuo, continúe apareciendo en los registros noticiosos tal y como se emitió, a pesar de haber sufrido cambios sustanciales que de no ser

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-256/13.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-259/94.

¹² Ley 1581 de 2012, artículo 2. *Ámbito de aplicación.* Los principios y disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables a los datos personales registrados en cualquier base de datos que los haga susceptibles de tratamiento por entidades de naturaleza pública o privada.

La presente ley aplicará al tratamiento de datos personales efectuado en territorio colombiano o cuando al Responsable del Tratamiento o Encargado del Tratamiento no establecido en territorio nacional le sea aplicable la legislación colombiana en virtud de normas y tratados internacionales.

El régimen de protección de datos personales que se establece en la presente ley no será de aplicación:

(...)

d) A las bases de datos y archivos de información periodística y otros contenidos editoriales;

Parágrafo. *Los principios sobre protección de datos serán aplicables a todas las bases de datos, incluidas las exceptuadas en el presente artículo, con los límites dispuestos en la presente ley y sin reñir con los datos que tienen características de estar amparados por la reserva legal. En el evento que la normatividad especial que regule las bases de datos exceptuadas prevea principios que tengan en consideración la naturaleza especial de datos, los mismos aplicarán de manera concurrente a los previstos en la presente ley (Cursivas fuera del texto)*

¹³ En el artículo Ley 1581 de 2012 se establece como principio del tratamiento de datos el de veracidad o calidad. Tal como lo indica el artículo 4 literal d), este principio exige que “la información sujeta a tratamiento debe ser veraz, completa, exacta, **actualizada**, comprobable y comprensible” (subrayas fuera del texto).

considerados desconocen irrazonablemente la imagen y el buen nombre del individuo; y el afectado solicita la rectificación de esta información, el medio de comunicación pueda adquirir el deber de hacerlo, señalando qué ha sucedido después de que emitió la noticia. La razonabilidad de esta medida debe examinarse en cada caso concreto, y tratándose de medios digitales, los criterios de aplicación de una regla como estas, serán abordados en lo que sigue. Sin embargo, en los casos en los que haya lugar a ello, creemos que se trata de una medida, en principio, apropiada, pues garantiza los derechos de la persona objeto de la noticia pero, a su vez, no implica una carga gravosa que comprometa injustificadamente el derecho a la libertad de información del medio de comunicación.

Podría sostenerse, como lo hizo el juez de segunda instancia en el caso concreto, que como la noticia continuaba apareciendo en tiempo real, la única forma de garantizar los derechos a la rectificación y al buen nombre de la accionante era eliminando la noticia. Sin embargo, no encontramos motivos para considerar la eliminación de la noticia. Podemos señalar desde ya, que creemos que como cualquier restricción de la libertad de información debe atender a razones imperiosas, ésta debería descartarse en el presente caso.

La rectificación ha sido reconocida por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) como “la forma menos costosa desde el punto de vista de la libertad de expresión para reparar daños vinculados a ella”¹⁴. Por consiguiente, una anotación que actualice la noticia es una medida menos lesiva de la libertad informativa que eliminar la noticia, y podría convertirse –si esta es una medida técnicamente realizable y constitucionalmente justificable- en una herramienta efectiva para garantizar los derechos de quienes consideran vulnerados su derecho al buen nombre y a la intimidad por la presentación de un dato desactualizado.

En efecto, la Relatoría Especial ha manifestado que las medidas restrictivas de la libertad de expresión e información debe reunir por los menos los siguientes requisitos: (i) que tales medidas restrictivas se encuentren establecidas, formal y materialmente, en leyes claras y precisas. (ii) Que la restricción busque una finalidad imperativa, como sería la protección de los derechos de los demás, la seguridad nacional, el orden público, o la salud o moral públicas. (iii) Que dicha limitación sea necesaria, idónea y proporcional para lograr el fin perseguido, lo que implica analizar: 1) si la publicación y difusión de la noticia generó un daño cierto y grave de derechos fundamentales, 2) si la medida restrictiva permite garantizar los derechos fundamentales en tensión y 3) si el grado de protección de los derechos conculcados es mayor que la limitación a la libertad de expresión e información. Sobre este último punto, debe revisarse la proporcionalidad

¹⁴ CIDH/RELE/INF. 11/13. Botero Marino, Catalina. Libertad de expresión e internet. Relatoría Especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013. Párrafo 72.

no solamente en el caso concreto sino también el impacto de la medida restrictiva en el funcionamiento general de internet¹⁵. (iv) Que la medida se imponga respetando las garantías del debido proceso y de la reserva judicial, consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. Y (v) que se satisfaga el debido proceso, incluyendo la notificación del usuario¹⁶.

Igualmente, la Relatoría Especial ha precisado que son restricciones excepcionales a la libertad de expresión e información, por una parte, la eliminación de la noticia y el bloqueo o filtro de información que circula en internet; y, de otro lado, la imposición de responsabilidades civiles a los medios de comunicación. Estas medidas aplicarían excepcionalmente cuando se trata de “contenidos abiertamente ilícitos o (...) discursos no resguardados por el derecho a la libertad de expresión (como la propaganda de guerra y la apología del odio que constituya incitación a la violencia, la incitación directa y pública al genocidio, y la pornografía infantil)”¹⁷. Sobre la primera restricción, la Relatoría en su informe sobre *Libertad de expresión e internet* afirmó que “las medidas de filtrado o bloqueo deben diseñarse y aplicarse de modo tal que impacten, exclusivamente, el contenido reputado ilegítimo, sin afectar otros contenidos”¹⁸.

Y en relación con la imposición de responsabilidades por la publicación y difusión de noticias que afecten gravemente derechos fundamentales, la Relatoría Especial en el mismo informe señaló que éstas proceden a solicitud de parte y cuando tal divulgación de información causó un daño cierto y grave sobre los derechos de otras personas. Por ello, continúa la Relatoría, “la rectificación debería excluir otro tipo de responsabilidad, especialmente cuando se trata de discursos especialmente protegidos, que sólo pueden habilitar responsabilidad si se demuestra que el emisor tuvo “real malicia” al momento de publicar la información falsa que produjo el daño¹⁹. También cabe recordar los estándares de la CIDH, que desincentivan el uso del derecho penal como respuesta a daños causados en el ejercicio de la libertad de expresión²⁰ y recomiendan que –en caso

¹⁵ “En consecuencia, cuando se trata de Internet, resulta imprescindible evaluar todas las condiciones de legitimidad de las limitaciones del derecho a la libertad de expresión a la luz de estas características propias y especiales. Así, por ejemplo, al momento de establecer la eventual proporcionalidad de una determinada restricción, es imprescindible evaluar el impacto (o costo) de dicha restricción no sólo desde el punto de vista de los particulares directamente afectados con la medida, sino desde la perspectiva de su impacto en el funcionamiento de la red. En efecto, como se explica adelante, una determinada medida restrictiva puede parecer leve si la estudia solamente desde la perspectiva de la persona afectada. Sin embargo, la misma medida puede tener un impacto realmente devastador en el funcionamiento general de Internet y, en consecuencia, en el derecho a la libertad de expresión de todo el conjunto de los usuarios. En este sentido, es indispensable evaluar cada una de las medidas, de forma especializada, bajo lo que puede ser denominado una perspectiva sistémica digital.” *Ibíd.*, párrafo 53.

¹⁶ *Ibíd.*, párrafos 65-67

¹⁷ *Ibíd.*, párrafo 85.

¹⁸ *Ibíd.*, párrafo 85.

¹⁹ CIDH. Informe Anual 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo III (Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión). OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51. 30 de diciembre de 2009. Párr. 110.

²⁰ CIDH. Informe Anual 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo III (Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión). OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51. 30 de diciembre de 2009. Párr. 112.

de no ser suficiente la rectificación— se recurra a responsabilidades civiles proporcionadas²¹,²².

En el mismo sentido, la Corte ha establecido que medidas como la eliminación de la noticia o la iniciación de procesos judiciales aplican de forma excepcional, cuando la rectificación no resulta suficiente para amparar los derechos de una persona afectada por una noticia publicada, por la gravedad de la violación a los derechos de esa persona o por la situación de vulnerabilidad en que ella se encuentre. En todo caso, este escenario solo será posible cuando se logre vencer la presunción de inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de expresión que ampara la libertad informativa. Un ejemplo de ello ocurrió en la sentencia T-453 de 2013. En ese caso, la Corte consideró que la rectificación no era suficiente para proteger los derechos de un niño que había sido identificado plenamente en una noticia relacionada con un abuso sexual del que fue víctima. Por tanto, ordenó al medio de comunicación retirar de la red de internet cualquier información relacionada con dicho suceso. La orden de retirar la noticia de internet se fundamentó en la situación de vulnerabilidad de la persona objeto de la noticia, pues en dicha ocasión se divulgó información sobre un niño. Este caso, como hemos señalado, se trata de una situación excepcional.

En síntesis, en los casos en los que una persona vea afectados sus derechos por una noticia presentada en internet cuyo contenido es desactualizado, no puede solicitarse la eliminación de la información. En los casos que lo determine la Corte, lo que procede es el derecho a ejercer el derecho de rectificación de la información, y eventualmente la actualización de la misma, con criterios que deben también ser determinados en la jurisprudencia. Solo excepcionalmente, cuando después de un juicio estricto de la rectificación sea insuficiente para amparar los derechos afectados por la noticia, el juez podrá acudir a medidas más drásticas como los procesos judiciales o la orden de retirar de circulación la noticia, siempre que haya superado un test estricto de proporcionalidad.

2. El debate sobre la responsabilidad de los motores de búsqueda en internet

En contraste con el amplio desarrollo que existe sobre el contenido y el alcance de la libertad de prensa y los derechos vinculados estrechamente a esta, el análisis doctrinario y jurisprudencial en torno a los derechos y las obligaciones de los motores de búsqueda de internet es reciente, mucho más escaso y suscita álgidas controversias. Las posiciones son diversas, pues van desde quienes consideran que los motores de

²¹CIDH. Informe Anual 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo III (Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión). OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51. 30 de diciembre de 2009. Párr. 111

²² CIDH/RELE/INF. 11/13. Botero Marino, Catalina. Libertad de expresión e internet. Relatoría Especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013. Párrafo 72.

búsqueda no son responsables frente a los contenidos que exponen en este medio, hasta quienes reconocen ciertos grados de responsabilidad de los motores de búsqueda en el tratamiento de datos²³ -como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁴- y, por consiguiente, consideran que serían un actor más dentro de la estructura ya conocida de funcionamiento de las bases de datos que es titular de obligaciones de derechos fundamentales al igual que los demás actores involucrados en ella. Para contribuir a esclarecer este debate, a continuación presentamos algunos elementos normativos relevantes tomados de la jurisprudencia nacional e internacional, y de la legislación nacional.

Los motores de búsqueda de internet como Google, Yahoo o Bing han sido definidos como intermediarios de internet encargados principalmente de indexar información que circula en la red y que ha sido alojada allí por otros actores²⁵. La Relatoría Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión de las Naciones Unidas ha señalado que los intermediarios de internet son “sociedades privadas que ofrecen servicios y plataformas para facilitar la comunicación en línea o transacciones entre terceros, lo cual incluye el acceso, el alojamiento, la transmisión y la indización en relación con los contenidos²⁶. Así pues, son intermediarios desde los proveedores de servicios de Internet hasta las plataformas de redes sociales y los motores de búsqueda, pasando por los proveedores de alojamiento de sitios web²⁷.

Estos motores de búsqueda han ido adquiriendo cada vez mayor importancia para el funcionamiento de internet, pues en la medida en que indexan los datos y le conceden relevancia a los que más se acercan a la búsqueda de un usuario, permiten acceder con precisión, en una fracción mínima de tiempo, y desde cualquier parte del mundo, a la información pertinente dentro de la creciente cantidad de datos disponibles en internet. Al punto que sin ellos, por lo menos para el usuario no especializado de internet, acceder a la información que busca en la red sería muy difícil y tardaría mucho tiempo.

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos sostuvo que estos actores “cumplen un rol esencial para el ejercicio del derecho de buscar y recibir información en línea, potenciando la dimensión social de la libertad de expresión en los términos de la Corte Interamericana”²⁸. Siguiendo este concepto, lo que hace un motor de búsqueda de internet en términos de libertad

²³ Sobre esta postura, ver el resumen que hace Toobin, Jeffrey (2014) “The Solace of Oblivion. In Europe, the right to be forgotten trumps the Internet”, *The New Yorker*. Consultado el 2 de octubre de 2014, disponible en http://www.newyorker.com/?p=2833081&mbid=social_tablet_e

²⁴ Tribunal de Justicia Europeo. Sentencia de 13 de mayo de 2014 proferida en el asunto C-131/12, Google Spain S.L., Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González.

²⁵ La Rue, Frank. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, 16 de mayo de 2011, A/HRC/17/27

²⁶ Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, *The Economic and Social Role of Internet Intermediaries* (abril de 2010).

²⁷ La Rue, Frank. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, 16 de mayo de 2011, A/HRC/17/27

²⁸ CIDH, Informe libertad de expresión e internet, Op. Cit. p. 43.

informativa es favorecer el acceso a información de un número masivo de usuarios. Por tanto, más allá de la relación que pueda entablar la empresa que presta servicios de búsqueda con quien emite la información, los motores de búsqueda sirven a la libre circulación de las ideas en la medida en que amplifican la difusión de la información que elaboran los editores de las páginas web. Pero esta libertad de circulación y acceso a información en internet debe responder a un claro sentido de igualdad, según el cual no es suficiente con que se garantice la libertad de publicación y divulgación de información en internet, cuando en términos reales de poder político, económico, social y tecnológico, no todas las personas se encuentran en las mismas condiciones de acceso y difusión de información en la red. A favor de este acceso y difusión de contenidos en internet de manera libre y sin distinción alguna opera el principio de neutralidad de la red, al que haremos referencia más adelante.

En este contexto, algunos sostienen por lo menos dos razones por las cuales las empresas que prestan este servicio no deberían ser consideradas responsables por el contenido de las páginas en donde aparecen los resultados de la búsqueda: (i) que la indexación de los datos se realiza conforme al principio de neutralidad de la red; y (ii) que la indexación de la información no puede ser considerada como tratamiento de datos, en el sentido en el que lo señala la legislación sobre habeas data o sentencias como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho al olvido digital en el caso del señor Costeja González²⁹.

Adicionalmente, algunos afirman que en Colombia estos puntos fueron definidos en la sentencia T-040 de 2013. En dicha sentencia, la Corte dijo que Google no era responsable de la noticia que el accionante consideraba violatoria de sus derechos fundamentales, pese a que esa noticia aparecía como una de las más relevantes en las búsquedas asociadas a su nombre. Antes bien, precisó que “Google presta un servicio de búsqueda de la información que hay en toda la red, y no es quien redacta o publica tal información, sino que es un simple motor de búsqueda al cual no se le puede endilgar la responsabilidad sobre la veracidad o imparcialidad de un respectivo artículo, noticia o columna que aparezca en sus resultados”. Concluyó así que “no es competencia ni responsabilidad de Google, rectificar, corregir, eliminar o complementar la información que arroja una búsqueda concreta, sino del medio de comunicación, escritor, columnista, etc., que incluye y procesa la información en internet”. Pero también fue enfática en que esta decisión se tomaba “sin perjuicio de que, por características distintas, haya casos donde una base de datos que cumple la función de Google, pueda generar alguna vulneración de un derecho fundamental por la información que administra”.

²⁹ Tribunal de Justicia Europeo. Sentencia de 13 de mayo de 2014 proferida en el asunto C-131/12, Google Spain S.L., Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González.

De la lectura de esta providencia, dos argumentos nos llevan a concluir que ella no fijó una subregla sobre los motores de búsqueda de internet que sea aplicable al caso que ocupa a la Corte en esta ocasión. De una parte, los hechos y el problema jurídico planteado en esa sentencia son diferentes de los que debe resolver la Corte en esta ocasión. Mientras en el caso objeto de esta intervención no se dudaba sobre la veracidad o la imparcialidad de una noticia sino que se reclama su falta de actualización y el derecho a que la sociedad digital olvide este dato, en el caso de la sentencia T-040 el demandante sí puso en cuestión la veracidad de la información publicada, presentada de forma que se prestaba para manipulación e interpretaciones contrarias al buen nombre y a la intimidad del actor³⁰. Tenía sentido entonces pedirle al editor de la página web que tomara medidas para salvaguardar los derechos del solicitante, pero no exigirle nada a Google, pues lo que se requería era un cambio en la presentación de la información. En el caso de la sentencia T-040, al rectificar el proveedor la noticia original, automáticamente se indexaba y amplificaba la noticia rectificada. En este caso, sin embargo, la accionante insiste en que la noticia –así sea actualizada- no debería aparecer en el buscador como un resultado relevante asociado a su nombre.

De otra parte, en razón de los hechos que rodeaban ese caso, la misma sentencia anunció que el reconocimiento de la falta de legitimidad por pasiva de Google se restringía a “los elementos fácticos y para efectos de resolver el caso sub examine”³¹. Entonces, no parece que se haya fijado una subregla jurisprudencial definitiva sobre la responsabilidad autónoma de un motor de búsqueda como Google.

Teniendo esto en cuenta, examinaremos con más detenimiento los argumentos a favor y en contra de la responsabilidad de estos intermediarios de red.

Alcance del principio de neutralidad de la red

Una de las razones que de forma recurrente se exponen a favor de la ausencia de responsabilidad de un motor de búsqueda como Google tiene que ver con el principio de neutralidad de la red. De acuerdo con este principio, “[e]l tratamiento de los datos y el tráfico de Internet no debe ser objeto de ningún tipo de discriminación en función de factores como dispositivos, contenido, autor, origen y/o destino del material, servicio o

³⁰ En efecto, dijo la Corte Constitucional que “la Sala considera que, a pesar de que El Tiempo agregó la nota de actualización sobre la cesación del procedimiento a favor del señor Martínez Trujillo, la forma como fue presentada la noticia, relacionando sin ninguna explicación clara y suficiente, el nombre del accionante, con el contexto del tráfico de narcóticos en los Llanos, la Sala considera que, a pesar de que El Tiempo agregó la nota de actualización sobre la cesación del procedimiento a favor del señor Martínez Trujillo, la forma como fue presentada la noticia, relacionando sin ninguna explicación clara y suficiente, el nombre del accionante, con el contexto del tráfico de narcóticos en los Llanos, desconoce el principio de veracidad de la libertad de la información y vulnera los derechos fundamentales al buen nombre y a la honra.” Sentencia T-040 de 2013.

³¹ Corte Constitucional. Sentencia T-040 de 2013. Acápite 2.3.2.2 sobre la legitimidad por pasiva.

aplicación”³². Es decir, en virtud del principio de neutralidad de la red, el acceso y elección de información en internet no debe estar “condicionada, direccionada o restringida, por medio de bloqueo, filtración, o interferencia”³³. En consecuencia, los motores de búsqueda no están autorizados para filtrar o para determinar qué se puede divulgar o qué no. Al contrario, funcionan a través de algoritmos que indexan automáticamente contenidos web para ponerlos a disposición del usuario a la manera de una lista de resultados. De ahí algunos han sustentado que los motores de búsqueda no podrían ni deberían tener responsabilidad en el contenido de la información que divulgan, pues esa difusión se realiza de manera automática a partir de la aplicación de un criterio objetivo: el número de entradas a un sitio web.

En nuestro concepto, tienen razón quienes consideran que la neutralidad de la red es un principio muy valioso para el funcionamiento de internet en la medida en que contribuye a garantizar que la red sea un amplio foro público en el que el acceso a la información no esté mediado por criterios discriminatorios. Por ello, cualquier decisión que restrinja este principio debe ser examinada con base en criterios estrictos de proporcionalidad. Pero por esa misma naturaleza de principio, nada parece oponerse a que después de un balanceo pueda concedérsele protección a otro grupo de principios.

Para ello, conviene hacer una diferencia que es obvia para los expertos en la materia pero que puede prestarse a confusiones, entre la neutralidad como principio de funcionamiento de la red y la neutralidad de las empresas que brindan servicios de motor de búsqueda. El primero es un principio que efectivamente informa el trabajo en internet. Por consiguiente, debe ser objeto de la menor restricción posible, tal como se sostiene en la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet³⁴. Pero la neutralidad de las empresas que sirven como motores de búsqueda, si bien es un principio deseable, no podría ser igualmente considerada como una presunción en la actuación de estas entidades o como una característica intrínseca a su labor. Para estos efectos es ilustrativo el caso que falló el Tribunal de Grande Instance en Francia contra

³² Principio 5. Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849>

³³ *Ibidem*.

³⁴ En el numeral 5 de la Declaración Conjunta se define así el principio de neutralidad: “5. Neutralidad de la red: a. El tratamiento de los datos y el tráfico de Internet no debe ser objeto de ningún tipo de discriminación en función de factores como dispositivos, contenido, autor, origen y/o destino del material, servicio o aplicación. b. Se debe exigir a los intermediarios de Internet que sean transparentes respecto de las prácticas que emplean para la gestión del tráfico o la información, y cualquier información relevante sobre tales prácticas debe ser puesta a disposición del público en un formato que resulte accesible para todos los interesados”. Sobre las restricciones, en el numeral 1 de la Declaración se establece: “a. La libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación. Las restricciones a la libertad de expresión en Internet solo resultan aceptables cuando cumplen con los estándares internacionales que disponen, entre otras cosas, que deberán estar previstas por la ley y perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional y ser necesarias para alcanzar dicha finalidad (la prueba “tripartita”) (...)”.

la empresa Yahoo³⁵, y que luego fue objeto de discusión en los tribunales norteamericanos³⁶.

En el 2000, esta empresa fue demandada por ofrecer en su portal de búsqueda objetos alusivos a los nazis, pese a que las actividades de estos grupos están prohibidas en territorio francés. En su defensa, Yahoo argumentó la “imposibilidad” de identificar de dónde venían sus compradores o de restringir a quienes accedían a sus contenidos web. Sin embargo, un comité conceptuó que la supuesta imposibilidad no era absoluta, pues así como Yahoo situaba publicidad diferenciada para usuarios de diferentes países, podía también bloquear el acceso de los franceses a determinados contenidos digitales. El concepto fue acogido por el juez, y la demanda prosperó³⁷. Como se observa, la actividad de Yahoo debía regirse por el principio de neutralidad. Sin embargo, el juez mostró de qué modo la misma empresa dejaba de actuar de forma neutral cuando tomaba decisiones relativas a la publicidad que publicaba en su motor de búsqueda. Para el juez, esta actividad guiada por un ánimo de lucro es válida, pero dista de ser neutral.

Otras capacidades de los motores de búsqueda demuestran también esta idea. Cuando hoy se usa un motor de búsqueda para llegar a los contenidos alojados en las páginas web indexadas, el buscador toma en cuenta diversos elementos que no solo tienen que ver con la configuración que proveen los editores de páginas web. Los contenidos son filtrados por el perfil del usuario que se extrae de su patrón de comportamiento en la red, de la actividad de su computador, y del lugar en donde está ubicado el aparato. Es decir, el algoritmo del buscador se vale de información personal pero que no tiene toda la misma relevancia, sino que es seleccionada conforme lo ordenan quienes definen el algoritmo. Más aún, en ocasiones el buscador aprovecha para incluir publicidad asociada a esos patrones de búsqueda de los internautas, a cambio de un precio que recibe de quienes desean utilizar esta herramienta para ofrecer sus bienes o servicios. Ninguna de estas dos formas de organización de la información es del todo neutra.

Así, aunque debe mantenerse el principio según el cual debe favorecerse en la mayor medida de lo posible la neutralidad de la red, no existen suficientes razones para considerar que este tipo de indexación basada en el perfil deviene también en algo neutral. Por tanto, parece necesario matizar la analogía entre la neutralidad de la actividad de los motores de búsqueda con una biblioteca que organiza los libros sin importarle el contenido, puesto que los motores de búsqueda tienen muchas y mayores posibilidades de individualizar y filtrar (en ocasiones atendiendo a un criterio comercial), algunas de las búsquedas de información que hacen los usuarios.

³⁵ Tribunal de Grande Instance. Paris, May 22, 2000 and November 22, 2000, No RG:00/0538

³⁶ United States District Court for the Northern District of California. Yahoo! Inc., a Delaware Corporation, Plaintiff-appellee, v. La Ligue Contre Le Racisme et L'antisemitisme, a French Association; L'union Des Etudiants Juifs De France, a French Association, Defendants-appellants, 433 F.3d 1199 (2006).

³⁷ Cortés Castillo, Carlos. Las llaves del ama de llaves: la estrategia de los intermediarios en internet y el impacto en el entorno digital. CELE. Pag 75. Disponible en: <http://www.palermo.edu/cele/pdf/LasLlavesDelAmaDeLlaves.pdf>

Considerando esto, el alcance y los criterios que usan los motores de búsqueda para difundir información son diferentes a los de una biblioteca tradicional.

Indexación de los datos versus tratamiento de datos.

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de mayo de 2013 en el caso del señor Costeja González concluyó que un motor de búsqueda como Google debe ser considerado como sujeto obligado conforme a las leyes de la Comunidad Europea sobre tratamiento de datos personales³⁸. Para algunos críticos de esta providencia, esa decisión fue un error puesto que la tarea de un motor de búsqueda se restringe a indexar la información que ya existe en internet sin intervenir en los datos que usa, de modo que no es responsable por el tratamiento de los datos. ¿Podría llegarse a la misma conclusión del Tribunal Europeo sobre este punto en Colombia?

En nuestro concepto, lo primero que hay que advertir es que como nuestro país tiene una legislación sobre tratamiento de datos, mal se haría en trasplantar la decisión española a la jurisprudencia colombiana sin un examen detenido de las leyes y la jurisprudencia nacionales. Dicho esto, encontramos que existen por lo menos tres razones para afirmar que es difícil concluir que los motores de búsqueda son sujetos obligados frente a la normatividad de habeas data, ya que el legislador no consideró a las empresas de internet como tales. Pero creemos que hay suficientes argumentos para considerar que aunque la actividad de indexación no fue contemplada en la normativa sobre habeas data, no es totalmente ajena a la misma. Por tanto, su actividad debería regirse al menos por los principios que inspiran la regulación de este derecho fundamental.

La primera razón para considerar que la normatividad de habeas data no incluyó a los motores de búsqueda –a pesar de que su uso era extendido cuando se expidieron- resulta del análisis de las sentencias de constitucionalidad de las leyes 1581 de 2012 y 1266 de 2008. En ninguna de las dos decisiones se hace referencia a la conjugación de datos personales en internet como resultado del trabajo de un motor de búsqueda cuando se discuten los agentes encargados o responsables del tratamiento de datos. Tampoco esto

³⁸ “Por consiguiente, debe declararse que, al explorar Internet de manera automatizada, constante y sistemática en busca de la información que allí se publica, el gestor de un motor de búsqueda «recoge» tales datos que «extrae», «registra» y «organiza» posteriormente en el marco de sus programas de indexación, «conserva» en sus servidores y, en su caso, «comunica» y «facilita el acceso» a sus usuarios en forma de listas de resultados de sus búsquedas. Ya que estas operaciones están recogidas de forma explícita e incondicional en el artículo 2, letra b), de la Directiva 95/46, deben calificarse de «tratamiento» en el sentido de dicha disposición, sin que sea relevante que el gestor del motor de búsqueda también realice las mismas operaciones con otros tipos de información y no distinga entre éstos y los datos personales”. Tribunal de Justicia Europeo. Sentencia de 13 de mayo de 2014 proferida en el asunto C-131/12, Google Spain S.L., Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González.

ocurre en el análisis sobre el ámbito de aplicación de las leyes, o en el estudio de los artículos. Por el contrario, en la revisión constitucional de ambas normas se aclara que la regulación del habeas data es parcial, pues no es posible contemplar todos los aspectos de este derecho en desarrollo.

En la sentencia C-1011 de 2008 en la que se examina la constitucionalidad de la ley 1266 de 2008 o ley de habeas data sectorial, la primera aclaración que hace la Corte es que el proyecto de ley bajo estudio es una regulación parcial del derecho al habeas data, referida a aquellas situaciones en que se trate de datos financieros, comerciales o crediticios. Es así como la Corte desestima una posible omisión legislativa relativa, al considerar que esta no pretende ser una regulación genérica. Además, establece que “extender sus reglas (las del presente Proyecto) a todos los escenarios de administración de datos personales, llevaría a contrasentidos e, incluso, a vulneraciones de las normas constitucionales”. Algo similar sucede en la sentencia C-748 de 2011, en la que se examina la constitucionalidad de la segunda ley de habeas data o Ley 1581 de 2012. A pesar de que se amplió el ámbito de aplicación, la Corte aclaró que no se logró una regulación integral. Eso sí, menciona que el tratamiento de datos personales en el mundo moderno ocurre a gran escala y por múltiples actores, en particular privados. Pero en ninguna se menciona los motores de búsqueda.

La segunda razón resulta de tratar de adaptar la definición normativa de los sujetos obligados al habeas data, a la tarea que cumple un buscador de datos en internet. El artículo 2 de la ley 1581 de 2012 indica: “los principios y disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables a los datos personales registrados en cualquier base de datos que los haga susceptibles de tratamiento por entidades de naturaleza pública o privada”; y luego, en el siguiente artículo, define tratamiento de datos como “cualquier operación o conjunto de operaciones sobre datos personales, tales como la recolección, almacenamiento, uso, circulación o supresión”.

En el contexto de estas amplias definiciones, sería difícil negar que internet, de donde extrae un buscador su información, hospeda un altísimo número de bases de datos personales, pues buena parte de la información que está en internet versa sobre las personas, y proviene de un conjunto organizado y organizable de dicha información. También sería difícil negar que cada vez que usamos un buscador para hacer una búsqueda personal esta información personal circula y es usada para su indexación por efecto de instrucciones robóticas. Además, Google almacena en web caché la información a la que se puede llegar a través de su buscador, creando un gran repositorio temporal con los datos a los que accede. Sin embargo, la ley también define la regulación de habeas data según se trate del titular, el encargado o el responsable del dato. Según esto, el responsable es quién decide sobre la base de datos y/o el tratamiento de los mismos, y el encargado realiza el tratamiento de los datos por cuenta del tercero responsable. Así, el responsable determina los fines y los medios del

tratamiento, quién controla el tiempo en que los datos estarán almacenados, la forma como se pondrán a circular los datos, la forma de acceder a los mismos, etc.; y el encargado es el delegado o mandatario para su tratamiento. El rol de buscadores como Google, Bing o Yahoo no se enmarca dentro de ninguna de estas dos categorías. Los buscadores no proveen ni controlan el contenido de la información. Tampoco deciden ni reciben delegación de los editores de las páginas web para indexar los datos que tratan. Entonces, no pueden ser catalogados ni como responsables ni como encargados del tratamiento de datos, en los términos en que lo plantea la ley. Como lo mencionamos anteriormente, los motores de búsqueda tienen otro tipo de control sobre los datos que amerita estudio y regulación, pues también puede afectar los datos personales y la privacidad, pero que parece no encontrarse en la ley de habeas data.

Ligado con lo anterior, la tercera razón tiene que ver con las dificultades que resultarían al aplicar a los buscadores de internet algunas de las reglas y principios tal como fueron concebidos para los encargados y responsables del tratamiento de datos personales. Analicemos la aplicación del principio de libertad, por ejemplo. Según este principio, el tratamiento solo puede ejercerse con el consentimiento previo, expreso e informado del titular. ¿Tiene Google la capacidad de definir el número de titulares de datos personales que se encuentran en la web y comunicarse con ellos para solicitar su consentimiento expreso e informado? Otro tanto ocurre con el principio de seguridad, según el cual el motor de búsqueda tendría que contar con medidas técnicas, humanas y administrativas para evitar la adulteración, pérdida o consulta no autorizada de contenidos que no son suyos y que no puede ni debe modificar, ¿Cómo podría exigírseles este principio?.

También encontramos dificultades para predicar varios de los deberes de los responsables y encargados del tratamiento consagrados en los artículos 17³⁹ y 18⁴⁰ de la

³⁹ “Artículo 17. Deberes de los Responsables del Tratamiento. Los Responsables del Tratamiento deberán cumplir los siguientes deberes, sin perjuicio de las demás disposiciones previstas en la presente ley y en otras que rijan su actividad:

- a) Garantizar al Titular, en todo tiempo, el pleno y efectivo ejercicio del derecho de hábeas data;
- b) Solicitar y conservar, en las condiciones previstas en la presente ley, copia de la respectiva autorización otorgada por el Titular;
- c) Informar debidamente al Titular sobre la finalidad de la recolección y los derechos que le asisten por virtud de la autorización otorgada;
- d) Conservar la información bajo las condiciones de seguridad necesarias para impedir su adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado o fraudulento;
- e) Garantizar que la información que se suministre al Encargado del Tratamiento sea veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible;
- f) Actualizar la información, comunicando de forma oportuna al Encargado del Tratamiento, todas las novedades respecto de los datos que previamente le haya suministrado y adoptar las demás medidas necesarias para que la información suministrada a este se mantenga actualizada;
- g) Rectificar la información cuando sea incorrecta y comunicar lo pertinente al Encargado del Tratamiento;
- h) Suministrar al Encargado del Tratamiento, según el caso, únicamente datos cuyo Tratamiento esté previamente autorizado de conformidad con lo previsto en la presente ley;
- i) Exigir al Encargado del Tratamiento en todo momento, el respeto a las condiciones de seguridad y privacidad de la información del Titular;
- j) Tramitar las consultas y reclamos formulados en los términos señalados en la presente ley;
- k) Adoptar un manual interno de políticas y procedimientos para garantizar el adecuado cumplimiento de la presente ley y en especial, para la atención de consultas y reclamos;

Ley 1581 de 2012. No parece razonable exigirle al motor de búsqueda que conserve copia de la autorización de los titulares o que informe a dichos titulares la finalidad de la recolección, si no tiene comunicación ni otra relación con ellos. Tampoco podría exigirse al motor de búsqueda que conserve la información bajo condiciones de seguridad si no es dicho motor quien tiene la fórmula para proteger los contenidos. Por último, no quedaría claro cómo puede prohibírsele a un motor de búsqueda global que transfiera datos personales a países que no ofrecen un nivel adecuado de protección, cuando una búsqueda en un motor se desarrolla virtual y globalmente.

Pese a estas dificultades, consideramos que los motores de búsqueda deben cumplir con algunos principios y deberes de la protección de datos personales. La sentencia C-1011 de 2008 estableció que todos los sujetos involucrados en el tratamiento, independientemente del nombre que reciban, deben cumplir con los principios de protección del habeas data: “(...) todos los principios de la administración de datos personales identificados en este proyecto –los cuales serán estudiados en otro acápite– son oponibles a todos los sujetos involucrados en el tratamiento del dato, entiéndase en la recolección, circulación, uso, almacenamiento, supresión, etc., sin importar la denominación que los sujetos adquieran, es decir, llámense fuente, responsable del tratamiento, operador, encargado del tratamiento o usuario, entre otros (...)”.

Igualmente, al analizar las bases de datos que resultan exceptuadas de la ley estatutaria de habeas data, la Corte enfatizó que no hay ningún régimen de tratamiento de datos

l) Informar al Encargado del Tratamiento cuando determinada información se encuentra en discusión por parte del Titular, una vez se haya presentado la reclamación y no haya finalizado el trámite respectivo;

m) Informar a solicitud del Titular sobre el uso dado a sus datos;

n) Informar a la autoridad de protección de datos cuando se presenten violaciones a los códigos de seguridad y existan riesgos en la administración de la información de los Titulares.

o) Cumplir las instrucciones y requerimientos que imparta la Superintendencia de Industria y Comercio”.

⁴⁰ “Artículo 18. Deberes de los Encargados del Tratamiento. Los Encargados del Tratamiento deberán cumplir los siguientes deberes, sin perjuicio de las demás disposiciones previstas en la presente ley y en otras que rijan su actividad:

a) Garantizar al Titular, en todo tiempo, el pleno y efectivo ejercicio del derecho de hábeas data;

b) Conservar la información bajo las condiciones de seguridad necesarias para impedir su adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado o fraudulento;

c) Realizar oportunamente la actualización, rectificación o supresión de los datos en los términos de la presente ley;

d) Actualizar la información reportada por los Responsables del Tratamiento dentro de los cinco (5) días hábiles contados a partir de su recibo;

e) Tramitar las consultas y los reclamos formulados por los Titulares en los términos señalados en la presente ley;

f) Adoptar un manual interno de políticas y procedimientos para garantizar el adecuado cumplimiento de la presente ley y, en especial, para la atención de consultas y reclamos por parte de los Titulares;

g) Registrar en la base de datos la leyenda "reclamo en trámite" en la forma en que se regula en la presente ley;

h) Insertar en la base de datos la leyenda "información en discusión judicial" una vez notificado por parte de la autoridad competente sobre procesos judiciales relacionados con la calidad del dato personal;

i) Abstenerse de circular información que esté siendo controvertida por el Titular y cuyo bloqueo haya sido ordenado por la Superintendencia de Industria y Comercio;

j) Permitir el acceso a la información únicamente a las personas que pueden tener acceso a ella;

k) Informar a la Superintendencia de Industria y Comercio cuando se presenten violaciones a los códigos de seguridad y existan riesgos en la administración de la información de los Titulares;

l) Cumplir las instrucciones y requerimientos que imparta la Superintendencia de Industria y Comercio.

Parágrafo. En el evento en que concurren las calidades de Responsable del Tratamiento y Encargado del Tratamiento en la misma persona, le será exigible el cumplimiento de los deberes previstos para cada uno”.

excluido de la aplicación de la ley, sino que esta contempla excepciones frente a algunas disposiciones. Para el efecto, la Corte dijo que “esos casos exceptuados deben ser regulados por leyes estatutarias especiales y complementarias”, pero que no quedan excluidos de las garantías básicas orientadas a guardar este derecho fundamental. Si esto es así, sea cual sea la denominación de la actividad de los motores de búsqueda o su rol dentro de la cadena de tratamiento de datos personales, deben guiar su actividad por estos principios de las leyes y la jurisprudencia de *habeas data* en la medida en que su quehacer involucra dichos datos.

La capacidad de difusión masiva o amplificación de la información en internet frente a los derechos de los individuos.

A los motores de búsqueda se les ha atribuido en la literatura diferentes grados de responsabilidad y obligaciones⁴¹, por ejemplo, en materia de derechos de autor y en la lucha contra la pornografía infantil. Pero la controversia que plantea el caso gira en torno a la posibilidad de establecer si la actividad de los motores de búsqueda puede desconocer los derechos fundamentales al buen nombre, a la intimidad y al *habeas data*; y si es así, cuál es el fundamento de su responsabilidad en materia de derechos fundamentales. En nuestro concepto, si bien los buscadores de internet permiten un libre y democrático flujo de las ideas, también tienen mayor poder para difundir masivamente o amplificar la información, alterando la noción de actualidad de la noticia. Este poder de amplificación o difusión masiva, en ciertos casos podría entrar en tensión con los derechos al buen nombre y a la intimidad.

El famoso fallo *Lebach* del Tribunal Constitucional Federal Alemán ejemplifica bien cómo la difusión masiva de la información genera situaciones que pueden colisionar con los derechos fundamentales y que pueden crear, para quien amplifica la información, otras obligaciones que se derivan del interés actual en la difusión de la información, no de la veracidad o imparcialidad o incluso la actualidad misma de la información que se publica⁴². Este precedente pertenece a la corriente general de la jurisprudencia alemana que confiere, en principio, una protección preferente a la dignidad humana y, por ende, a la intimidad que le está asociada, frente a la libertad de expresión⁴³. La garantía constitucional *prima facie* de la dignidad y la intimidad respecto a la libertad de expresión significa que dicha garantía no es absoluta y, por ende, admite límites razonables en pro de otros derechos y del propio ordenamiento constitucional. Como lo hemos señalado hasta el momento, nuestra tradición jurídica otorga una

⁴¹ Ver al respecto, Cortés Castillo, Carlos. Op. Cit.

⁴² Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Sentencia de 5 de junio de 1973, BVerfGE 35,202

⁴³ Botero Marino, Catalina; Jaramillo, Juan Fernando; Uprimny, Rodrigo. *Libertad de prensa y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia (1992-2005)*. Bogotá. Legis, 2005.

protección constitucional reforzada a las libertades de expresión y de información, razón por la que cualquier limitación a estas libertades se considera, en principio, inconstitucional y sólo tendrá justificación constitucional si supera un juicio estricto de proporcionalidad. Con todo, pese a que este caso pertenece a una tradición jurídica diferente a la nuestra en materia de libertad de expresión y de información, resulta útil tener en cuenta la argumentación del Tribunal Constitucional Federal Alemán en esta sentencia, pues pone de presente el potencial amplificador de los medios de comunicación y su impacto en los derechos fundamentales, lo que resulta aplicable a internet, como lo indicaremos a continuación.

Los hechos del caso son los siguientes. Un canal de televisión pública transmitió una película documental llamada “*El asesinato de soldados en Lebach*”, en la que se reproducía, mediante actores, el asesinato de cuatro soldados alemanes ocurrido en 1969. Una persona condenada por complicidad en dicho crimen en 1970 y que estaba a punto de abandonar la prisión para entonces, consideró que la emisión del documental en el que se mencionaba explícitamente su nombre, vulneraba sus derechos e impedía su resocialización. El Tribunal Federal Alemán le concedió la razón al demandante y señaló que “la protección del derecho a la personalidad impide que estos [los medios de comunicación] puedan, más allá de la noticia sobre hechos de actualidad, divulgar informaciones sin límite de tiempo sobre la persona condenada y su esfera privada”⁴⁴. Para el Tribunal, “una información televisiva repetida, que no responde a un interés actual de información sobre un hecho delictivo grave está iusfundamentalmente prohibida”⁴⁵.

Nótese que en ese caso el Tribunal Alemán no analizó la veracidad del documental, sino el potencial de difusión de una noticia a través de un medio masivo como la televisión, así como el impacto de la difusión en los derechos del demandante. Lo que afectó al demandante fue que, en opinión del Tribunal, la información ya no tenía un interés actual y, no obstante, era divulgada sin límite de tiempo. Por esa difusión masiva que carecía de interés social, se desconoció el derecho a la personalidad del demandante. En ese sentido, el tribunal aclaró que respecto a un crimen actual sí existe interés legítimo, por lo que, en general, no puede limitar la publicación y difusión de ese tipo de noticias, puesto que en una democracia debe haber una amplia libertad de prensa para que exista una opinión pública informada.

En los últimos años el Tribunal Supremo Alemán se ha negado a aplicar este precedente para otros casos en los que la amplificación de la información es hecha a través de internet. En las sentencias BGH, VI ZR 227/08 y BGH, VI ZR 330/11 señaló que, a diferencia de casos como el de Lebach, el nivel de acceso a los archivos digitales

⁴⁴ En Alexy, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1993. pag 97.

⁴⁵ *ibídem*.

depende de la búsqueda activa por parte de los usuarios de internet. Frente a esto, creemos dos cosas. Primero, que éste cambio en la jurisprudencia alemana no implica una modificación de la idea según la cual la difusión a través de los medios de comunicación de la información la masifica, y que eventualmente pueden presentarse tensiones de derechos fundamentales.

Segundo, como mostraremos más adelante, es posible armonizar esta idea de la búsqueda activa de los usuarios de internet con la responsabilidad de los motores de búsqueda. A diferencia de lo que ocurre con un archivo digital cualquiera, una noticia aparece en un motor de búsqueda porque ha sido filtrada a través de un algoritmo. Este determina la relevancia de la búsqueda y, por tanto, luego de la actuación del usuario de internet (que introduce los términos que deben ser considerados para la pesquisa), la información más relevante es difundida masivamente.

Si la difusión de la información a través de la televisión en Alemania durante la década de los 70 tenía esta característica de masividad y amplificación, también puede decirse que el internet contribuye a masificar y ampliar la difusión de la información. Como resultado de la indexación, los buscadores de internet logran una masiva divulgación que traspasa las constricciones naturales de tiempo y espacio para acceder a una cantidad considerable de información⁴⁶. Esto afecta la percepción social de los receptores de la misma. Así, una noticia publicada hoy y que es borrada al final del día por parte del editor de la página web, será fácilmente olvidada pese a que cuente con información real y vigente. Lo contrario ocurrirá con la noticia que a pesar de ser publicada hace veinte años sigue siendo incluida como resultado principal en una búsqueda de internet.

Las condiciones tecnológicas crean un presente continuo de la información personal que navega por la red, lo cual puede suponer ciertas restricciones de las libertades personales, en especial los derechos al buen nombre, honra, habeas data y control sobre la propia imagen e información⁴⁷. Al acceder en cuestión de segundos a información sobre una persona, condensada en los enlaces más relevantes que muestra un buscador de internet, los datos aparentan ser todos actuales y todos significativos. Esto ocurre, a pesar de que la información haya sido emitida en periodos de tiempo distantes y que, debido a ello, ya no sea una información importante. Por eso, el internet logra un mayor efecto amplificador de la información que, si no es actual y ya no es importante para la sociedad, puede afectar los derechos personales de un individuo.

Los buscadores de internet, como amplificadores de la información digital, adquieren entonces obligaciones en materia de derechos fundamentales cuando quiera que por

⁴⁶Rallo Lombarte, A. (2010) “El derecho al olvido y su protección”, Revista Telos (Cuadernos de comunicación e innovación), Madrid, p. 1

⁴⁷ Solove, D. (2007). *The future of reputation. Gossip, rumor and privacy on the internet*. New Haven, Yale University Press, p. 17; Rosen, J. (2001) *The unwanted gaze. The destruction of privacy in America*. New York, Vintage Books

desconocer el interés actual que tiene la sociedad en la difusión de la información sobre una persona, restrinjan desproporcionadamente sus derechos al buen nombre, a la intimidad e incluso al habeas data (en los términos en que lo planteamos en el aparte anterior). Los criterios para la resolución de esta tensión no han sido definidos en la jurisprudencia constitucional. No obstante, consideramos que algunos de ellos pueden empezar delinearse en este caso, teniendo en cuenta al menos dos consideraciones hechas por la propia Corte Constitucional.

En primer lugar, que los intermediarios de internet tienen un potencial real en la vigencia de la libertad de expresión e información y, por tanto, cada restricción debe ser sometida a un test de estricta proporcionalidad. En segundo lugar, debe considerarse que, para la Corte, los nuevos procesos informáticos conforman escenarios de ejercicio del poder potencialmente lesivos a la autonomía del individuo, por lo que existe un poder informático emergente que “obliga al Estado Constitucional a prever herramientas concretas para garantizar que la integridad de los derechos fundamentales del sujeto concernido se preserve ante las nuevas tecnologías”⁴⁸.

3. El derecho al olvido digital.

En términos generales, el derecho al olvido digital se ha propuesto en la dogmática de los derechos como la respuesta a la divulgación masiva y perenne de información personal. Internet tiene el potencial de conservar un dato de forma continua y sin un límite de tiempo (perenne); y además de hacerlo accesible masivamente mediante buscadores de fácil y rápido acceso. Sin embargo, la perennidad y la masividad de la información que aparece sobre una persona puede repercutir en la construcción de la imagen propia frente a la sociedad en el presente, y hasta puede interferir en la intimidad y el buen nombre, pues asegura que cualquier información negativa, desfavorable, o que simplemente ya no se quiere mostrar de forma pública, y que en todo caso ya no tiene interés público, pueda encontrarse con facilidad en la red. Con el fin de limitar esta situación derivada de la tecnología, las personas (en tanto dignas y autónomas) tendrían la facultad y el derecho de controlar dicha información personal, exigiendo el olvido digital⁴⁹, dentro de ciertos lineamientos constitucionales.

Según el profesor Bert-Jaap Koops, quienes están a favor del olvido digital con frecuencia se refieren al menos a tres aspectos diferentes: (i) el derecho a que la información personal sea borrada luego de que ha transcurrido cierto tiempo, cuando la

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-1011/08.

⁴⁹ Rosen, J. (2001) *The unwanted gaze. The destruction of privacy in America*. New York, Vintage Books, pp. 196, 2000; Simón, Castellano, P. (2012). *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*. Valencia, Tirant lo Blanch, p. 119.

misma ha sido divulgada por el titular de dichos datos o por una tercera persona; (ii) el derecho a borrar definitivamente datos personales que circulaban en internet; y (iii) el derecho a que sea divulgada en internet solamente la información personal actual⁵⁰. Estas dos últimas concepciones se fundamentan en la idea de que las personas no pueden estar vinculadas indefinidamente a información personal del pasado⁵¹.

Hasta el momento no existe un reconocimiento generalizado sobre la existencia ni el contenido del derecho al olvido. Hay quienes se han opuesto a la emergencia de este derecho a nivel doctrinal y jurisprudencial. Para algunos, el derecho al olvido constituye un agravio para los países que han atravesado regímenes dictatoriales y situaciones de conflicto armado, como es el caso de América Latina. Ello por cuanto frente a los esfuerzos de búsqueda de la verdad y construcción de la memoria sobre las graves violaciones de derechos humanos del pasado, parece que se impone el olvido de lo ocurrido⁵². En nuestro concepto, para este tipo de supuestos se refuerza la protección constitucional a favor de las libertades de expresión y de información, en virtud del carácter instrumental que tienen para la satisfacción de los derechos de las víctimas. Por ello, en estos escenarios, creemos que debería prevalecer *prima facie* los derechos a la verdad y a la memoria de las víctimas sobre el derecho al olvido digital.

Para otros, la forma en que se ha desarrollado el derecho al olvido digital en la jurisprudencia de algunos países —específicamente el precedente del caso Costeja decidido por el Tribunal de Justicia Europeo, al cual haremos referencia más adelante— implica asimetría y desigualdad en el acceso a la información, así como censura de los contenidos publicados en internet por parte de agentes privados. Esto debido a que, continúan los críticos, (i) técnicamente no es posible borrar de forma definitiva la información que alguna vez fue difundida en internet, es decir, la información no se elimina sino que se oculta para todos los usuarios, por lo que ésta seguirá siendo accesible para quienes saben dónde se encuentran los contenidos; además, (ii) la información se oculta por regiones o países, por lo que continúa el acceso desde otras regiones del mundo; y (iii) la posibilidad de que sean los mismos motores de búsqueda quienes decidan sobre las solicitudes de olvido de información, conlleva a una censura privada de los contenidos que circulan en la red. En lo que resta de nuestra intervención analizaremos la forma en que se ha generado este debate.

⁵⁰ McNayle, Jasmine (2012) “The Emerging Right to Be Forgotten. How a proposal in Europe could affect the sharing of information”, *Law & Society*, 14, p. 14.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 15.

⁵² Bertoni, Eduardo (2014) “The Right to Be Forgotten: An Insult to Latin American History”, *The Huffington Post*. Consultado el 2 de octubre de 2014, disponible en http://www.huffingtonpost.com/eduardo-bertoni/the-right-to-be-forgotten_b_5870664.html; Van Alsenoy, B., Kuczerawy, A. y Ausloos, J. (2013) “Search engines after Google Spain: internet@liberty or privacy@peril?”, *ICRI Research Papers*, núm. 15. Consultado el 2 de octubre de 2014, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2321494

La jurisprudencia sobre derecho al olvido.

Un análisis de las sentencias de otras cortes que han examinado el derecho al olvido permite identificar al menos tres tendencias frente a la protección y alcance de este derecho en general, o del derecho al olvido digital en casos particulares. Por una parte, Francia, la reciente sentencia del Tribunal de Justicia Europeo en el caso Costeja y la decisión de hace unos meses del Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos de México (en adelante IFAI), parecen estar a favor del derecho a que se borre la información personal que carece de interés actual, en la medida en que ella vulnera el derecho a la imagen, al buen nombre y al habeas data.

La otra tendencia, totalmente contraria a esta, es sostenida por la jurisprudencia alemana más reciente. Según esta, los distintos actores que conforman internet no tienen el deber de actualizar la información contenida en archivos digitales ni la obligación de proporcionar olvido digital, pues la responsabilidad de la búsqueda solo puede atribuirse a los internautas. Y, finalmente, una tendencia intermedia, que se encuentra en las sentencias de los tribunales de Italia y Argentina, para quienes *prima facie* existe un derecho a que la información que se muestra en internet tenga interés actual, pero no siempre derivan de allí una obligación de eliminar, borrar o bloquear la información en todos los casos.

En Francia, varios tribunales locales han considerado que las personas que han recibido una condena penal tienen derecho al olvido si no están dedicadas a una actividad pública y si la difusión de la sanción penal no reviste interés público actual, debido al transcurso del tiempo⁵³. Como lo relata Bertrand, con fundamento en el artículo 8 del Estatuto de Roma y el artículo 9 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en una sentencia se afirmó que “un suceso público –en el caso, un proceso penal que había tenido lugar hacía 46 años–, por el paso de un tiempo suficientemente largo, puede convertirse, para la persona que ha sido la protagonista, en un hecho privado, sometido al secreto y al olvido: la relación de tal evento en un periódico constituye un atentado a la vida privada”⁵⁴.

Por su parte, en la ya citada sentencia del Tribunal de Justicia a propósito del caso presentado por el señor Costeja González⁵⁵, se estableció que los motores de búsqueda eran responsables del tratamiento de datos personales y, por esta razón, siempre que un usuario solicitara eliminar una información que carece de relevancia actual, tiene que

⁵³Sentencias de la Corte de Apelación de Versalles, de 14 de septiembre de 1989 y del Tribunal de Primera Instancia de Namur, de 24 de noviembre de 1997, citadas en Bertrand A. (1999), *Droit à la vie privée et droit à l'image*. París, Litec, p. 43.

⁵⁴Sentencia de la Corte de Apelación de Versalles, de 14 de septiembre de 1989, citada en Mieres Mieres, Luis Javier (2014) *El derecho al olvido digital*, p. 18

⁵⁵Tribunal de Justicia Europeo. Sentencia de 13 de mayo de 2014 proferida en el asunto C-131/12, Google Spain S.L., Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González.

protegerse su derecho al olvido. En este caso, decidido en el 2013, el demandante solicitó que se exigiera a un medio de comunicación eliminar o modificar los datos que lo relacionaban con el anuncio de la subasta de inmuebles debido al embargo por las deudas de seguridad social que tenía, y que aparecían en las noticias de 19 de enero y 9 de marzo de 1998. Además, pidió que se ordenara a Google Spain o a Google Inc. eliminar u ocultar los datos del demandante para que en adelante no aparecieran vinculados con el anuncio de subasta.

Con fundamento en la interpretación de la Directiva 95/46/CE⁵⁶, el Tribunal de Justicia reconoció que el tratamiento de datos por parte de los motores de búsqueda puede afectar el derecho a la intimidad y a la protección de datos, dado que si la búsqueda de información virtual se efectúa a partir del nombre de una persona física, es factible que cualquier usuario obtenga “mediante la lista de resultados una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet, que afecta potencialmente a una multitud de aspectos de su vida privada, que, sin dicho motor, no se habrían interconectado o sólo podrían haberlo sido muy difícilmente y que le permite de este modo establecer un perfil más o menos detallado de la persona de que se trate”.

Sobre la colisión entre la libertad de expresión e información, y los derechos y libertades de quienes ven publicados sus datos personales, puntualizó que esta puede resolverse a partir de la ponderación de criterios como “la naturaleza de la información de que se trate y del carácter sensible para la vida privada de la persona afectada y del interés del público en disponer de esta información, que puede variar, en particular, en función del papel que esta persona desempeñe en la vida pública”. En este sentido, concluyó que los interesados tienen derecho a la rectificación, la supresión y el bloqueo, cuando los datos personales que se revelen sean inexactos, inadecuados, impertinentes, o excesivos; o descontextualizados y conservados por largos periodos de tiempo, a menos de que se persigan fines históricos, estadísticos o científicos. Las obligaciones del buscador operan independientemente de que la publicación inicial hubiese sido lícita o la información continúe siendo accesible en internet.

Como consecuencia del reconocimiento del tratamiento de datos que realizan los motores de búsqueda que se hizo en la citada sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, Google Europa creó un sistema de recepción de solicitudes de bloqueo de datos personales en el listado de resultados de este motor de búsqueda. Además, para decidir si hay lugar al bloqueo, ha tenido en cuenta los siguientes estándares: si i) la persona respecto de quien se publican los datos es una figura pública o privada; ii) el vínculo que publica los datos personales proviene de una fuente de noticias de renombre o se trata de un portal web gubernamental; iii) los datos personales han sido publicados

⁵⁶ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

por su titular; y iv) la información personal versa sobre el discurso político o el pasado judicial, entre los más importantes⁵⁷.

Siguiendo estos criterios, Google ha accedido a la solicitud de desvinculación o desindexación de i) un documento viejo publicado en un grupo de conversación en línea que fue iniciada por el solicitante, e ii) información con cinco años de antigüedad sobre la exoneración de un caso de pornografía infantil. Por otro lado, ha negado el bloqueo de información cuando i) un medio de comunicación pide que sea removida información acerca de éste y proveniente de otro medio de comunicación, ii) un funcionario público solicita que sean eliminadas noticias sobre acusaciones en su contra por pornografía infantil, y iii) se requiere eliminar noticias sobre escándalos de abuso sexuales que terminan en condena. Además, también se ha negado a remover un enlace de 2013 que contiene un reporte sobre la absolución en un proceso penal, y no ha accedido a la solicitud de un escritor de retirar los enlaces que remiten al propio trabajo del peticionario⁵⁸.

En esta primera línea también se inscribe la decisión que hace unos meses adoptó el IFAI en México (hoy INAI), en el caso PPD 0094/14⁵⁹, donde decidió la solicitud de cancelación, bloqueo y supresión de información en URLs a cargo de Google. Dicha solicitud fue presentada por un transportista mexicano quien, según información publicada en algunos medios, habría donado aulas móviles a la fundación de la esposa del expresidente Vicente Fox⁶⁰. En concepto del solicitante, la información difundida por Google afectaba su honor y vida privada, e implicaba un grave riesgo para su seguridad personal e integridad física, ya que esas noticias hacían pública información personal de carácter financiero, patrimonial y judicial. La autoridad mexicana declaró procedente la protección de los derechos de oposición (que se abstenga de tratar los datos personales), cancelación de los datos personales (que los elimine), así como la iniciación del procedimiento de imposición de sanciones contra Google. El IFAI fundamentó su decisión en el precedente del Tribunal de Justicia Europeo del caso Costeja, especialmente, en relación con (i) el impacto del tratamiento de datos personales en los derechos de las personas como el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales, y (ii) las obligaciones de Google en su calidad de responsable del tratamiento de datos personales.

Esta posición no es compartida por el Tribunal Supremo Alemán. Por lo menos en dos importantes sentencias este Tribunal negó la existencia de un deber de actualización de archivos digitales de los medios de comunicación, y señaló que no existía la obligación de brindar olvido digital respecto de información de condenas penales que carece de

⁵⁷ Toobin, Jeffrey (2014) "The Solace of Oblivion. In Europe, the right to be forgotten trumps the Internet", *The New Yorker*. Consultado el 2 de octubre de 2014, disponible en http://www.newyorker.com/?p=2833081&mbid=social_tablet_e

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ <http://inicio.ifai.org.mx/pdf/resoluciones/2014/PPD%2094.pdf>

⁶⁰ <http://www.cnnmexico.com/opinion/2015/02/06/opinion-el-derecho-al-olvido-en-mexico>

interés público actual. En la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2009⁶¹, el Tribunal decidió la demanda instaurada contra *Deutschland Radio* por dos personas que fueron condenadas en 1993 por el homicidio de un actor. En ella solicitaban que se negara el acceso a un reportaje que se encontraba en la página web del medio donde se informaba sobre el asesinato. La respuesta fue desfavorable para los accionantes. Por su parte, en la sentencia de 13 de noviembre de 2012, el Tribunal Supremo tuvo que decidir si la revista *Der Spiegel* debía mantener o borrar en su archivo digital unos artículos escritos en 1983 en los que se informaba sobre el proceso penal de los presuntos responsables de un homicidio ocurrido en un yate en el Caribe. En este caso también negó la solicitud⁶².

En los dos procesos los demandantes pretendían que se aplicara el precedente del caso *Lebach*. Sin embargo, en concepto del Tribunal Supremo Alemán, a diferencia de lo que ocurre con la televisión, el acceso a los archivos digitales depende de la búsqueda activa por parte de los usuarios de internet. De modo que el solo registro en internet de condenas penales del pasado no afecta gravemente los derechos a la resocialización social, y sí resulta excesivamente lesiva de la libertad de expresión e información.

Por último, en la jurisprudencia italiana y argentina, con ciertas diferencias, se ha dicho que *prima facie* existe derecho al olvido, aunque ello no se haya traducido aún en la obligación de eliminar, borrar o bloquear la información que circula en internet y que se acusa de ser violatoria de dicho derecho. Así, aunque en Argentina no se ha reconocido explícitamente un derecho al olvido digital, sí se ha establecido que en determinadas circunstancias los motores de búsqueda son responsables de la información que difunden y en tales contextos se ha impuesto a estos un deber de retirar la información que divulgan en internet. Por su parte, en Italia se ha reconocido explícitamente que existe el derecho al olvido digital, pero su ejercicio se ha limitado a ciertos escenarios.

En Argentina se han fallado varios casos en los que se ha ordenado a los editores de las páginas web que retiren información personal contenida en internet, por vulnerar la privacidad y la protección de datos personales⁶³. Pero en un reciente caso conocido como el caso Da Cunha, se discutió y se sentaron algunas bases en relación con la responsabilidad de los motores de búsqueda y el derecho al olvido digital. Este caso se originó en una demanda civil por daños y perjuicios que presentó la cantante, actriz y modelo argentina Virginia Da Cunha contra los motores de búsqueda Yahoo y Google. Según ella, los buscadores difundieron algunas imágenes que ella inicialmente había publicado en redes sociales, pero lo hicieron sin su consentimiento y ligándolas a páginas con contenidos pornográficos. Por esto, la celebridad consideró que se habían

⁶¹ BGH, VI ZR 227/08.

⁶² BGH, VI ZR 330/11

⁶³ Esto ocurrió por ejemplo en los casos de Belén Rodríguez (2010), Evangelina Carrozo (2012) y Andrea Paola Krum (2011). Sobre estos casos cfr. Carter, Edward L. "Argentina's right to be forgotten". En *Emory International Law Review*. (27) 1, 2013. Pag. 23-39.

vulnerado sus derechos a la dignidad, a la intimidad, al honor, al buen nombre, y los derechos de autor.

La primera instancia judicial declaró que los motores de búsqueda demandados no habían generado un daño material pero sí habían causado un daño moral, por lo que ordenó que debían pagar una indemnización a Da Cunha y borrar las fotos que circulaban en internet. Esta decisión fue revocada en segunda instancia, y fue objeto de aclaraciones y disensos por parte de algunos de los jueces. Con todo, a pesar de que en esa oportunidad no se ampararon las libertades personales de la demandante, se señaló expresamente que los motores de búsqueda (en el caso concreto eran Google y Yahoo) sí son responsables de la información personal que divulgan, si previamente conocían el contenido difamatorio de la misma y negligentemente no la removieron de internet. En estas ocasiones los motores de búsqueda tendrían el deber de retirar la información⁶⁴.

Por su parte, en el reciente fallo del caso “María Belén Rodríguez c. Google/daños y perjuicios”⁶⁵, la Corte Suprema de Justicia Argentina precisó más las reglas de la responsabilidad subjetiva que aplica a los motores de búsqueda y enfatizó en el carácter excepcional de las restricciones a la libertad de expresión en internet. En este caso, la Corte decidió la solicitud de indemnización por daños y perjuicios, así como la eliminación de algunos vínculos de la red, presentada por la actora contra Google Inc y Yahoo de Argentina SRL. En criterio de la demandante, las accionadas usaron comercialmente y sin autorización su imagen. Además, vulneraron sus derechos al vincular su imagen con determinadas páginas de internet de contenido pornográfico.

La primera instancia accedió a las pretensiones de la demandante y señaló que las demandadas habían actuado con negligencia culpable “al no proceder a bloquear o impedir de modo absoluto la existencia de contenidos nocivos o ilegales perjudiciales a los derechos personalísimos de la actora, a partir de serles comunicada la aludida circunstancia”. Esta decisión fue revocada parcialmente en segunda instancia, la cual rechazó la vinculación de Yahoo al proceso, redujo el valor de la indemnización y dejó sin efecto la orden de eliminación de los vínculos en el motor de búsqueda. En este fallo se indicó que los motores de búsqueda tienen una responsabilidad subjetiva por la difusión de información en internet. El caso llegó finalmente a la Corte Suprema de Justicia de Argentina, la cual desestimó completamente la demanda. De la argumentación de la Corte Suprema queremos hacer énfasis en dos aspectos: (i) el tipo de responsabilidad que debe aplicarse a los buscadores de internet y las condiciones en las que éstos son responsables, y (iii) el uso de medidas cautelares para eliminar información en la red.

Sobre el primer punto, la Corte Suprema Argentina señaló que a los motores de búsqueda debe aplicarles la responsabilidad subjetiva, por cuanto éstos son meros

⁶⁴ Carter, Edward (2013) “Argentina’s Right to be forgotten”, Emory International Law Review, 27

⁶⁵ El fallo completo se encuentra en <http://www.telam.com.ar/advf/documentos/2014/10/544fd356a1da8.pdf>

intermediarios y, en principio, no son responsables del contenido de la información publicada en la red por terceros. No obstante, esa Corte precisó que los buscadores deben responder por un contenido publicado por un tercero, cuando aquellos tengan “efectivo conocimiento” de la ilicitud de la respectiva información. Pero, ¿cuándo un motor de búsqueda tiene “efectivo conocimiento” de la ilicitud de un contenido? Para responder a esta cuestión, la Corte Suprema diferenció entre el daño “manifiesto y grosero” de aquél que es “opinable, dudoso o exige un esclarecimiento”. El primero sería el caso, por ejemplo, de la pornografía infantil, la apología a la comisión de delitos como genocidio, racismo o cualquier otra forma de discriminación “con manifiesta perversidad o incitación a la violencia”. En estos escenarios, la ilicitud del contenido es abierta y evidente, por lo que el buscador debe bloquear inmediatamente la información, so pena de ser declarado responsable por no hacerlo. Por el contrario, frente a aquellos contenidos cuya ilicitud no es clara, a los motores de búsqueda sólo les está permitido bloquear dicha información por orden de autoridad administrativa o judicial, pues “no puede exigirse al "buscador" que supla la función de la autoridad competente ni menos aún la de los jueces”. Y en cuanto a lo segundo, la Corte Suprema estableció que las limitaciones a la libertad de expresión deben ser interpretadas de forma restrictiva y que no es procedente la tutela preventiva, ya que ello implicaría censura previa a la libertad de expresión.

De otro lado, la Corte de Casación Italiana en una sentencia del 5 de abril de 2012⁶⁶ decidió la demanda presentada por un político italiano, en la que solicitaba que se desindexara de una página web la noticia que contenía información sobre su pasado penal con el fin de que no fuera presentada en el listado de resultados de los motores de búsqueda. Se trataba de un político del partido socialista italiano que fue detenido por una investigación de corrupción. El hecho fue publicado y divulgado inicialmente en la prensa escrita en abril de 1993, y tiempo después la noticia fue puesta en el archivo digital del periódico. Sin embargo, en la noticia digital no se consignó el hecho de que el demandante resultó absuelto de los cargos penales que se le imputaban. Por eso, al buscar en internet, el nombre del político continuaba apareciendo la información sobre el estado del proceso penal en 1993.

El político presentó petición ante la autoridad nacional de protección de datos, y esta decidió mantener la noticia por tratarse de un personaje público y porque la información sobre la absolución podía encontrarse en otros sitios web. La decisión fue ratificada posteriormente por los tribunales. Por su parte, la Corte de Casación confirmó apenas parcialmente y se pronunció sobre el deber de actualizar información del pasado penal y la posibilidad del derecho al olvido digital en este ámbito.

De acuerdo con la Corte de Casación Italiana sí existe derecho al olvido. Este consiste en “el derecho a que no se reproduzcan noticias que por el transcurso del tiempo han

⁶⁶ Corte de Casación Italiana 5525/2012, de 5 de abril de 2012.

sido olvidadas o han perdido actualidad y, por tanto, interés para la opinión pública [...] de modo que su tratamiento informático ya no resulta justificado y sí es, en cambio, susceptible de impedir el normal disfrute de la propia identidad personal, en su dimensión social, [...] y acabar por tergiversar su propia imagen en el momento histórico presente”⁶⁷.

Pese a ello, en el caso no era posible ordenar la desindexación de la noticia por cuanto el accionante conservaba su calidad de personaje público. A lo único que había lugar era a que el medio de comunicación actualizara la noticia inicialmente difundida. Ello por cuanto, en criterio de la Corte la divulgación en internet constituye tratamiento de datos personales y los ciudadanos tienen el derecho a recibir información actual y acorde a la realidad.

Las tendencias de la jurisprudencia sobre el derecho al olvido.

Las preguntas sobre el derecho al olvido digital son un tema emergente en las discusiones judiciales, que dista de estar resuelto incluso en los países cuyas cortes han hecho algunos pronunciamientos. En cualquier caso, el análisis de las sentencias que hemos presentado nos permite avanzar en algunas conclusiones.

La primera de ellas es que en general todas las cortes están de acuerdo en que la información masivamente divulgada puede desconocer diferentes derechos fundamentales. En particular, como resultado de las nuevas tecnologías, se ha avanzado hacia un relativo consenso en relación a que las personas tienen derecho a que la sociedad digital bloquee el acceso masivo y perenne a ciertos datos desfavorables o inconvenientes, cuandoquiera que dejan de tener relevancia pública (de forma independiente a la discusión sobre su veracidad e imparcialidad), como expresión del derecho a la intimidad, al buen nombre, a la imagen y a la información. En estos casos, se protege la dimensión de actualidad de la información, y se pregunta por el interés actual que tiene la sociedad en acceder a ella. Como excepción, el Tribunal Supremo Alemán considera que no existe este derecho, pues el tamizaje de la información depende de forma exclusiva del usuario de internet y no de su disponibilidad en la red. Sin embargo, es necesario precisar que la estructura técnica de internet no demanda una gran búsqueda por parte del usuario, precisamente por la inmediatez y perennidad de la información. Por ello, en este concepto hemos trasladado a la red el criterio del Tribunal Constitucional Federal Alemán en el caso *Lebach*.

⁶⁷ Mieres Mieres, Luis Javier (2014) *El derecho al olvido digital*, Op. Cit, p. 35.

Existe mucho menos consenso sobre la forma y los sujetos que deben garantizar el derecho al olvido, y los límites que impiden una restricción desproporcionada de la libertad de información y de expresión. Los criterios jurisprudenciales sobre estos asuntos son aún incipientes. No obstante, existen dos ámbitos en los que se marcan algunas tendencias.

En cuanto al contenido, encontramos que (i) el momento en el que empieza a operar el derecho al olvido está sujeto a una determinación del tiempo razonable que transcurre entre el momento en el que se emitió la información o la noticia y el momento en el que se solicita que se elimine; y (ii) que uno de los criterios más importantes para definir esa razonabilidad es la relevancia que tiene la información para la sociedad actual, lo que en parte se ha definido siguiendo los parámetros de relevancia pública y los ámbitos de privacidad previstos para las tensiones de la libertad de prensa y la intimidad o el buen nombre. Así, la condena ya cumplida por una persona que no es personaje público y que no tiene ninguna característica relevante para la sociedad sería objeto del derecho al olvido, mientras que la misma condena en cabeza de un personaje público debe permanecer en internet.

En cuanto al tipo de protección, vemos que en la mayoría de los casos se protege el derecho al olvido (i) mediante decisiones judiciales que se ocupan solo de los casos en concreto (el único caso en el que se ordenó tomar medidas semejantes hacia futuro sin la intervención de un juez fue en el caso del Tribunal de Justicia Europeo); y (ii) con la adopción de algún tipo de restricción para el acceso masivo y global al dato que se considera violatorio de los derechos fundamentales. Esta restricción va desde la “contextualización” del caso italiano (que bien podría exigirse a los motores de búsqueda), pasando por la desvinculación de la noticia por parte de los buscadores en el caso del Tribunal Europeo, y que culminan con las eventuales solicitudes de borrar la información de la página web.

4. Posibles grados de responsabilidad de los motores de búsqueda.

Como lo hemos mostrado hasta aquí, la tensión entre la protección que se brinda al ámbito de la libertad de expresión que favorecen algunos intermediarios en internet como los buscadores, y los derechos relativos a la privacidad de las personas –esto es, el buen nombre, la intimidad, el habeas data y el derecho al olvido-, enfrenta varias complejidades. Estas tienen que ver con el carácter extendido y cada vez más complejo de la tecnología informática, lo cual contrasta con el hecho de que hasta ahora se haya logrado que el acceso por parte de los usuarios sea muy fácil. Las complejidades técnicas hacen difícil entrever cuáles son exactamente las consecuencias que tienen las actividades de internet sobre los derechos de los individuos, y dificultan el análisis

sobre los remedios constitucionales más razonables. También esto dificulta los consensos sobre los nuevos tipos de relaciones que se establecen entre los titulares de determinada información y quienes intervienen en los procesos que dan lugar a su difusión.

Simultáneamente, el uso extendido de internet y el fácil acceso de los usuarios a la información allí contenida hacen evidentes las contradicciones que pueden presentarse entre las actividades de internet y los derechos de los usuarios. En concreto, el tipo de situaciones que hemos analizado dejan entrever el cambio que internet –y en especial los motores de búsqueda- ha introducido en la percepción de la información. De una información que solo lograba llegar a un número definido de personas correspondientes a una comunidad y en un determinado período de tiempo, con los buscadores de internet se pasó a: (i) la masificación de la difusión de cierta información que de otro modo el interesado tardaría mucho en encontrar, y (ii) a la rapidez y precisión en una búsqueda que no está asociada al criterio del tiempo en el que se emitió la información, y que genera una sensación de perennidad del dato. Sin embargo, la lectura de estas contradicciones no puede llevarnos a desconocer el potencial democrático y pluralista que representa para un Estado democrático el rápido y fácil acceso y difusión de información en la red. En efecto, el entorno en línea por la rapidez e inmediatez de los contenidos, y por el mayor efecto amplificador de la información que representa, ofrece condiciones que incentivan la discusión pública y el ejercicio de otros derechos, como el derecho a la libre asociación y a la educación⁶⁸.

Con todo, el recorrido que hemos hecho en el documento puede arrojar varias luces que pueden contribuir a resolver el caso concreto que aborda la Corte.

Para empezar, en nuestro concepto es posible y conveniente encontrar en los diferentes casos una solución que reconozca efectivamente la especial protección que debe darse a la libertad de expresión en este tipo de tensiones. Para ello, la jurisprudencia y el análisis precedente muestran que es posible asignar distintos ámbitos de protección que den cuenta de las diferencias que pueden establecerse entre los medios de comunicación o de los sujetos que ejercen su derecho a la libertad de prensa e información; y los buscadores, cuya relación con la libertad de expresión tiene que ver específicamente con la difusión masiva y amplificación de la misma. Las dos son actividades valiosas y merecedoras de protección constitucional. Pero, como lo mostramos en la primera parte, el estándar de protección *prima facie* de la libertad que ampara a la prensa es más claro, así como la forma de resolver colisiones como la que plantea la actualización de los datos, que el tipo de protección a que tienen derecho los intermediarios de internet. Por

⁶⁸ Naciones Unidas. Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. A/66/290. 10 de agosto de 2011. Párr. 61. Disponible para consulta en: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=85.

CIDH, Informe libertad de expresión e internet, Op. Cit.

tanto, creemos que no hay razones para modificar este amplio ámbito de protección solo por el hecho de que la información sea divulgada por los periodistas en internet.

Algo distinto ocurre con la protección de la libertad de expresión en lo que se refiere a los motores de búsqueda. El ámbito de protección de sus derechos y los límites de los mismos están mucho menos claros. En este orden de ideas, puede ser valioso diferenciar las razones para la protección de un medio de comunicación que es al tiempo editor de páginas web, y la protección de los buscadores de internet. Será la Corte quien establezca el alcance de estas diferencias, pero ella debe operar como criterio límite para la restricción de la libertad de prensa. La Corte no podría considerar o establecer en la práctica restricciones más gravosas para la prensa o análisis de proporcionalidad menos estrictos, solo por equiparar su actividad a la de otros actores de internet.

Por su parte, en cuanto a los motores de búsqueda en internet, estimamos que éstos ejercen un poder informático significativo y que frente a él, tal como lo ha indicado la propia Corte, es necesario establecer un grado de protección adecuado a los derechos fundamentales que pudieran verse afectados. En este sentido, al menos en materia de derechos fundamentales, creemos que puede ser valioso prever algún tipo de responsabilidad para los motores de búsqueda de internet.

Esta responsabilidad debería basarse en cuatro ideas clave. La primera, es que como los motores de búsqueda de internet contribuyen a la libertad de expresión e información en la medida en que amplifican y generalizan la difusión de una información generada por otros, es razonable que en casos como el que estudia la Corte, la responsabilidad de los motores de búsqueda se limite al análisis de la difusión masiva y perenne de la información, y no de la información misma. La segunda es que si el mayor grado de consenso actualmente existente en la dogmática sobre el derecho al olvido no se relaciona tanto con el hecho de que un dato desaparezca materialmente sino con que el colectivo pueda acceder a él de manera masiva e inmediata, la discusión puede concentrarse en primer lugar en el ámbito de la difusión masiva y perenne de la información frente a la cual se pide el olvido. La tercera es que todas las decisiones que se tomen en esta materia deben consultar las posibilidades técnicas y tecnológicas realmente existentes en un momento dado. Y la cuarta es que el establecimiento de responsabilidades civiles por la difusión de información en la red por parte de los motores de búsqueda, debe ser excepcional, estrictamente proporcional y a solicitud de la parte interesada.

El principal criterio para tomar este tipo de determinaciones, como lo mostró la jurisprudencia, debería ser el de *interés público actual* en la difusión de la información. Teniendo en cuenta que la noción de interés público ha sido desarrollada profusamente en la jurisprudencia sobre los ámbitos de privacidad (tanto en lo que tiene que ver con la diferenciación del ámbito personal, familiar, social y laboral, como con el enfoque

diferencial frente a los personajes públicos)⁶⁹, tal como lo han hecho otros tribunales, no encontramos razones que impidan que la aplicación de esta noción frente a los motores de búsqueda tenga el mismo alcance que ha tenido en estos otros. Así, ya se ha fijado que el ámbito de protección de la privacidad disminuye al tiempo que aumenta el interés público en la información sobre personajes públicos y que lo contrario ocurre con personajes que están fuera de esta esfera pública. Por esta vía, la noticia antigua sobre la judicialización de un personaje por violación de graves violaciones de derechos humanos en el conflicto armado será de gran interés público (además de satisfacer el derecho de las víctimas a la verdad y a la memoria), en tanto que la pasada judicialización de una persona que no tenga relevancia pública por un delito común, tendrá un grado distinto de protección.

Esto deberá conjugarse, por supuesto, con el criterio de *actualidad* de la noticia, que es crucial en lo que tiene que ver con el derecho al olvido. De acuerdo con este criterio, tendrían este derecho quienes aparezcan vinculados a una noticia frente a la cual la comunidad en general ya no tenga interés. Es decir, cuando carezca de cualquier finalidad la permanencia del dato como enlace relevante porque deja de tener objeto recordarlo. Esto excluiría, como ya lo señalamos, la información personal que sea necesaria para garantizar el derecho de las víctimas y de la sociedad en general a la memoria histórica. En este punto, respondemos a las objeciones de quienes ven en el derecho al olvido digital un agravio a los esfuerzos de los países latinoamericanos de construir memoria y lograr la verdad sobre las violaciones de derechos humanos del pasado.

A partir de estas consideraciones generales y de los criterios específicos de interés público actual de la información, identificamos que existen por lo menos cuatro ámbitos de protección de las libertades de expresión y de información en internet, en los que surgirían diferentes tipos de responsabilidades para los medios de comunicación y los motores de búsqueda.

El primer grado corresponde a la regla general de protección de las libertades de expresión y de información en la red, según la cual la publicación y difusión de contenidos en internet es libre y merece especial protección constitucional. Esta es la regla constitucional general. En este nivel, cualquier tipo de excepciones a la libertad de internet debería seguir la línea jurisprudencial en materia de protección de la libertad de información. Esas restricciones deben ser excepcionales y justificadas. Igualmente, deben ser solicitadas por la parte interesada al respectivo medio de comunicación y/o motor de búsqueda. En todo caso, la decisión final sobre este tipo de limitaciones debe ser resuelta por una autoridad independiente a los medios de comunicación y a los buscadores de la red. Asimismo, deben superar un juicio de proporcionalidad estricto

⁶⁹ Al respecto, puede consultarse Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010) Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión. Organización de los Estados Americanos.

que analice en cada caso el nivel logrado de protección de derechos y el grado de afectación de la difusión de información, así como los efectos sistemáticos de las decisiones en el funcionamiento general de la red.

Dentro del margen de esas excepciones, se encuentran los otros tres ámbitos de protección. El segundo nivel de protección se presenta cuando la información publicada y divulgada en la red *tiene interés público pero ya no es actual, y esa ausencia de actualidad vulnera los derechos al buen nombre y a la intimidad de una persona*⁷⁰. Como vimos en el primer aparte de este documento, en estos casos el medio de comunicación tiene el deber de actualización de la noticia. Para tales fines, bastaría una nota aclaratoria en la página web que permita contextualizar la información. Respecto a la posible responsabilidad de los motores de búsqueda, podría explorarse si es técnicamente posible que los buscadores añadan a la lista de resultados la solicitud de actualización del titular, de manera que los usuarios de la red puedan tener conocimiento del nuevo contexto de la información, incluso antes de que ingresen al respectivo portal web.

El tercer nivel corresponde a los supuestos en los que la información difundida *no tiene interés público actual*. En estos escenarios corresponde al juez, o a la autoridad competente, determinar si el solicitante tiene derecho al olvido de una información particular, y si quien vulnera este derecho es el motor de búsqueda. En caso de que la respuesta sea positiva, creemos que una solución plausible es ordenar al motor de búsqueda que “desindexe” o desvincule el nombre del titular del derecho con esa información. De esta suerte, cuando se introduzca en el buscador el nombre de esa persona en particular, los accesos más relevantes no deberían remitir a esa información que debe olvidarse. Esto permitiría que, en todo caso, la prensa pueda continuar presentando la información a que tiene derecho, pues accediendo a los archivos de prensa o introduciendo la dirección exacta del lugar en que se aloja la noticia pueda accederse a ella, de modo que investigadores o interesados en un determinado tema continúen viéndola. Este acceso mediato que se generaría por la desvinculación de la noticia con el nombre del afectado, morigeraría el carácter masivo y perenne de la información que aparece en los buscadores, pues exige una actividad consciente en relación con el tiempo en el que se produjo la noticia y quita la relevancia al sujeto que está involucrado en ella. Esta posibilidad, sin embargo, requiere también un examen de las condiciones técnicas.

Por último, el cuarto nivel implica una mayor restricción a las libertades de expresión y de información en internet, pues opera en casos extremos como la publicación y difusión de pornografía infantil, de discurso prohibido o de la apología al genocidio, al racismo o a otros delitos. En este escenario surgen obligaciones para los medios de comunicación, en el sentido de que les está prohibido publicar información de esa

⁷⁰ El nivel de protección de estos dos derechos dependerá de si se trata de un personaje público o privado.

índole. Al imponerse restricciones a la publicidad del contenido, no es necesario establecer obligaciones en concreto para los buscadores de internet, ya que la información no estaría disponible en los correspondientes portales web.

Creemos que estos criterios aplicados al caso concreto que ocupa la atención de la Corte, armonizan bien la necesidad de empezar a establecer criterios para proteger los derechos de los individuos frente a internet, pero sin desconocer la altísima importancia que tiene este medio en el desarrollo de nuestra sociedad actual y su potencialidad para expandir el alcance de un derecho crucial para la democracia, tal como es la libertad de expresión e información. Corresponderá a la Corte, por tanto, definir el ámbito de protección a las libertades de expresión y de información que resulta aplicable al presente caso.

Cordialmente,

Rodrigo Uprimny Yepes

Director de Dejusticia

Vivian Newman Pont

Subdirectora de Dejusticia

Diana Isabel Güiza Gómez

Investigadora de Dejusticia