

Nuevos derechos en el sistema interamericano de derechos humanos: ¿debe importarse el “derecho al olvido” de la Unión Europea?

New Rights in the Inter-American System on Human Rights: Should the European Union’s “Right to Be Forgotten” Be Imported?

Nouveaux droits au système interaméricaine des droits de l’homme: faut-il importer le “droit à l’oubli” de L’Union Européenne?

Trilce Gabriela Valdivia Aguilar*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La versión “europea” del “derecho al olvido”*. III. *Nuevos derechos en el SIDH*. IV. *El derecho al olvido: ¿un nuevo derecho en el SIDH?* V. *Conclusión*. VI. *Bibliografía*.

* Universidad Católica San Pablo, Perú; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6842-1632>, tvaldivia@ucsp.edu.pe.

Artículo recibido el 18 de agosto de 2020

Aprobado para publicación el 25 de octubre de 2021

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXII, 2022, pp. 431-476
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Universidad Nacional Autónoma de México, IJJ-BJV, 2022

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMEN: Este trabajo tiene como propósito esclarecer si el derecho al olvido, como ha sido propuesto y desarrollado por la Corte de Justicia de la Unión Europea, debería ser reconocido como un nuevo derecho en el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH). En este texto, tras explorar las distintas vías por las que este reconocimiento podría materializarse, se sostiene que las fuentes formales del SIDH no han concedido a la privacidad informativa, en la forma del “derecho al olvido”, el estatus de un nuevo derecho adscrito al artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Del mismo modo, se sostiene que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no podría otorgarle razonablemente un estatus de dicha naturaleza, sin armonizar, al mismo tiempo, su contenido con otras garantías de la CADH, principalmente las referidas a la protección del derecho a la libertad de expresión.

Palabras clave: derecho al olvido, libertad de expresión, derecho a la vida privada, protección de datos personales, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

ABSTRACT: This work aims to clarify whether the right to be forgotten as framed by the European Court of Justice should be recognized as an implicit right to the American Convention on Human Rights. After exploring the different avenues for its recognition, it argues that the formal sources of the Inter-American Human Rights System have not granted informational privacy in the form of the “right to be forgotten” the status aforementioned. Moreover, it upholds that the Inter-American Court of Human Rights could not reasonably grant it such a status, without harmonizing its content with other rights, particularly the guarantees that protect the right to freedom of expression.

Key words: right to be forgotten, freedom of expression, right to privacy, personal data protection, Inter-American Court of Human Rights.

RÉSUMÉ: Le but de ce travail est de clarifier si le “droit à l’oubli”, tel que proposé et développé par la Court de Justice de l’ Union Européene, doit être reconnu comme un droit implicite dans le Système Interaméricain des Droits de l’homme. Dans cet article, après avoir exploré les différentes manières dont cette reconnaissance pourrait se matérialiser, il est soutenu que les sources formelles du Système Interaméricain n’ont pas accordé le “droit à l’oubli” le statut d’un nouveau droit dérivé de l’article 11 de la Convention Américaine relative aux Droits de l’homme. De même, il est soutenu que la Cour Interaméricaine de Droits de l’homme ne pouvait lui accorder un statut de cette nature sans harmoniser raisonnablement son contenu avec d’autres garanties de la Convention, principalement celles faisant référence à la protection du droit à la liberté d’expression.

Mots-clés: droit à l’oubli, liberté d’ expression, vie privée, Cour Interaméricaine des Droits de l’ homme.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del *caso Mario Costeja*, expedida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en 2014, reconoció el ahora famoso “derecho al olvido”. Este derecho no es del todo nuevo en el vecindario de los derechos humanos, puesto que diversos tribunales han otorgado a hechos vergonzosos del pasado alguna protección a través la protección del derecho a la vida privada,¹ no obstante, su aplicación al contexto de notas de medios de prensa hipervisibilizadas por buscadores de internet fue el gran aporte del *caso Costeja*. Desde entonces, ha sido citada por diversas cortes y parlamentos del mundo para justificar el reconocimiento de sus versiones locales de este derecho.

En este trabajo esclarecemos cuáles son los caminos con los que cuentan el legislador y el juez interamericano en caso de que decidieran importar dicha figura. Asimismo, evidenciamos que su posible incorporación al catálogo de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) entra en directa tensión con otras garantías protegidas por ésta. Para ello, hemos organizado nuestro trabajo en tres secciones: en la primera, explicamos a detalle la figura del “derecho al olvido” tanto en la legislación de la Unión Europea (UE) como en la jurisprudencia de su Tribunal de Justicia, además, complementamos la visión de este tribunal con los aportes que al respecto ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En la segunda sección nos adentramos en la discusión sobre los “nuevos derechos” o “derechos implícitos” en el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH) y proponemos una metodología para la incorporación de nuevos derechos. Finalmente, en la tercera parte explicamos las posibilidades tanto

¹ Para Corral Talciani, el derecho al olvido se ha desarrollado en tres etapas. En una primera etapa, este derecho habría protegido a sus titulares frente a la “republicación” de noticias pasadas por parte de los medios de comunicación. En una segunda etapa, este derecho habría concedido a su titular la posibilidad de eliminar o bloquear información recogida en bases de datos o registros que por el transcurso del tiempo podría llegar a ser perjudicial para las personas. A esta modalidad el autor la denomina “derecho al olvido informático”. En su última etapa, el derecho al olvido concedería a su titular la facultad de exigir que las plataformas *web* o motores de búsqueda eliminen o invisibilicen información de su pasado que es irrelevante o perjudicial. A esta última modalidad el autor la denomina “derecho al olvido digital”. *Cfr.* Corral, Hernán, “El derecho al olvido en internet: antecedentes y bases para su configuración jurídica”, *Revista Jurídica Digital UANDES*, núm. 1, 2017, pp. 43-66.

formales como materiales para el reconocimiento de este derecho al interior del SIDH y evidenciamos que la importación de dicha figura no es de fácil “acomodo” en el catálogo de la CADH, principalmente por los estándares de protección que ésta reserva para el derecho a la libertad de expresión.

II. LA VERSIÓN “EUROPEA” DEL “DERECHO AL OLVIDO”

Como es sabido, la protección del derecho al olvido resultó de una creación jurisprudencial de la Corte Europea de Justicia en el *caso Mario Costeja*² de mayo de 2014. El Sr. Costeja, abogado español, presentó una queja ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) contra *La Vanguardia Ediciones SL*, con el fin de que este medio eliminara o modificara la información contenida en su página *web*, referida a la subasta de la casa de propiedad del Sr. Costeja con motivo de un embargo para el pago de unas deudas en favor de la Seguridad Social.³ El señor Costeja alegó que desde la ocurrencia de tales hechos habían transcurrido ya varios años; no obstante, éstos seguían afectando su reputación, toda vez que se encontraban aún contenidos en la *web* de *La Vanguardia*.⁴ La queja del Sr. Costeja emplazó no sólo a *La Vanguardia*, sino también a Google, requiriéndole que “eliminaran u ocultaran sus datos personales”⁵ para que, de ese modo, los artículos de *La Vanguardia* no figuraran como resultados de la búsqueda del nombre del Sr. Costeja. En su decisión, la AEPD desestimó la queja contra *La Vanguardia* y emplazó a Google, aduciendo que se

...encontraba facultada para ordenar la retirada e imposibilitar el acceso a determinados datos por parte de los gestores de motores de búsqueda cuando considere

² TJUE (Gran Sala), *Google Spain vs. Agencia Española de Protección de Datos and Mario Costeja González*, caso C-131/12, sentencia del 13 de mayo de 2014, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>. No obstante, la frase “derecho al olvido” ha circulado antes (1985) en la jurisprudencia de la Corte Suprema italiana como *diritto all' oblio*, que se definió como el derecho individual a “no tener su patrimonio intelectual, político, social religioso y profesional tergiversado”. Mayer-Schonberger, Viktor, *Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, Princeton University Press, 2009, p. 141.

³ *Ibidem*, párr. 14.

⁴ *Ibidem*, párr. 15.

⁵ *Idem*.

que su localización y difusión puede lesionar el derecho fundamental a la protección de datos y a la dignidad de la persona entendida en un sentido amplio, lo que incluye la mera voluntad del particular afectado cuando quiere que tales datos no sean conocidos por terceros.⁶

Ambas partes apelaron la decisión frente a la Audiencia Nacional, la que acumuló las acciones y solicitó al TJUE la interpretación de la Directiva 95/46/CE. En su decisión el TJUE interpretó que

...el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, también en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de estas páginas web, y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita.⁷

El razonamiento del TJUE se basó en las siguientes premisas: primero, que la actividad propia de los motores de búsqueda, como encontrar información localizada en internet, indexarla automáticamente, almacenarla y ponerla a disposición de los usuarios de internet conforme a un orden particular de preferencia, equivale al “tratamiento de datos personales” señalado por el artículo 2(b) de la Directiva 95/46/EC. Segundo, y como consecuencia de lo anterior, los motores de búsqueda debían ser considerados “responsables del tratamiento” de datos personales, según indica el artículo 2(d) de la Directiva. No así los editores de páginas web, quienes, si bien realizan un tratamiento de datos, lo hacen “con fines exclusivamente periodísticos”.⁸

La justificación normativa propuesta por el TJUE para el reconocimiento de este “derecho al olvido” se fundó en los artículos 7o. y 8o. de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, los cuales reconocen los derechos a la vida privada y a la protección de datos personales, respectivamente. Para el TJUE, estos derechos priman, en principio, no sólo por sobre “el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino

⁶ *Ibidem*, párr. 17.

⁷ *Ibidem*, párr. 100.3.

⁸ *Ibidem*, párr. 85.

también sobre el interés de dicho público en encontrar la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona”.⁹ No obstante, el TJUE aclaró que cuando el involucrado desempeña un papel en la vida pública, se justificaría una “injerencia” sobre estos derechos.

La justificación axiológica residiría, según lo afirmado por Meg Leta Jones, en el llamado *right to oblivion* que se ha aplicado históricamente a casos en los cuales un individuo desea no ser asociado con acciones ni otras circunstancias peculiares de su pasado.¹⁰ El ámbito de protección del derecho se extiende a contenidos en redes sociales, entradas en *blogs, posts* y artículos, que aunque hayan sido legítimamente producidos y transmitidos, han devenido en irrelevantes por el paso del tiempo y representan al momento actual un “daño a la dignidad, personalidad, reputación e identidad”.¹¹ Este derecho sería una concreción del derecho a la privacidad, entendida como aquella esfera protegida de la intervención de terceros que sirve al desarrollo y mantenimiento de la identidad personal¹² o como espacio para la autodefinición.¹³

Resulta importante no confundir el llamado “derecho al olvido” europeo con el *right to deletion* o derecho a solicitar la eliminación de datos o información que ha sido hecha pública de modo pasivo por el sujeto interesado y que ha sido luego recolectada y almacenada por un primer controlador de información que la ha transmitido sucesivamente a otros sin contar con autorización para su difusión pública.¹⁴ El *right to deletion* encuentra su jus-

⁹ *Ibidem*, párr. 97.

¹⁰ Leta Jones, Meg, *Ctrl+Z*, Nueva York, NYU Press, 2016, p. 96.

¹¹ *Ibidem*, p. 99.

¹² *Ibidem*, p. 100. Para Nuno Gomes de Andrade, “el derecho a ser olvidado es un instrumento mediante el cual los individuos corrigen y vuelven a proyectar sus imágenes a la sociedad (perspectiva de la identidad). Es en estos términos, como el derecho a transmitir la propia imagen e identidad que uno desea a la opinión pública, que el derecho al olvido se debe equilibrar y articular con el derecho a la libertad de información y la libertad de expresión. De esta manera, el derecho a ser olvidado no pasa por alto la relación entre el individuo y la sociedad. Por el contrario, el derecho a ser olvidado asume y parte de su existencia, reequilibrando de la forma en que se representa al individuo (y su identidad *ipse*) en la sociedad (identidad *idem*)”. Cfr. Nuno Gomes de Andrade, Norberto, “El olvido: el derecho a ser diferente... de uno mismo. Una reconsideración del derecho a ser olvidado”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 13, 2012, p. 76.

¹³ Leta Jones, Meg, *op. cit.*, p. 92.

¹⁴ *Ibidem*, p. 92.

tificación en el derecho a la autodeterminación informativa, un concepto desarrollado por el Tribunal Constitucional Alemán.¹⁵ Su objeto de protección son aquellos “datos que han sido generados por el mismo sujeto de manera pasiva y que han sido transmitidos al primer controlador de información y así sucesivamente a otros”.¹⁶ Su finalidad reside en “acortar la brecha de poder entre los usuarios de internet y otros sistemas de información y los controladores de esta información”.¹⁷ A diferencia del *right to deletion*, la versión “europea” del derecho al olvido tiene como objeto de protección aquel contenido *web* creado activamente por un tercero o por el mismo sujeto interesado, que lo involucra y sobre el que éste tiene una facultad de administración en la escala de tiempo, “oscureciendo el acceso a cierta información a través de mecanismos que dificulten su capacidad de ser descubiertos”.¹⁸

Lo que inicialmente fue una “creación jurisprudencial” obtuvo reconocimiento explícito con la promulgación del Reglamento 2016/79 el 24 de mayo de 2016 (aplicable para los Estados miembros a partir del 25 de mayo de 2018), que derogó la Directiva 95/46/CE. En este reglamento el “derecho al olvido” o “derecho de supresión” se encuentra reconocido en el artículo 17. Las circunstancias en las que dicha “supresión” de información sin dilación indebida procedería son, entre otras, la irrelevancia de los datos (en el sentido de que éstos ya no son necesarios para alcanzar los fines para los cuales fueron recogidos), el retiro del consentimiento para la administración de tales datos personales (sin mayor justificación), la oposición al tratamiento de los datos personales por parte del interesado, el tratamiento ilícito de los datos personales y el cumplimiento de una obligación legal.

Asimismo, se amplía el “derecho al olvido” generando una obligación accesoria para el responsable del manejo de los datos, la cual es comunicar a

¹⁵ *Ibidem*, p. 95. Viktor Mayer-Schonberger narra cómo, a consecuencia del registro integral poblacional llevado a cabo por los Países Bajos en la década de 1930, se facilitó al ejército nazi la identificación, deportación y asesinato de un porcentaje mucho más alto (73%) de población judía que en cualquier otra nación europea. En virtud de tales hechos, no es sorpresa que años más tarde el Tribunal Constitucional alemán le haya concedido a la “autodeterminación informativa” el grado de protección de un derecho fundamental. Véase Mayer-Schonberger, Viktor, *op. cit.*, p. 141.

¹⁶ *Ibidem*, p. 100.

¹⁷ *Ibidem*, p. 99.

¹⁸ *Ibidem*, p. 94.

otros responsables que estén tratando esos datos personales sobre la solicitud de supresión de todo enlace a ellos o a sus copias o réplicas. No obstante, se señalan también, explícitamente, sus límites, recogidos en el inciso 3 del artículo 17, y son, entre otros, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información; el cumplimiento de una obligación legal o de un objetivo de interés público; razones de salud pública; interés científico, histórico o estadístico, así como la defensa de reclamaciones.

Ahora bien, no ha sido sino hasta fines de 2019 que el TJUE ha vuelto a pronunciarse sobre esta materia. El novel artículo 17 fue interpretado por la Gran Sala del Tribunal de Justicia en la sentencia del *caso GC y otros vs. CNIL*.¹⁹ Los hechos que dieron origen a este pronunciamiento fueron los pedidos de desindexación de cuatro individuos, quienes solicitaron a Google que dejara de mostrar como resultados de búsqueda aquellos enlaces que dirigieran a los usuarios hacia información relativa a un fotomontaje satírico de un político local, a la pertenencia de uno de los solicitantes a la Iglesia de la ciencia, a una investigación sobre empresarios y personajes políticos y, finalmente, a un artículo sobre una condena judicial por abuso sexual de menores.²⁰

Dos fueron los principales asuntos resueltos por el TJUE: el primero sobre si Google necesita el consentimiento de los interesados para procesar su información sensible. De acuerdo con el TJUE, solicitar dicho consentimiento antes de tratar los datos personales de los interesados se tornaría imposible en la práctica. Sin embargo, una vez que los usuarios presentan a Google una solicitud de retiro de enlaces, se debe entender que, al menos a esa fecha, el consentimiento para el tratamiento de la información ha sido retirado.²¹ El segundo asunto concierne al papel de Google en la definición del ámbito de aplicación del derecho al olvido. Para el TJUE, en general, los derechos a la vida privada y a la protección de datos personales priman sobre la libertad de información de los internautas; no obstante, dicha máxima puede hallar excepciones dependiendo de las circunstancias del caso; en particular, en el interés público de disponer de dicha infor-

¹⁹ TJUE (Gran Sala), *GC y otros vs. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, caso C-136/17, sentencia del 24 de septiembre de 2019, disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=E988263COD9960397E2AC55FA36320F8?text=&docid=218106&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7551481>.

²⁰ *Ibidem*, párrs. 24-40.

²¹ *Ibidem*, párr. 62.

mación, sobre todo en función del papel que el interesado en retirar el *link* desempeña en la vida pública.²² Así, sólo si la inclusión del enlace en la lista de resultados obtenida tras la búsqueda del nombre del interesado es estrictamente necesaria para proteger la libertad de información de los internautas, entonces debe rechazarse la solicitud.

Como puede apreciarse, una de las aristas más preocupantes del fallo es que deja en manos de Google, una compañía privada, el decidir cuándo una información es de “interés público” o no. Otro asunto importante tratado en la sentencia es el relativo a la interpretación del artículo 10 del Reglamento referido al tratamiento de datos personales relativos a condenas e infracciones penales. Para el TJUE, “al incluir en la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre del interesado enlaces que dirigen a páginas webs en que se publican tales datos”, el gestor del motor de búsqueda realiza un tratamiento de datos personales.²³ Y si bien en un principio el tratamiento de dichos datos puede ser lícito, por el tiempo transcurrido pueden devenir en impertinentes o excesivos. No obstante, aun en ese supuesto, el gestor de un motor de búsqueda deberá comprobar “si la inclusión del enlace que dirige a la página web en cuestión en la lista de resultados obtenida tras una búsqueda del nombre del interesado es necesaria para el ejercicio del derecho a la libertad de información de los internautas potencialmente interesados en acceder a esa página web”.²⁴

Otro pronunciamiento de relevancia es el de la sentencia del *caso Google LLC vs. CNIL*.²⁵ Google había sido multado con 100,000 euros por la agencia

²² *Ibidem*, párr. 66.

²³ *Ibidem*, párr. 73. De acuerdo con el Tribunal, “corresponde al gestor de un motor de búsqueda apreciar, a la luz de las circunstancias del caso concreto, en particular, la naturaleza y la gravedad de la infracción en cuestión, el desarrollo y desenlace de dicho procedimiento, el tiempo transcurrido, el interés del público en el momento de la solicitud, el contenido y la forma de la publicación y las repercusiones de esta en el interesado”, el decidir que esta información ya no se vincule al nombre del interesado. Véase *ibidem*, párr. 77.

²⁴ *Ibidem*, párr. 75. En el caso de rechazar la petición, por considerar que “la inclusión del enlace controvertido es estrictamente necesaria para conciliar los derechos del respeto de la vida privada y a la protección de los datos del interesado con la libertad de información de los internautas potencialmente interesados”, el motor de búsqueda “está obligado a estructurar la lista de resultados de tal manera que la imagen global que resulte de ella para el internauta refleje la situación actual, lo que requerirá en particular, que en dicha lista se indiquen en primer lugar enlaces a páginas web que contengan información al respecto”. Véase *ibidem*, párr. 78.

²⁵ TJUE (Gran Sala), *LLC y otros vs. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, caso C-507/17, sentencia del 24 de septiembre de 2019, disponible en: <https://curia.europa>.

informática francesa por negarse a desindexar los resultados de búsqueda del nombre del solicitante en todas las extensiones de nombre de dominio de su motor de búsqueda. Google aceptó el requerimiento sólo respecto de las extensiones de su buscador en los estados miembros de la UE. Asimismo, y como medida complementaria, sugirió la implementación de un “bloqueo geográfico” que eliminaba la posibilidad de acceder a los datos del solicitante desde una dirección IP localizada en el país de residencia del interesado, independientemente de la extensión del motor solicitada por el internauta.²⁶ Para el TJUE, la obligación de los motores de búsqueda de retirar los enlaces de todas las versiones de su motor podía resultar justificada, por el carácter global y transfronterizo de internet, toda vez que “los motores de búsqueda confieren carácter ubicuo a la información y a los enlaces contenidos en una lista de resultados”,²⁷ y por consiguiente los internautas de fuera de la UE pueden acceder a enlaces que remiten a información de personas cuyo centro de interés está en la UE.

Sin embargo, no todos los Estados han reconocido una misma versión del derecho a la retirada de enlaces,²⁸ además, el derecho de protección de datos personales no es absoluto y debe equilibrarse con otros derechos fundamentales en un ejercicio de proporcionalidad.²⁹ El TJUE concluye entonces, que un motor de búsqueda que estime una solicitud de retirada de enlaces “no está obligado a proceder a dicha retirada en todas las versiones de su motor”.³⁰ Asimismo, señaló que, en principio, la retirada de enlaces debe realizarse en las versiones del motor de búsqueda correspondientes a los Estados de la UE. No obstante, el interés público sobre la información a la que redirige el enlace puede variar, inclusive dentro de la misma UE, por lo que habrá que realizar una ponderación al respecto, además de un cierto nivel de cooperación entre las diferentes autoridades nacionales de control, con el fin de que apliquen el Reglamento de manera coherente en toda la UE.³¹

eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218105&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11332.

²⁶ *Ibidem*, párr. 32.

²⁷ *Ibidem*, párr. 56.

²⁸ *Ibidem*, párr. 59.

²⁹ *Ibidem*, párr. 60.

³⁰ *Ibidem*, párr. 64.

³¹ *Ibidem*, párr. 68.

Luego de emitida la sentencia del caso *Mario Costeja*, varios tribunales domésticos han adoptado sus propias versiones del llamado “derecho al olvido”. Incluso los mismos altos tribunales europeos han adoptado versiones “locales” de este derecho, y algunas más “extremas” que la del TJUE.³² Por ejemplo, la Corte de Casación belga ordenó medidas de anonimización³³ al diario *Le Soir*, y la Corte de Casación italiana ordenó que la corporación de prensa *PrimaDaNoi* eliminara en su totalidad todos los artículos noticiosos referidos a la condena criminal que había sufrido el dueño de un restaurante.³⁴

Por su parte, el TEDH viene trazando una línea jurisprudencial, en principio, favorecedora del derecho a la libertad de expresión, salvo un reciente fallo. Sirva recordar que la jurisprudencia del TEDH reconoce el derecho a la protección de datos personales como implícito al artículo 8o. del Convenio Europeo. En *Rotaru vs. Romania*, el TEDH afirmó que “el almacenamiento de información relativa a la vida privada de un individuo en un registro secreto y el subsecuente develamiento de dicha información se encuentran dentro del ámbito de protección del Artículo 8o.”³⁵ (artículo que en el Convenio reconoce el derecho a la vida privada y familiar). Para el TEDH incluso la información que en un principio se valoró como pública puede ingresar dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada cuando ha sido recolectada sistemáticamente y almacenada

³² Nunziato, Dawn C., “The Fourth Year of Forgetting: The Troubling Expansion of the Right to be Forgotten”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 1, núm. 39, 2018, pp. 101-152.

³³ La Corte ordenó a un periódico anonimizar la información contenida en un artículo publicado en 1994 en *Le Soir* y que se encontraba disponible en versión digital desde 2008. El artículo involucraba la condena por el homicidio de dos personas que había cometido un médico por manejar en estado de ebriedad. Para la Corte, si bien en 1994 la noticia había sido publicada de manera legítima, su disponibilidad en medios digitales implicaba una violación de su derecho a la privacidad, pues el médico se había rehabilitado y no era una figura pública. En consecuencia, ordenó que todas las referencias que se hacían a los datos del médico en el artículo noticioso fueran anonimizadas, reemplazando su nombre por “X”. Véase Corte de Casación de Bélgica, *Olivier G. vs. Le Soir*, AR C150052F, 29 de abril de 2016. Recientemente, el TEDH se ha pronunciado sobre este caso en la sentencia *Hurbain v. Bélgica*, que analizaremos más adelante.

³⁴ Corte de Casación de Italia, casación civil, sección I, núm. 13161, sentencia del 24 de junio de 2016.

³⁵ TEDH, caso *Rotaru vs. Rumania*, aplicación núm. 28341/95, sentencia del 4 de mayo de 2000, párr. 43, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58586%22%5D%7D>.

como crear un perfil de los sujetos de búsqueda.⁴² Señaló que el balance de los intereses en juego variará dependiendo de si una solicitud de borrado se dirige contra el editor de la información o contra el motor de búsqueda.⁴³

Para el primer caso el *balancing* involucra, principalmente, el derecho a la libertad de expresión; para el segundo caso éste involucrará sobre todo el interés del motor de búsqueda en permitir la localización de la información y establecer el perfil de un sujeto.⁴⁴ El fallo, que en el fondo implicaba la eliminación de toda referencia a los recurrentes (dos medios hermanos sentenciados a cadena perpetua por un crimen de asesinato en 1993 y puestos en libertad condicional en 2007) en los sitios *web* de una emisora radial, un semanario y un diario alemán, fue favorable a los medios de prensa. El TEDH consideró, entre otros, los siguientes criterios para el *balancing*: la contribución a un debate de interés general, la notoriedad de las personas involucradas, el objeto del reportaje, el comportamiento anterior de la persona involucrada, el contenido, la forma y las repercusiones de la publicación, así como las circunstancias en las que se obtuvieron las imágenes de los recurrentes.⁴⁵

Al evaluar la sentencia de la Corte Federal de Justicia, el TEDH consideró que realizó una adecuada valoración de todos los elementos antes descritos y que una decisión en sentido distinto hubiera implicado disuadir a la prensa de incluir en sus reportajes datos que identificaran a los sujetos involucrados por el riesgo de que esta información, en el futuro, se convirtiera en “ilícita”.⁴⁶ Del mismo modo, la Corte consideró que los recurrentes no eran propiamente personas privadas, sino que habían ganado notoriedad a lo largo del proceso penal seguido en su contra. Con relación a las repercusiones de la publicación, la Corte recordó a los recurrentes que ellos se encontraban en la libertad de solicitar al motor de búsqueda reducir las posibilidades de detectabilidad de estas noticias, hecho que no realizaron.⁴⁷ Asimismo, la Corte observó que para acceder a los artículos había que superar algunas restricciones, pues estaban sujetos a previo pago y suscripción. Por las razones antes expuestas el TEDH concluyó que el de-

⁴² *Ibidem*, párr. 97.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ *Ibidem*, párr. 95.

⁴⁵ *Ibidem*, párr. 97.

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 116.

⁴⁷ *Idem*.

recho a la privacidad de los señores M. L. y W. W. no había sido vulnerado por las autoridades locales.

La línea jurisprudencial antes descrita ha tenido un ligero desvío con la sentencia del *caso Hurbain vs. Bélgica*, en la que el TEDH se ha pronunciado sobre las medidas de anonimización ordenadas por los tribunales belgas en el *caso Olivier G. vs. Le Soir*, reseñado líneas antes. El diario *Le Soir* interpuso una demanda contra la decisión expedida por la Corte de Casación belga, por afectación de su derecho a la libertad de expresión. Para el TEDH, en este caso, debían ponderarse, por una parte, el derecho del público a informarse sobre hechos pasados o de historia contemporánea —para cuyo ejercicio juegan un papel esencial los archivos de prensa— y, por otra, el derecho a la vida privada de la persona involucrada en la noticia.⁴⁸ La Corte empleó en su razonamiento el mismo test aplicado a *M. L. y W. W. vs. Alemania*. En esa línea, consideró que el artículo no tenía ya un valor de actualidad⁴⁹ ni contribuía a un debate de interés general, toda vez que el nombre del afectado no resultaba relevante —20 años después— para discutir sobre la seguridad en las carreteras.⁵⁰ Asimismo, apreció que el afectado había ya purgado tiempo en prisión y pasado por un proceso de rehabilitación.⁵¹ Para el TJUE, si bien el haber sido sancionado en un proceso penal le otorgó al afectado cierta notoriedad, esta notoriedad es susceptible de disminuir con el transcurso del tiempo, sobre todo porque al momento de sucedidos los hechos y en la actualidad, el afectado era una persona común y corriente, y esa sería, precisamente, la esfera protegida por el derecho al olvido.⁵² Y si bien la información difundida en el artículo era veraz y había sido obtenida lícitamente, ésta se mantenía *fácilmente disponible*, lo que ampliaba sus posibles efectos lesivos.⁵³

Para el TEDH no puede dejar de valorarse que la facilidad para el acceso a la información almacenada por sitios *webs* es principalmente posibilitada por los motores de búsqueda; sin embargo, el mero hecho de publicar un

⁴⁸ TEDH, *caso Hurbain vs. Bélgica*, aplicación núm. 57292/16, sentencia del 22 de junio de 2021, párr. 100, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-210467%22>}.

⁴⁹ *Ibidem*, párr. 106.

⁵⁰ *Ibidem*, párr. 107.

⁵¹ *Ibidem*, párr. 109.

⁵² *Ibidem*, párrs. 110 y 111.

⁵³ *Ibidem*, párr. 118.

artículo *online* ya tiene una repercusión importante en la visibilidad de la información; por lo que la injerencia inicial en el derecho a la vida privada del afectado resulta de la decisión del diario *Le Soir* de publicar esta información en su sitio *web* y de mantenerla disponible allí desde el año 2008.⁵⁴ Con relación a la gravedad de la medida impuesta a *Le Soir*, que fue la anonimización, el Tribunal consideró que la medida resultó adecuada y necesaria, puesto que la anonimización se efectuaría sólo en la versión *online* del artículo de *Le Soir*, manteniéndose la integridad del ejemplar en papel.⁵⁵

Conforme a lo expuesto, podemos concluir que para el modelo del TJUE del derecho al olvido, los motores de búsqueda son controladores de información que recopilan, recuperan, almacenan, organizan y ponen a disposición de sus usuarios datos personales originalmente publicados en páginas *web* a través de la lista de resultados de búsqueda. Cuando estos resultados afectan la privacidad o reputación de un individuo, éste debe interponer una queja directamente contra Google, el que está obligado a resolver la solicitud. Dicha solicitud puesta en conocimiento de Google activa su responsabilidad subjetiva por el contenido de la información mostrada en los resultados de búsqueda. Este procedimiento convierte a Google en el principal árbitro de las solicitudes de desindexación de resultados de búsqueda y, *prima facie*, en el principal garante del respeto del derecho a la vida privada de los usuarios de internet, así como la entidad a cargo de decidir sobre una limitación del derecho de acceso a la información.

Como señalamos líneas antes, las obligaciones emanadas del reconocimiento al derecho al olvido ponen en evidencia que el TJUE acerca su comprensión del derecho al olvido al derecho a la autodeterminación informativa. Por su parte, el TEDH ha recibido peticiones que involucran otra modalidad del derecho al olvido digital, en el que las quejas se han planteado contra el portal de internet fuente de la información, de modo que se elimine toda referencia a los afectados.

⁵⁴ *Ibidem*, párr. 120.

⁵⁵ *Ibidem*, párr. 129. Es preciso señalar que el TEDH valoró que la imposición de la anonimización de una publicación *online* podría ocasionar que los medios de prensa se abstengan de conservar archivos en línea de reportajes pasados, o que omitan ciertos elementos individualizadores en sus reportajes por temor a ulteriores demandas (*ibidem*, párr. 102). Asimismo, con relación al argumento de la desindexación como medida menos lesiva de la libertad de expresión, el TEDH señaló que ese hecho no podía valorarse de modo abstracto. En el caso concreto, el afectado no solicitó a Google dicha desindexación, y cuando la misma fue solicitada al buscador por el diario *Le Soir*, no se recibió respuesta alguna (*ibidem*, párr. 127).

III. NUEVOS DERECHOS EN EL SIDH

Con “nuevos derechos” o “derechos implícitos” nos referimos a aquellos que, aunque no se encuentran expresamente reconocidos en un tratado de derechos humanos, son bienes humanos básicos candidatos para ser reconocidos como tales.⁵⁶ La temática de los “nuevos derechos” ha sido objeto de numerosos análisis en la doctrina y se ha relacionado directamente con el fenómeno denominado *rights inflation* (inflación de derechos), que es cuando todos aquellos valores socialmente deseables terminan encontrando reconocimiento como derechos humanos.⁵⁷ Ello habría generado que incluso una serie de actividades triviales obtengan dicho estatus. En esa línea, autores como Nickel,⁵⁸ Tasioulas⁵⁹ y Alston⁶⁰ han propuesto distintos umbrales (o, en otras palabras, una especie de control de calidad) que debe atravesar un determinado interés o bien para ser reconocido como un “derecho humano”.

En el seno del sistema europeo, Gerards estima que el activo reconocimiento de nuevos derechos por el TEDH habría generado que tuviera que evaluar cada vez con mayor frecuencia casos de alta complejidad que involucraran un agudo conocimiento de los derechos nacionales y del contexto social en el que sucedieron los hechos.⁶¹ Para la autora, si bien el TEDH vie-

⁵⁶ Von der Decken, Kerstin y Koch, Nikolaus, “Recognition of New Human Rights”, en Arnould, Andreas von *et al.* (eds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, Cambridge University Press, 2020, p. 8.

⁵⁷ Susi, Mart, “Novelty in New Human Rights. The Decrease in Universality and Abstractness Thesis”, en Arnould, Andreas von *et al.* (eds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, *cit.*, pp. 29 y 30. El autor citado encuentra seis posibles orígenes para demandas de nuevos derechos humanos: la realización de alguna agenda política, presión de grupos de la sociedad civil, desarrollos científicos y tecnológicos, el hecho que el ordenamiento jurídico no proteja la realización de un valor social importante, conceptualización de valores morales y sociales y razones de tipo intelectual.

⁵⁸ Nickel, James, *Making Senses of Human Rights: Philosophical Reflections on the Universal Declaration of Human Rights*, University of California Press, 1987, cap. 2.

⁵⁹ Tasioulas, John, “Saving Human Rights from Human Rights Law,” *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, núm. 52, pp. 1167-1180.

⁶⁰ Alston, Philipp, “Conjuring up New Human Rights: A Proposal for Quality Control”, *American Journal of International Law*, vol. 78, núm. 3, 1984, pp. 607-621.

⁶¹ Gerards, Janneke, “The Scope of ECHR Rights and Institutional Concerns. The Relationship between LProliferation of Rights and the Case load of the ECtHR”, en Brems, Eva

ne hasta la fecha desarrollando un nivel muy alto de razonamiento judicial (incluso en casos difíciles), podría suceder que, en el largo plazo, el mismo no se mantenga. Por el contrario, Kai Moller estima que el fenómeno de la “inflación” de derechos es inevitable. El autor considera que si los derechos se entienden como garantías que permiten un mayor desarrollo de los niveles de autonomía del ser humano, entonces actividades que se precian “insignificantes”, e incluso otras que se consideran moralmente reprochables, podrían resultar protegidas por un derecho humano o fundamental.⁶²

En el seno del SIDH, la principal fuente del reconocimiento de nuevos derechos se encuentra en la labor jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Ésta ha preferido en múltiples ocasiones derivar “derechos implícitos” del catálogo de la Convención a través de su jurisprudencia, recurriendo a los criterios de interpretación evolutiva y al principio *pro homine*.⁶³ A diferencia de su par europeo, la Corte IDH ha adoptado una metodología de impronta universalista para proclamar la “evolución de la CADH sobre un determinado aspecto, por lo que suele recurrir en mayor medida a fuentes externas al sistema que al consenso en la región”.⁶⁴ Dutlitzky y Carpintero han identificado que en numerosas ocasiones la labor hermenéutica de la Corte IDH recurre a los conceptos de *corpus iuris* y diálogo judicial con el fin de interpretar el texto de la CADH a partir de otros tratados de derechos humanos, de normas de *soft law* y fallos y opiniones de otros tribunales de derechos humanos, sin tomar en cuenta la práctica de los Estados ni el consenso regional sobre estos estándares.⁶⁵ Para Neuman, la práctica de la Corte IDH no resulta la

y Gerards, Janneke (eds.), *Shaping Rights in the ECHR*, Cambridge University Press, 2014, p. 95.

⁶² Möller, Kai, “Proportionality, and rights inflation”, en Huscroft, Grant *et al.* (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014, pp. 163-165.

⁶³ Candia, Gonzalo, “Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, núm. 3, 2015, pp. 874 y 875.

⁶⁴ Clérico, Laura, “El argumento de la falta de consenso regional en derechos humanos. Divergencia entre el TEDH y la Corte IDH”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 46, mayo-agosto de 2020, pp. 75-77. *Cfr.* Candia, Gonzalo, “Interpretation of Regional Human Rights Conventions and Originalism: Different Context, Same Myths,” *DPCE Online*, núm. 3, 2017, p. 601.

⁶⁵ Dulitzky, Ariel y Carpintero, Karina, “Mecanismos formales e informales para el reconocimiento de nuevos derechos y la disfuncionalidad del sistema interamericano de derechos humanos”, *Iuris Dictio*, núm. 20, 2017, pp. 27-31.

más acertada, ya que al otorgarle mayor efectividad a un derecho no necesariamente amplía su ámbito de protección. El autor identifica también el riesgo de un razonamiento contradictorio en la prematura “oficialización” de fuentes de *soft law*, toda vez que el contenido adoptado en una norma de *soft law* no siempre terminará por reconocerse como contenido de un derecho en un documento vinculante.⁶⁶ Por su parte, para Candia, este proceder de la Corte IDH podría calificarse no como propiamente “interpretativo”, sino como “creador” de nuevos derechos, poniendo así en riesgo diversas garantías imprescindibles para un Estado de derecho.⁶⁷ En esa línea argumentativa, Contreras propone que “sería razonable asumir una actitud cauta frente al reconocimiento de derechos sin norma expresa de una obligación internacional, dado que dicha práctica supone imponer una obligación iusfundamental a un Estado sin que haya consentido en ella”.⁶⁸

En nuestra opinión, los tratados de derechos humanos, en función de su objeto y propósito, que no es otro que asegurar adecuados niveles de protección de los bienes humanos básicos en ellos reconocidos, admiten una interpretación que no se ciña exclusivamente a la voluntad de los Estados firmantes, a modo de una interpretación originalista.⁶⁹ Estos bienes humanos básicos tienen una validez prepositiva, por lo que “las disposiciones jurídicas que los regulan no son ni la fuente original de su validez, ni el único parámetro de su interpretación y aplicación”.⁷⁰ El objeto mismo de su protección —los derechos humanos— tiene una naturaleza en parte permanente y en parte evolutiva porque su ámbito de protección puede verse afectado por las circunstancias históricas.⁷¹ En esa línea, en favor de la Cor-

⁶⁶ Neuman, Gerald, “Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, *The European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 1, 2008, pp. 113 y 114.

⁶⁷ Candia, Gonzalo, “Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *cit.*, p. 884.

⁶⁸ Contreras, Pablo, “¿Derechos implícitos? Notas sobre la identificación de normas de derecho fundamental”, en Núñez, José Ignacio (coord.), *Nuevas perspectivas en derecho público*, Librotecnia, 2011, p. 175.

⁶⁹ Killander, Magnus, “Interpretación de los tratados regionales de derechos humanos”, *SUR. Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 7, núm. 13, 2010.

⁷⁰ Chávez Fernández, José y Valdivia, Trilce, “Entre derechos implícitos y derechos naturales: la Corte IDH y la no discriminación por orientación sexual en el caso *Atala*”, *Dikaion*, vol. 25, núm. 1, 2016, p. 69.

⁷¹ *Ibidem*, p. 67.

te IDH podría sostenerse que ésta se limita a reconocer nuevas dimensiones de derechos preexistentes (ya reconocidos por el legislador convencional) en aras de brindar mayores niveles de autonomía a sus titulares, concordantes con los retos de los “nuevos tiempos”.

Como es sabido, el legislador convencional estableció, en el artículo 62 de la CADH, que la Corte IDH tenga “competencia [...] sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”. Por consiguiente, la Corte IDH es el órgano competente para interpretar la Convención. Sus interpretaciones vinculan en tanto proceden del órgano competente y en tanto son concreciones de lo establecido por el legislador convencional. A decir de Castillo, “las interpretaciones directas y no sucesivas de las normas convencionales directamente estatuidas, dan lugar a normas que existen adheridas a éstas y que, como ellas, tienen naturaleza convencional y vinculan con efectos generales”.⁷² No obstante, como toda norma, sólo vincularán si pueden reputarse como válidas. Validez que, tratándose de normas de derecho internacional de los derechos humanos, no está sujeta sólo a criterios formales, sino también materiales. En consecuencia, el reconocimiento de un derecho implícito requiere, en primer lugar, una fundamentación material fuerte que implica una interpretación *pro homine* no en el sentido de ampliar sin más los cauces de protección de una garantía de la CADH, sino de clarificar la vinculación entre este nuevo derecho y su fundamento, la dignidad humana, así como su armonización y compatibilidad con otros bienes humanos básicos protegidos por la CADH. Y en segundo lugar, consideramos que la interpretación realizada por la Corte IDH en materia de reconocimiento de derechos implícitos tendrá siempre un papel subsidiario⁷³ y deberá recurrir no exclusivamente al llamado “consenso universal” o al “diálogo con otros tribunales”, sino también a la práctica general y consistente de los Estados de la región sobre la materia.

⁷² Castillo, Luis, “La relación entre el derecho nacional y el derecho convencional como base del control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, vol. 17, núm. 2, 2019, p. 25.

⁷³ *Cfr.* Chávez Fernández, José y Ríos, Piero, “De la tesis de la doble naturaleza de Alexy a un “iusnaturalismo moderado”: una propuesta de comprensión de los derechos fundamentales implícitos a partir de la jurisprudencia constitucional de Perú y Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, núm. 46, 2019, pp. 177-201. Los autores sostienen que, en materia de derechos implícitos, los tribunales constitucionales deberían tener “una función estrictamente jurisdiccional de tutela subjetiva de la dignidad en el caso concreto, pero de ninguna manera institucional análoga a la constituyente” (p. 193).

Los hallazgos antes expuestos resultan de suma relevancia para el tema que nos ocupa. A partir de ellos, concluimos, primero, que es deseable sistematizar los mecanismos de incorporación de nuevos derechos a la CADH, toda vez que su reconocimiento implica el surgimiento de nuevas obligaciones para los Estados. En ese sentido, deben preferirse los llamados mecanismos “formales”; es decir, los establecidos por la misma CADH.

Ahora bien, ello no significa descartar su reconocimiento por medio de otras fuentes de derecho internacional fuera de la CADH, ya sean formales, como nuevas convenciones internacionales, la costumbre regional y los principios generales del derecho; ya sean auxiliares, como las decisiones judiciales y la doctrina. En segundo lugar, proponemos que a fin de responder a la crítica sobre la posible “banalidad” de algunos de estos nuevos derechos, es preciso justificar con razones materiales fuertes la incorporación de un nuevo derecho a la CADH, sea por vía convencional o jurisprudencial.

IV. EL DERECHO AL OLVIDO: ¿UN NUEVO DERECHO EN EL SIDH?

1. *Posibilidades para el reconocimiento del derecho al olvido en las fuentes “formales” del SIDH*

Una primera opción sería plantear una enmienda aditiva a la CADH (artículo 77) para incorporar un protocolo a la Convención. Ciertamente, esta enmienda debe respetar el objeto y fin del tratado.⁷⁴ Sirva precisar que, a la fecha, ningún Estado parte de la CADH ha propuesto un protocolo para

⁷⁴ Aplicando un razonamiento por analogía, conforme la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, pueden realizarse reservas a un tratado siempre y cuando éstas no sean incompatibles con su objeto y fin. Más aún, en el marco de la CADH, cuyo artículo 29 señala que ninguna disposición será interpretada en el sentido de “permitir a alguno de los Estados parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”; “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”; “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”, y “excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

la incorporación del “derecho al olvido”. Una segunda vía sería la posible adopción de una convención interamericana en materia de protección de datos personales que incorpore expresamente el derecho al olvido. De manera reciente, la Organización de Estados Americanos (OEA) ha adoptado una plétera de nuevos tratados sobre derechos humanos,⁷⁵ y aunque éstos representan un derecho obligatorio para los Estados que los firman y ratifican, no queda claro qué papel juegan en la interpretación de la CADH;⁷⁶ más aún si los nuevos derechos que estos tratados introducen pueden ser incorporados a la misma, por lo que nos quedan todavía dudas sobre la efectividad de este mecanismo. Asimismo, a la fecha, no hemos tomado conocimiento de la negociación de ningún tratado de esta naturaleza que busque incorporar el derecho al olvido.

En tercer lugar, otra fuente formal que podría dar lugar a la incorporación de nuevos derechos es la costumbre internacional. La Corte IDH ha recurrido a esta fuente para interpretar la CADH. Por ejemplo, en la

⁷⁵ Para una lista completa de los tratados adoptados por la OEA, *cf.*, disponible en: http://www.oas.org/DIL/treaties_subject.htm.

⁷⁶ Para la Corte IDH sólo el artículo 7o. de la Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belem do Pará, instituye deberes estatales que “especifican y complementan las obligaciones que tiene el Estado respecto al cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención Americana, tales como los artículos establecidos en los artículos 4o. y 5o.”. *Cfr.* Corte IDH, *caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 19 de noviembre de 2015, serie C, núm. 307, párr. 52, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_307_esp.pdf. Así, el citado artículo 7o. se integra al *corpus iuris* de la CADH. No obstante, no sucede lo mismo con otros tratados en el seno del SIDH. Otros son empleados en múltiples ocasiones por la Corte IDH como herramientas interpretativas. Por ejemplo, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura ha sido considerada por la Corte IDH como parte del *corpus iuris* interamericano y, como tal, como instrumento que “sirve para fijar el contenido y alcance de la disposición general contenida en el artículo 5.2 de la Convención Americana...”. *Cfr.* Corte IDH, *caso Tibi vs. Ecuador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 7 de septiembre de 2004, serie C, núm. 114, párr. 145, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf. Del mismo modo, el artículo 1.1 de la CADH ha sido especificado en su contenido a partir de lo dispuesto por la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las personas mayores y la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia. *Cfr.* Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, Opinión Consultiva, OC-24/17, del 24 de noviembre de 2017, serie A, núm. 24, párrafo 62, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.

sentencia del *caso Baena Ricardo vs. Panamá* se argumentó, a partir de la costumbre internacional, la competencia de la Corte IDH para supervisar el cumplimiento de sus sentencias.⁷⁷ Como es sabido, la consideración sobre la relevancia de esta fuente varía considerablemente, ello porque si bien se admite que para su formación deben confluír los elementos “práctica estatal” uniforme y consistente y *opinio iuris*, es difícil determinar cómo y cuándo se consolidan ambos elementos.⁷⁸ Sobre todo porque en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos se afirma su excepcionalidad para sostener la preponderancia del elemento *opinio iuris* por sobre la práctica estatal.⁷⁹

En nuestra opinión, es importante que la formación de la costumbre internacional dependa de ambos elementos; de lo contrario se corre el riesgo de que los Estados no se sientan compelidos a adherirse a dichas normas, deslegitimando así el sistema de fuentes de derecho internacional.⁸⁰ En ese sentido, la Corte IDH, en su opinión consultiva relativa a la institución del

⁷⁷ Así señaló: “en lo que atañe al período de tiempo para considerar que se está ante una práctica constante, este tribunal considera que lo importante es que esta práctica sea observada de manera ininterrumpida y constante, y que no es esencial que la conducta sea practicada durante un determinado período”. En relación con la *opinio iuris*, ésta significa la manifestación de la conciencia jurídica universal a través de la observancia, por la generalidad de los miembros de la comunidad internacional, de una determinada práctica como obligatoria. La referida *opinio iuris communis* se ha manifestado en que dichos Estados han mostrado una actitud generalizada y reiterada de aceptación de la función supervisora de la Corte. Cfr. Corte IDH, *caso Baena Ricardo vs. Panamá*, sentencia del 28 de noviembre de 2003, competencia, serie C, núm. 104, párrafo 102, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_104_esp.pdf.

⁷⁸ Von der Decken, Kerstin y Koch, Nikolaus, “Recognition of New Human Rights”, *cit.* p. 13.

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ *Idem.* Por ejemplo, para el TEDH, el consenso estatal juega un papel central en el reconocimiento de nuevos contenidos protegidos por los derechos recogidos en el Convenio Europeo. Cfr. Benvenisti, Eyal, “Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards”, *International Law and Politics*, núm. 31, 1999, pp. 843-854. Para la jueza Ineta Ziemele, cuando el TEDH examina las prácticas y leyes domésticas de los Estados, estaría buscando determinar si existe una costumbre regional sobre la materia. Cfr. TEDH, *Rohlena vs. República Checa*, aplicación núm. 59552/08, sentencia del 27 de enero de 2015 (jueza Ziemele, opinión concurrente), párr. 2. Para una posición crítica sobre esta postura: cfr. Carozza, Paolo, “Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Notre Dame Law Review*, vol. 73, núm. 5, 1998, pp. 1217-1237, y Clérico, Laura, *op. cit.*, 46, mayo-agosto 2020, pp. 57-83.

asilo y su reconocimiento como derecho humano en el SIDH, concluyó que para la formación de la costumbre internacional deben reunirse ambos elementos: tanto la práctica general de los Estados como la *opinio iuris* o consciencia de obligatoriedad.⁸¹

Asimismo, la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas ha señalado que ambos elementos concurren para la formación de la costumbre.⁸² Así, ha propuesto que para la identificación de la práctica constante y uniforme puede recurrirse, entre otros, a actos del Poder Legislativo, decisiones de las cortes nacionales y pronunciamientos de entidades administrativas.⁸³ Mientras que para la identificación de la *opinio iuris* ha sugerido recurrir, entre otros, a la fundamentación de las decisiones judiciales en las cortes nacionales, pronunciamientos públicos realizados por los Estados, actos en conexión con la adopción de una resolución en el seno de una organización internacional o de una reunión multilateral.⁸⁴

En ese orden de ideas, en las siguientes líneas examinaremos resoluciones de la Asamblea General de la OEA, así como legislación y jurisprudencia doméstica de los países miembros del SIDH, con el fin de determinar si existe una costumbre regional para el reconocimiento del derecho al olvido. Con relación al elemento *opinio iuris*, encontramos que, a través de las resoluciones AG/RES.2661 (XLI-O/11)⁸⁵ y AG/RES.2811 (XLIII-O/13),⁸⁶ la Asamblea General de la OEA solicitó al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de una ley modelo para la protección de datos personales, la que se encuentra aún en proceso de elaboración.

⁸¹ Corte IDH, La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (Interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la CADH), Opinión Consultiva OC-25/18 del 30 de mayo de 2018, serie A, núm. 25, párr. 157, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_25_esp.pdf.

⁸² International Law Commission, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries*, UN Doc. A/73/10, 2018, conclusión 3, p. 126, disponible en: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf.

⁸³ *Ibidem*, conclusión 6, p. 134.

⁸⁴ *Ibidem*, conclusión 10, p. 141.

⁸⁵ Resolución AG/RES.2661 (XLI-O/11), Asamblea General de la OEA, 7 de junio de 2011, disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2661_XLI-O-11_esp.pdf.

⁸⁶ Resolución AG/RES.2811 (XLIII-O/13), Asamblea General de la OEA, 6 de junio de 2013, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2811_XLIII-O-13_esp.pdf.

Asimismo, el Comité Jurídico Interamericano, siguiendo este mandato, elaboró una serie de “Principios sobre la protección de datos personales”. Si bien estos principios no recomiendan el reconocimiento del llamado derecho al olvido, el principio nueve, referido a la protección de “datos personales sensibles” por parte de los controladores de datos, se asemeja al “derecho al olvido” europeo al sugerir la responsabilidad directa de los controladores de datos en el manejo de esta información. Es preciso señalar que estos principios no han sido incorporados a nivel interno por los Estados, ya sea citados en nueva legislación o fallos judiciales, o en los pronunciamientos de agencias estatales, por lo que al parecer no todos los Estados entienden que tienen una obligación de protección de datos personales, y mucho menos de reconocimiento del derecho al olvido. Del mismo modo, si bien no se trata de un documento regional, algunos países miembros del SIDH, como Chile, Costa Rica, México, Paraguay, Panamá, Perú, República Dominicana y Uruguay, patrocinaron la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas: El derecho a la privacidad en la era digital. No obstante, en dicho documento los Estados no reconocen un derecho al olvido al modo europeo, más bien se limitan a exhortar a los Estados a elaborar “salvaguardias y recursos concretos contra las violaciones del derecho a la privacidad, la dignidad y la reputación en Internet”.⁸⁷

Con referencia al elemento de práctica estatal general y constante, encontramos en la legislación de los Estados parte del SIDH que sólo las Constituciones de República Dominicana, Chile, Ecuador, México, Perú y Venezuela reconocen como derecho fundamental la protección de los datos personales. Repasando el nivel de legislación ordinaria, encontramos que 15 de los 34 miembros de la OEA poseen algún tipo de legislación que protege los datos personales. Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Uruguay y los Estados Unidos de América (aunque no de manera uniforme a nivel federal). La supervisión del cumplimiento de esta legislación se encuentra en manos de las agencias de protección de datos personales en Argentina, Canadá, Costa Rica, México, Perú y Uruguay. Asimismo, se vienen debatiendo reformas de las leyes de protección de datos personales en Argentina, México y Chile, así como discutiéndose las propuestas de ley para Ecuador y Paraguay.

⁸⁷ Resolución 68/167 (A/Res/68/167), Asamblea General de la ONU, 18 de diciembre de 2013, disponible en: <https://undocs.org/A/RES/68/16>.

De la documentación examinada, apreciamos que sólo Nicaragua reconoce expresamente un derecho al olvido digital, señalando que el titular de datos personales puede solicitar a redes sociales y navegadores la cancelación de datos personales que se encuentren en sus ficheros.⁸⁸ Del mismo modo, la ley costarricense establece un periodo máximo de 10 años desde la fecha de ocurrencia de los hechos para la permanencia de la información en una base de datos.⁸⁹ Podría considerarse también prueba de la práctica estatal el hecho que varias Constituciones de la región, como las de Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, reconozcan explícitamente el derecho a la privacidad y, más aún, Argentina, Brasil, Colombia, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela reconozcan la garantía constitucional de *habeas data*. En ambos casos se trata de garantías “raíz” del derecho al olvido. No obstante, del mero texto de estas disposiciones legales y constitucionales no puede interpretarse que reconozcan una práctica estatal de reconocimiento del “derecho al olvido” al modo europeo, tal como fue conceptualizado en el primer acápite de este trabajo. Asimismo, los derechos de cancelación y oposición reconocidos por las leyes argentina, chilena, uruguaya, peruana y mexicana requieren de una interpretación jurisprudencial o administrativa con el fin de identificar su afinidad con el derecho al olvido europeo, sobre todo respecto a la responsabilidad que en el marco del tratamiento de datos personales les corresponde a los motores de búsqueda.

Así, por ejemplo, Argentina es pionera en la región en la resolución de casos que vinculan el derecho a la privacidad e internet. Uno de éstos es el de *María Belen Rodríguez*,⁹⁰ de 2014. La modelo argentina demandó a

⁸⁸ Ley de Protección de Datos Personales, Ley núm. 787, artículo 10, Nicaragua, 2012, disponible en: <http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/9e314815a08d4a6206257265005d21f9/e5d37e9b4827fc06062579ed0076ce1d>.

⁸⁹ Ley de Protección de Datos Personales, Ley núm. 8968, artículo 60., Costa Rica, 2011, disponible en: <https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CR4%20Ley%20de%20Protecci%C3%B3n%20de%20la%20Persona%20frente%20al%20Tratamiento%20de%20sus%20Datos%20Personales.pdf>.

⁹⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), *Rodríguez María Belén c/ Google Inc. y otros/ daños y perjuicios*, del 24 de octubre de 2014, disponible en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-rodriuez-maria-belen-google-inc-otro-danos-perjuicios-fa14000161-2014-10-28/123456789-161-0004-1ots-eupmocsollaf>.

Google Inc. y Yahoo Argentina, dado que cada vez que su nombre era ingresado en estos motores de búsqueda los resultados remitían a contenido erótico y pornográfico. La Corte Suprema decidió que los motores de búsqueda como Google no deben ser considerados responsables por contenidos que no han creado.⁹¹ Para la Corte, tal forma de responsabilidad objetiva desincentivaría la existencia de motores de búsqueda.⁹² No obstante, la responsabilidad subjetiva de los motores de búsqueda surge en el momento en el que toman conocimiento efectivo de la ilegalidad del contenido que guardan y fallan al no actuar con la debida diligencia.⁹³ La Corte sentenció que cuando la naturaleza ilegal del contenido es evidente, cualquier parte puede notificar al motor de búsqueda sobre estos hechos sin necesidad de aclaración ulterior.⁹⁴ Por el contrario, cuando la determinación de la ilegalidad del contenido de la información necesita ser sometida al dictamen de una autoridad administrativa o judicial, entonces, para que se active su responsabilidad subjetiva, los motores de búsqueda deben ser notificados por estas entidades.⁹⁵ Ningún punto de la *ratio decidendi* de la sentencia hace mención al derecho al olvido. Y si bien la decisión resalta la importancia de los derechos al honor y a la privacidad, considera que la indexación de contenidos es una actividad lícita, protegida por el derecho a la libertad de expresión e información.⁹⁶ Por otra parte, en la sentencia del caso *Carolina Gimbutas vs. Google*, la Corte reiteró los criterios establecidos en el caso de María Belén Rodríguez y afirmó que

...los motores de búsqueda —que carecen de control sobre el contenido proveniente de un tercero potencialmente dañoso y, por lo tanto, de evitar la consumación de un perjuicio derivado de su difusión— solo responden civilmente por el contenido que les es ajeno cuando toman efectivo conocimiento de la ilicitud de ese contenido y ese contenido no es seguido de un actuar diligente.⁹⁷

⁹¹ *Ibidem*, párr. 18.

⁹² *Ibidem*, párr. 19.

⁹³ *Ibidem*, párr. 21.

⁹⁴ *Idem*.

⁹⁵ *Ibidem*, párr. 34.

⁹⁶ *Ibidem*, párr. 24.

⁹⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), *Gimbutas, Carolina Valeria c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios*, del 12 de septiembre de 2017, disponible en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-gimbutas-carolina-valeria->

En Colombia, mediante la sentencia T-277 de 2015,⁹⁸ la Corte Constitucional decidió la acción de tutela interpuesta por la Sra. “Gloria” contra el diario *El Tiempo*, por una supuesta violación de sus derechos a la privacidad, al honor, al debido proceso y al trabajo, provocada por la información publicada en el citado periódico, en la que se afirmaba que ella había cometido el delito de trata de personas, pero que no precisaba que no había sido encontrada culpable judicialmente por la comisión de este delito.⁹⁹ La

google-inc-danos-perjuicios-fa17000083-2017-09-12/123456789-380-0007-lots-eupmocsollaf? En un pronunciamiento reciente, la Sala H de la Cámara Nacional en lo Civil en la sentencia del caso *Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc s/ Derechos personalísimos: Acciones relacionadas*, reconoció el derecho al olvido como derivado de los derechos al honor y a la intimidad. Así, sentenció la responsabilidad de Google en la materia y juzgó que desindexara los eventuales enlaces que conducían a videos e imágenes de hace más de 20 años protagonizados por la actora y vinculado con el caso *Coppola*.

⁹⁸ Corte Constitucional de Colombia, *Acción de tutela instaurada por Gloria contra la Casa Editorial El Tiempo*, sentencia T-277/2015, 12 de mayo de 2015, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-277-15.htm>.

⁹⁹ Este es el primer caso con relación al “derecho al olvido” en el contexto de medios de prensa en internet. No obstante, la Corte Constitucional se ha pronunciado en anteriores ocasiones sobre el “derecho al olvido” en el contexto de otros sistemas informáticos. Por ejemplo, en el caso de bases de datos financieras, cuando afirmó que ciertos datos son susceptibles de “caducar” transcurrido un lapso razonable. *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, *Gabriel Alberto Gonzalez Mazo vs. Datacrédito de COMPUTEC*, SU-082/1995, 1o. de marzo de 1995, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/su082-95.htm>. Sobre bases de datos para la conservación de antecedentes penales, la Corte ha sido enfática en señalar que existen fines constitucionales legítimos para conservar la información sobre antecedentes penales. *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, *Acción de tutela instaurada por Ángel Eduardo Martín Quintero vs. Secretaría de Educación de Tolima*, T -512/2016, 16 de septiembre de 2016, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-512-16.htm>. Asimismo, se ha pronunciado sobre las bases de datos de sentencias judiciales administradas por la Rama Judicial y que se encuentran disponibles en internet. Al respecto, la Corte afirmó que las sentencias judiciales, por tratarse de documentos públicos, pueden encontrarse publicadas en internet; no obstante, “cuando las mismas incorporen un dato que debe ser protegido, como ocurre con la información sensible o con los datos semiprivados, ello conduce al establecimiento de una regla de circulación restringida, con el fin de no generar una carga desproporcionada frente al titular de dicha información, en lo que respecta a su intimidad o al desarrollo de su derecho al trabajo, a la libertad de escoger profesión u oficio y/o la libertad económica”. Y si bien para la Corte no puede operar en este caso un “derecho al olvido” en el sentido de suprimir la fuente de la información, ordenó a la Rama Judicial reemplazar las versiones de las sentencias publicadas en internet por unas que sustituyan el nombre de la accionante con datos que impidan su identificación. *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, *Acción de tutela instaurada por la señora XX vs. Sala Plena de la Corte Suprema de*

información se encontraba en la página *web* del diario *El Tiempo* y fue posteriormente indexada por Google. La Corte Constitucional concluyó que los intermediarios no son responsables por el contenido compartido por terceros;¹⁰⁰ de serlo, se convertirían en censores de la libertad de expresión y se amenazaría el principio de neutralidad en internet.¹⁰¹ Para la Corte, la medida adecuada para remediar el daño ocasionado a la Sra. Gloria consistió en ordenar al editor original de la información que la actualizara para de este modo no prolongar su estigmatización. En opinión de la Corte Constitucional, herramientas técnicas como *robots.txt* y *metatags* podían ser utilizadas por la página del diario *El Tiempo* con el fin de “neutralizar la posibilidad de libre acceso a partir del nombre de la accionante, sin perjuicio de que la información actualizada se mantenga intacta”.¹⁰² No obstante, en el fallo favorable a la Sra. Gloria la Corte fue enfática en aclarar que si el caso hubiera involucrado a una persona con notoriedad pública o a un servidor público, o los hechos de la noticia hubieran correspondido a la comisión de delitos de lesa humanidad o a graves violaciones de derechos humanos, dichos hechos habrían podido ser difundidos al hacer parte de la memoria histórica nacional.¹⁰³

Por otro lado, en Chile, la Corte Suprema de Justicia ha emitido diversos fallos con resultados opuestos. En un primer caso,¹⁰⁴ un miembro de la fuerza policial chilena, declarado culpable de cometer actos de abuso sexual contra menores, solicitó el cese de la difusión de dicha información por afectar sus derechos a la integridad física y moral, así como al honor y a la privacidad,

Justicia, T-020/2014, 27 de enero de 2014, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-020-14.htm>.

¹⁰⁰ Corte Constitucional de Colombia, *Acción de tutela instaurada por Gloria...*, cit., párrafo 6.6.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² *Ibidem*, párr. 9.8.3.

¹⁰³ *Idem*. En similar sentido se pronunció la corte en la sentencia de unificación SU420/19 de fecha 12 de septiembre de 2019, en la que se establecieron criterios comunes para la solución de las acciones de tutela *JWFC vs. Google Colombia Ltda. y Google LLC*, T-5.771.452, *SMAC vs. YRV, JMDD, APAN, Facebook y Caracol*, T-6.630.724, *OJCA vs. DEM y otro*, T-6.633.352 y *RMM vs. RGRB*, T-6.683.135.

¹⁰⁴ Corte Suprema de Justicia de Chile, Rol 22.243-2015, 21 de enero de 2016, disponible en: <https://vlex.cl/vid/grazaiani-fort-aldo-empresa-592147998>. Para un análisis de este fallo, Cfr. Pica, Rodrigo, “El derecho fundamental al olvido en la *web* y el sistema constitucional chileno”, *Estudios Constitucionales*, vol. 14, núm. 1, 2016, p. 309.

por haber trascurrido más de 10 años desde que sucedieron los hechos. Para la Corte, la prolongada difusión de estos hechos impedía la resocialización del actor.¹⁰⁵ La Corte reconoció el derecho al olvido y ordenó al periódico eliminar todo registro de la información que afectaba negativamente al accionante.¹⁰⁶ En un segundo caso,¹⁰⁷ la Corte Suprema sometió a *balancing* el derecho al olvido contra el derecho de acceso a la información, saliendo vencedor en la contienda éste último. El caso involucraba al Sr. Valverde, acusado de mala *praxis* médica en 2013 por usar abortivos en su práctica como ginecólogo y a la Fundación Centro de Investigación Periodística. La Corte Suprema, al resolver el recurso de protección de Valverde, que buscaba que la Fundación eliminara de su registro *web* el reportaje, afirmó que la información expuesta en el mismo era “verdadera y de interés público”,¹⁰⁸ por lo que no correspondía su remoción. En un fallo posterior,¹⁰⁹ la Corte reconoció que, si bien el “derecho al olvido” no se encuentra expresamente reconocido en la Constitución chilena, éste encuentra asidero en el derecho de cancelación reconocido en la Ley de Protección de la Vida Privada. En opinión de la Corte, mantener vigente la publicación de una noticia por más de siete años desde que acaecieron los hechos objeto de la imputación penal, y aunque se incluya información sobre la decisión absolutoria, “resulta ajena a la finalidad de informar a la ciudadanía de los hechos que presentan mayor interés y utilidad”,¹¹⁰ por lo que debe concederse a la recurrente la cancelación de dicha información, impidiendo el acceso irrestricto a la misma y manteniéndola disponible para la búsqueda mediante un ejercicio investigativo profesional.¹¹¹ Es preciso señalar que, en este caso, la recurrente interpuso su recurso en contra del Ministerio Público por las informaciones que éste mantenía en su sitio *web*.

Más adelante, la Corte se pronunciaría sobre un asunto muy semejante al caso *Costeja* y que involucró a Google como parte denunciada. El caso

¹⁰⁵ *Idem*.

¹⁰⁶ *Idem*.

¹⁰⁷ Corte Suprema de Justicia de Chile, Rol 36.739-2017, 6 de noviembre de 2017, disponible en: https://ciperchile.cl/wp-content/uploads/copia-Fallo-CS-36739-2017_-_de-06-11.pdf.

¹⁰⁸ *Idem*.

¹⁰⁹ Corte Suprema de Justicia de Chile, Rol 4317-2019, 22 de abril de 2019, disponible en: <http://www.derecho-chile.cl/corte-suprema-reconoce-el-derecho-al-olvido-rol-n-4317-2019/>.

¹¹⁰ *Ibidem*, párr. 4.

¹¹¹ *Ibidem*, párr. 5.

versaba sobre una nota publicada por un autor anónimo en una *web* de *blogs* y que hacía referencia a un hecho delictivo cometido por el recurrente hacía más de 13 años.¹¹² El recurrente solicitó a Google eliminar la información del motor de búsqueda, de modo que esta información no figurara en los resultados de búsqueda realizados con su nombre. En este fallo la Corte Suprema se apartó de sus decisiones anteriores y consideró que el derecho al olvido no estaba consagrado en la legislación chilena y que los motores de búsqueda de internet no son responsables por los datos creados por los usuarios, sino sólo de su indexación.¹¹³

En Perú, la Dirección General de Protección de Datos Personales (DGPDP) ha resuelto casos relativos al derecho al olvido en diversas ocasiones. En 2015, la DGPDP ordenó a Google Perú esconder los resultados de búsqueda referentes a una persona acusada de supuestamente cometer un delito contra el pudor del que finalmente fue absuelto. Esta información había sido publicada en distintas webs de noticias. La causa fue sobreesida en 2012, al no haberse acreditado la comisión del delito. Para la autoridad peruana, Google violó los derechos a la protección de datos personales del ciudadano peruano.¹¹⁴ Si bien Google alegó que la información que se buscaba desindexar era administrada por Google Inc. y no por Google Perú, la DGPDP rechazó dicho alegato afirmando que no era posible admitir que Google utilizara medios peruanos, tratara datos de ciudadanos peruanos y comercializara información en el territorio peruano al margen de la Constitución y las leyes peruanas. Para la entidad, Google Inc. tiene un establecimiento que realiza actividad económica en territorio peruano (servicios de publicidad) y ésta se vincula al tratamiento de datos de ciudadanos peruanos,¹¹⁵ pues “si bien los editores de los sitios web son los que publican la información en internet... no sería posible que los usuarios accedan a dicha información si los proveedores del servicio de búsqueda no

¹¹² Corte Suprema de Justicia de Chile, Rol 54-2020, 17 de junio de 2020.

¹¹³ *Idem*. Ya antes la Corte Suprema de Chile, en una causa previa, había decidido que no debía sostenerse la responsabilidad objetiva de los motores de búsqueda ni que éstos en todos los casos realicen un tratamiento de datos personales. *Cfr.* Corte Suprema de Justicia de Chile, Rol 19.134-2018, 22 de enero de 2019.

¹¹⁴ Dirección General de Protección de Datos Personales (Perú), Resolución Directoral núm. 045-2015-JUS/DGPDP, 30 de diciembre de 2015, p. 24, disponible en: https://hiperderecho.org/wp-content/uploads/2016/06/datos_personales_google_olvido_1.pdf.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 10.

clasifican la información que recopilan mediante criterios de búsqueda diversos”.¹¹⁶ Asimismo, consideró que al permitir estos motores la búsqueda vía el “nombre y apellidos” de la persona se puede obtener una lista de resultados que afecte su privacidad. La entidad afirmó que el “derecho de cancelación” (o derecho al olvido) “puede ejercerse directamente ante el motor de búsqueda sin necesidad de dirigirse previamente a los editores de los sitios web”,¹¹⁷ con el fin de reducir la accesibilidad de la “información materia de reclamación mediante la búsqueda en internet por los nombres y por los apellidos (sus datos personales) y manteniendo la accesibilidad a la información materia de reclamación por el uso de otras palabras en los criterios de búsqueda”.¹¹⁸

Más adelante, la DGPDP se ha pronunciado también sobre casos de “derecho al olvido” y su titularidad por funcionarios públicos.¹¹⁹ Precisamente, en aplicación del test de proporcionalidad, la autoridad administrativa decidió que el interés periodístico y público de las noticias sobre presuntos hechos delictivos cometidos por el recurrente en 2004 se mantenía, ya que éste se desempeñaba como funcionario público de confianza en una municipalidad local.¹²⁰ Es preciso señalar que la DGPDP considera que los sitios *web* de los medios de prensa realizan también un tratamiento de datos personales; en esa línea, ha ordenado que éstos realicen modificaciones a las notas de prensa que almacenan o que bloqueen el acceso a los datos personales de los afectados mediante herramientas como robots.txt.¹²¹

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 17.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 20. Con posterioridad el ente administrativo ha precisado que el derecho al olvido se equipara con el “derecho de oposición” reconocido en la Ley de Protección de Datos Personales.

¹¹⁸ *Idem*.

¹¹⁹ Dirección General de Protección de Datos Personales (Perú), Resolución Directoral núm. 2377-2018-JUS/DGTAIPD-DPDP, 24 de septiembre de 2018, disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/605996/RD-2377-2018-DPDP.pdf>.

¹²⁰ *Ibidem*, pp. 22 y 23.

¹²¹ Dirección General de Protección de Datos Personales (Perú), Resolución Directoral núm. 1341-2019-JUS/DGTAIPD-DPDP, 27 de mayo de 2019, p. 10, disponible en: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2020/11/EXP.-09-2019-RD-1341-2019-DPDP.pdf>. El recurso administrativo de apelación contra esta decisión presentado por el medio de prensa fue desestimado por improcedente. *Cfr.* Dirección General de Protección de Datos Personales (Perú), Resolución Directoral núm. 39-2020-JUS/DGTAIPD-DPDP, 31 de agosto de 2020, disponible en: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2020/11/EXP.-09-2019-RD-39-2020-DGTAIPD.pdf>.

En México, el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (Inai) ordenó a Google remover el resultado de búsqueda que mostraba una nota de revista que conectaba a un empresario con un caso de corrupción que involucraba a una ex primera dama.¹²² En su decisión, a diferencia de la agencia peruana, no realizó un análisis de proporcionalidad de los derechos en juego y tampoco emplazó o permitió que los autores de la información fueran parte en el procedimiento.¹²³ Precisamente, fueron los representantes de la revista *Fortuna* (revista digital dueña de uno de los sitios donde constaba la información) quienes interpusieron un recurso de amparo que les fue desfavorable y que fue sometido a revisión por el Séptimo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Primera Región, donde fue revertido.¹²⁴ Este Tribunal notó que “al cancelar y restringir la nota periodística publicada por la quejosa a través de Google, se interfiere con las posibilidades de acceso a dicha nota y se limita el derecho a difundir información de (la) parte quejosa”.¹²⁵ Finalmente, decidió que el caso retornara a fojas cero y que hicieran parte del procedimiento la revista *Fortuna*, así como que se realizara una ponderación de los derechos en juego en el caso.

De los casos anteriormente analizados puede concluirse que el derecho al olvido “europeo” es un fenómeno reciente y que no existe sobre el mismo una costumbre regional arraigada. Si bien es cierto que, a primera vista, algunas legislaciones parecen asemejarse a la europea,¹²⁶ la interpretación de estas normas por parte de las autoridades nacionales desentona con la perspectiva adoptada por la Corte Europea de Justicia. La principal diferencia se encuentra en la identificación del sujeto obligado a la satisfacción del derecho. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional en Colombia y la Suprema

¹²² Maqueo Ramírez, María, “Análisis comparativo de las resoluciones emitidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Instituto Federal de Acceso y Protección de Datos respecto del motor de búsqueda gestionado por Google y la protección de datos personales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 49, núm. 145, 2016, pp. 75-100, p. 86.

¹²³ *Ibidem*, p. 96.

¹²⁴ “Anulan resolución del Inai sobre derecho al olvido”, *El Economista*, 24 de agosto de 2016, disponible en: <https://www.economista.com.mx/tecnologia/Anulan-resolucion-del-INAI-sobre-derecho-al-olvido-20160824-0035.html>.

¹²⁵ *Idem*.

¹²⁶ Keller, Daphne, “Europe’s «Right to Be Forgotten» in Latin America”, en Campo, Agustina del, *Towards an Internet Free of Censorship II. Perspectives in Latin America*, CELE-Universidad de Palermo, 2016, p. 154.

en Chile rechazan el modelo de responsabilidad de motores de búsqueda y han decidido que las controversias del derecho al olvido se enmarcan en la relación material entre la parte afectada por el contenido publicado y el autor de dicho contenido. Y aunque las autoridades administrativas de Perú y México consideran que los motores de búsqueda sí son responsables del tratamiento de datos y los interesados pueden solicitarles directamente la desindexación de la información (en casos como el peruano, incluso sin participación de los autores originales de la información),¹²⁷ su actuar no puede calificarse como una práctica “general y constante”. Con relación a la *opinio iuris*, encontramos que los Estados no han expresado encontrarse obligados a proteger el llamado derecho al olvido en ningún instrumento internacional de *soft law* ni de *hard law*, ni han justificado el reconocimiento de sus “especies” nacionales del derecho al olvido apelando a tratados de derechos humanos.

2. Justificación material para el reconocimiento del derecho al olvido

Con relación al caso que nos ocupa, el artículo 11 de la CADH, referido a la protección de los derechos a la honra y a la vida privada, constituye la disposición normativa a partir de la cual, a través de una interpretación evolutiva y *pro homine*, se desprendería este “nuevo derecho”. En anterior

¹²⁷ Para la Unesco existen tres principales modelos de responsabilidad de los intermediarios. Así, por ejemplo, encontramos el modelo de *blanket or strict liability*, conforme el cual el intermediario es responsable por el contenido producido por un tercero, incluso cuando no tiene conocimiento del carácter ilegal de ese contenido (o no tenía siquiera conocimiento de su existencia). Bajo este régimen, es responsabilidad del intermediario monitorear proactiva y constantemente la actividad de los publicadores y remover aquellos contenidos que parezcan *prima facie* ilegales. Por otra parte, también se encuentra el régimen de *conditional liability* o *safe harbour*, en el que el intermediario no se hace responsable por el contenido publicado por terceros siempre que cumpla con algunas condiciones, tales como remover el contenido una vez que es notificado de la ilicitud del contenido (*notice and takedown*), notificar al autor del contenido de la denuncia de ilicitud del mismo o desconectar a infractores reincidentes luego de ser notificado de la ilicitud de la información. Finalmente, está el esquema de amplia inmunidad o *broad immunity*, por el que los intermediarios no se hacen responsables por el contenido producido por terceros y gozan al mismo tiempo de discrecionalidad para retirar contenido de carácter ilegal. *Cfr.* MacKinnon, Rebecca *et al.*, *Fostering Freedom Online: The Role of Internet Intermediaries*, Unesco, 2014, pp. 40 y 41.

jurisprudencia, la Corte IDH caracterizó la privacidad como una dimensión personal inmune a las interferencias del Estado y de terceros. En *Fontevéchia D'Amico vs. Argentina*,¹²⁸ la Corte IDH reconoció que toda persona tiene el derecho a mantener ciertos aspectos de su vida privada en reserva y a controlar la diseminación pública de este tipo de información.¹²⁹ En *Escher vs. Brasil*¹³⁰ y *Tristán Donoso vs. Panamá*,¹³¹ la Corte IDH afirmó que la protección de la privacidad se extiende a conversaciones telefónicas, la frecuencia de las llamadas y su duración.¹³² Más aún, para el Tribunal “la protección de la privacidad incluye el desarrollo de relaciones entre personas y precisamente la vida profesional de una persona es la que muchas veces le ofrece mayores oportunidades para relacionarse con el mundo”.¹³³ Para la Corte IDH, la obligación de respeto y protección de este derecho es exigible para los Estados también en la era digital, debiendo adoptar y adaptar su legislación y prácticas con el fin de proteger a “todas las personas bajo su jurisdicción —incluyendo conforme al derecho internacional, aquellas personas sobre las cuales tenga control efectivo— sin discriminación por origen nacional, nacionalidad, sexo, raza, religión o cualquier otro motivo”.¹³⁴ En esa línea, para Corral Talciani, el derecho al olvido puede considerarse “una expresión del derecho a la privacidad”,¹³⁵ pues ciertos hechos (como condenas penales o información financiera) que al momento de su difusión tuvieron un interés público, por el paso del tiempo pueden perderlo y retomar así su carácter de privados.

¹²⁸ Corte IDH, caso *Fontevéchia y D'Amico vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de noviembre de 2011, serie C, núm. 238, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf.

¹²⁹ *Ibidem*, párr. 48. En esa misma línea, Corte IDH, *Masacre de Ituango vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 10. de junio de 2006, serie C, núm. 148, párrafo 194, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf.

¹³⁰ Corte IDH, caso *Escher vs. Brasil*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 6 de julio de 2009, serie C, núm. 200, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_esp1.pdf.

¹³¹ Corte IDH, caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de enero de 2009, serie C, núm. 193, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_193_esp.pdf.

¹³² Corte IDH, caso *Escher vs. Brasil*, cit., párr. 114.

¹³³ *Idem*.

¹³⁴ Corte IDH, caso *Fontevéchia y D'Amico vs. Argentina*, cit., párr. 49.

¹³⁵ Corral, Hernán, *op. cit.*, p. 13.

Ahora bien, como parece desprenderse del fallo de la UE, la protección del derecho al olvido derivaría del reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa. Al respecto, en *Escher* la Corte IDH reconoció que el derecho a la vida privada protege los datos relativos a la identificación de la comunicación o metadatos (los que pueden tratarse de registros e inventarios archivísticos). Por consiguiente, podría afirmarse que, para la Corte IDH, en cierto sentido, el derecho a la vida privada incluye la protección del derecho a controlar los datos administrados por bases de datos.¹³⁶

Por otra parte, podría argumentarse que el derecho al olvido forma parte del contenido protegido del derecho a la honra reconocido también en el artículo 11 de la CADH. Así, por ejemplo, la Corte IDH podría afirmar que “a pesar de la ausencia de un evidente uso ilegítimo de cierta información personal, el derecho a la honra de un individuo es igualmente violado”,¹³⁷ toda vez que el uso de esta información impediría “la libertad del individuo para determinar sus relaciones personales con terceros”,¹³⁸ particularmente en la esfera profesional, en la que un evento embarazoso del pasado podría impedirle a una persona desarrollarse a su máximo potencial.¹³⁹ Y si bien fue también reconocido como derecho implícito, la Corte IDH entiende que la CADH protege el derecho a la identidad, el mismo que, como afirma

¹³⁶ Antes de este pronunciamiento, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló, en su informe anual de 2001, que toda persona debe contar con medios adecuados para acceder a la información existente sobre sí misma, así como a modificar dicha información si ésta se encuentra desactualizada o es incorrecta. Comisión IDH, Informe anual 2001. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA/Ser./L/V/II.114. Doc. 5 rev., capítulo III: Informe sobre la acción de *habeas data* y el derecho de acceso a la información en el hemisferio, 2002, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%202001.pdf>. Para Corral Talciani, la analogía entre el reconocimiento del derecho al olvido y la protección de datos personales no ha resultado en una analogía del todo acertada, toda vez que, en estricto, los motores de búsqueda no realizarían un procesamiento de datos personales al encontrarse imposibilitados de generar, modificar o eliminar información de las terceras fuentes, como son las páginas *web*. Corral, Hernán, *op. cit.*, p. 18.

¹³⁷ Xanthoulis, Napoleon, “Conceptualising a Right to Oblivion in the Digital World. A Human Rights-Based Approach,” *US-China Law Review*, vol. 10, núm. 84, 2013, p. 97.

¹³⁸ *Idem*.

¹³⁹ Corral Talciani se muestra contrario a derivar el derecho al olvido del derecho a la honra, toda vez que para que se configure una vulneración de este derecho no necesariamente se requiere que exista un “menoscabo de la fama o reputación de la persona”. Corral, Hernán, *op. cit.*, p. 13.

Nuno Gomes de Andrade, ofrecería también un asidero para la protección del derecho al olvido. En palabras del autor antes mencionado, “el derecho al olvido protege no sólo el derecho a ser diferente de otros, pero sobre todo el derecho a ser distinto de uno mismo, a ser distinto del propio yo pasado”.¹⁴⁰

Como puede apreciarse, existen diversas justificaciones de índole material que la Corte IDH podría tentar para “reconocer” un derecho al olvido como norma adscrita al artículo 11 de la CADH. No obstante, tal justificación material no estará completa si no se armoniza el contenido protegido por dicho “derecho al olvido” con las garantías de protección tanto del derecho a la libertad de expresión como de acceso a la información.¹⁴¹ Ello dependerá, como señala el TEDH, de si el caso que llega a la Corte IDH configura un escenario fáctico semejante al *caso Costeja*, donde la solicitud de “supresión” o “cancelación” u “oposición” de datos se dirige contra el motor de búsqueda, o si la solicitud de “anonimización” o “bloqueo” se dirige contra el editor de la información, así como de la decisión tomada por el Estado sobre la materia.

Entonces, la pregunta que nos hacemos es si, incluso bajo un escenario fáctico semejante al de *Costeja*, la Corte IDH debería dar solución al caso bajo los estándares propuestos por la UE. Nuestra respuesta es que no. En primer lugar, porque una decisión de tal naturaleza resultaría incompatible con los estándares fijados por la CADH para la protección de la libertad de expresión. Como se ha visto, las solicitudes de “derecho al olvido” involucran relaciones jurídicas de por lo menos cuatro partes: “el solicitante, el intermediario; el autor del contenido online y otros usuarios de internet que quieren ver el contenido”.¹⁴² Si se reconoce (como el TJUE) que los

¹⁴⁰ Nuno Gomes de Andrade, Norberto, *op. cit.*, p. 126 (la traducción es nuestra).

¹⁴¹ Como señala Susi, “the right to be forgotten is a human rights norm (more precisely, a generic decision principle) aiming to bring order to the task of balancing privacy and freedom of expression on the internet”. Susi, Mart, “The Right to be Forgotten”, en Arnould, Andreas von *et al.* (eds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, Cambridge University Press, 2020, p. 299. En ese sentido, Leturia afirma: “[l]os problemas jurídicos asociados al olvido y la memoria pública de hechos del pasado pueden abordarse perfectamente como problemas de conflicto de derechos fundamentales, y más concretamente, como situaciones que justifican limitaciones legítimas al ejercicio de la libertad de expresión e información”. Leturia, Francisco J., “Fundamentos jurídicos del derecho al olvido. ¿Un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos derechos fundamentales?”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, núm. 1, 2016, p. 108.

¹⁴² Keller, Daphne, *op. cit.*, p. 161.

intermediarios tienen el deber de desindexar el contenido a sólo pedido del solicitante afectado en su “privacidad” por la información publicada en un determinado sitio *web*, sin participación alguna del autor de la información, dicho proceder ignora las posibles afectaciones del derecho a la libertad de expresión del autor del contenido, así como el derecho de acceso a la información de los usuarios de internet.

En su opinión consultiva *La colegiación obligatoria de periodistas*,¹⁴³ la Corte IDH afirmó que

...la comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas.¹⁴⁴

De esta disposición, la Corte IDH ha interpretado, en el *caso Kimel vs. Argentina*, que “cualquier limitación o restricción a la libertad de expresión debe establecerse previamente y de manera expresa, precisa, taxativa y previa”.¹⁴⁵ Asimismo, que dicha limitación deberá ser sometida a un examen de proporcionalidad, de modo que la misma persiga una finalidad convencional —como asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas”— y que se trate de una medida necesaria para el logro de tales fines, así como proporcional.

Sobre la “legalidad” de la medida limitadora del derecho a la libertad de expresión, la Corte IDH ha precisado que la ley que limite dicho derecho debe “estar formulada con precisión suficiente para permitir a las personas regular su conducta, de manera de ser capaces de prever con un grado que

¹⁴³ Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A, núm. 5, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf.

¹⁴⁴ *Ibidem*, párr. 50.

¹⁴⁵ Corte IDH, *caso Kimel vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2 de mayo de 2008, serie C, núm. 177, párr. 63, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf.

sea razonable, de acuerdo con las circunstancias, las consecuencias que una acción determinada puede conllevar”.¹⁴⁶ Ahora bien, lo cierto es que “muchas leyes están formuladas en términos que, en mayor o menor medida, son vagas y cuya interpretación y aplicación son cuestiones de práctica”.¹⁴⁷ Por ello, la Corte IDH ha precisado que “las responsabilidades ulteriores derivadas del ejercicio abusivo de la libertad de expresión deben ser siempre ordenadas por un juez o autoridad jurisdiccional independiente e imparcial, respetando las garantías del debido proceso”.¹⁴⁸ Del mismo modo, ha enfatizado que “en todos los casos las responsabilidades ulteriores civiles deben ser proporcionadas a fin de evitar un efecto inhibitorio en la libertad de expresión y deben estar diseñadas para reparar los daños efectivamente causados y no como un mecanismo de sanción”.¹⁴⁹ El modelo propuesto por el TJUE ignora las garantías antes mencionadas al prescribir que sea una entidad privada, como el motor de búsqueda, la que decida sobre una limitación al derecho a la libertad de expresión a través de la desindexación del contenido publicado. Bajo este modelo, es una entidad privada la que decide si una publicación supone un riesgo para el derecho a la privacidad y al honor y a la buena reputación, así como cuál es el procedimiento adecuado para reparar tal supuesto daño. Esta flexibilización de los estándares de protección del derecho a la libertad de expresión resultaría, por lo menos, inconveniente, cuando no susceptible de ser potencialmente violatoria del artículo 13 de la CADH.

En esa línea, a fin de armonizarse con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, un derecho al olvido “interamericano” supondría —conforme lo propuesto por las Relatorías para la Libertad de Expresión de Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) y plasmado en la Declaración Conjunta sobre Internet y Libertad de Expresión— una responsabilidad limitada de los motores de búsqueda. En ese sentido, y para dar cumplimiento a dicha disposición, los intermediarios de internet estarían obligados a establecer políticas y términos de uso claros a los usuarios. Éstos deberían proporcionar

¹⁴⁶ Corte IDH, caso *Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*, cit., párr. 90.

¹⁴⁷ *Idem*.

¹⁴⁸ Comisión IDH, *Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente*, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.17/17, 2017, párr. 74, disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expression/docs/publicaciones/internet_2016_esp.pdf.

¹⁴⁹ *Ibidem*, párr. 77.

...información clara sobre el tipo de contenido que podría ser removido de la plataforma según sus términos de servicio o directrices de la comunidad, así como también la forma en la que la remoción podría tener lugar y si hay alguna forma de recurso de apelación disponible para el usuario que sienta que su contenido ha sido eliminado incorrectamente.¹⁵⁰

Adicionalmente, de reconocerse un nuevo “derecho al olvido” éste debería perseguir una finalidad legítima: la protección del derecho a la vida privada y reputación de las personas. Asimismo, debe examinarse si “invisibilizar” cierta información “inadecuada, irrelevante o excesiva y de carácter privado” es una medida idónea para lograr la finalidad propuesta. En ese sentido, es importante recordar que la CADH no contiene ninguna fórmula general que proscriba *prima facie* la publicación de información “inadecuada” o “irrelevante”, sino, más bien, un conjunto cerrado de posibles contenidos ilícitos. Así, el artículo 13 señala que “toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional” estará prohibida por ley.

En esa línea, en *Olmedo Bustos vs. Chile*¹⁵¹ la Corte IDH, siguiendo el criterio del TEDH, interpretó que la CADH protege no sólo expresiones favorablemente recibidas, sino también aquellas que “chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática”.¹⁵² Ello significa que para superar el test de idoneidad, el reconocimiento del “derecho al olvido” debe perseguir la protección del derecho a la vida privada del sujeto cuando éste parece afectado por información que, a pesar de haber sido publicada legítimamente, con carácter veraz y sin intención de presentar al recurrente de manera despectiva o dañar su reputación, se ha tornado “inadecuada” por el paso del tiempo, al haber perdido toda “relevancia pública”.

¹⁵⁰ *Ibidem*, párr. 118.

¹⁵¹ Corte IDH, *caso Olmedo-Bustos y otros vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 5 de febrero de 2001, serie C, núm. 147, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf.

¹⁵² *Ibidem*, párr. 69.

Si bien podría afirmarse que la desindexación de contenidos propuesta del TJUE es una limitación necesaria al derecho a la libertad de expresión, dado que la remoción de contenidos sería una medida más lesiva, ello no se sigue necesariamente en todos los casos. En nuestra opinión, deberá analizarse la naturaleza de la información que se busca desindexar, y si, por ejemplo, ésta constituye contenido generado por un medio de comunicación.¹⁵³ En ese orden de ideas, una medida que dificulte el acceso a una información que es en principio legítima, a sólo pedido de la parte interesada, no parece ser una medida necesaria, en el entendido de que, sin impedir ni dificultar el acceso a dicha información, el mismo autor de la información puede corregir su contenido en el marco de sus deberes respecto de la titularidad del recurrente del derecho a la rectificación. También, a pedido de la parte interesada, podría actualizarse una determinada información. Del mismo modo, la medida no resultaría del todo necesaria si el grado de difusión de la información en cuestión es menor, pues puede darse el caso de que una información, incluso siendo arrojada como resultado de búsqueda, tenga luego un acceso limitado (por ejemplo, en caso de necesitarse una suscripción a un determinado portal para acceder a mayores datos) o no se haya reproducido en otros portales. Adicionalmente, para examinar la necesidad de la medida de desindexación deberá tomarse en consideración si el solicitante es una figura pública, y más aún si se trata de un funcionario público.¹⁵⁴

Asimismo, deberá verificarse que la desindexación de cierta información resulte una medida proporcional. En palabras de la Corte, ello implicará: *i*) evaluar el grado de afectación del derecho a la libertad de expresión “determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada”;¹⁵⁵ *ii*) determinar la importancia de la satisfacción del bien contrario, y *iii*) si la satisfacción del “derecho al olvido” justifica la restricción del derecho a la libertad de expresión. Con respecto al primer paso de este examen, resultaría necesario recordar que la Corte IDH ha interpretado que el artículo 13 de la CADH prescribe una doble dimensión del derecho

¹⁵³ La Comisión IDH, en su informe, precisa: “Como regla y de acuerdo con lo establecido en diversas legislaciones nacionales sobre protección de datos, el contenido generado por un medio de comunicación no está sujeto a protecciones derivadas del derecho de habeas data”. Comisión IDH, *Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente*, cit., párr. 138.

¹⁵⁴ Corte IDH, *caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*, cit., párr. 60.

¹⁵⁵ Corte IDH, *caso Kimel vs. Argentina*, párr. 84.

a la libertad de expresión, individual y social,¹⁵⁶ entendiendo estas dimensiones como complementarias.

En ese sentido, el artículo 13 de la CADH reconoce el derecho de acceso a la información que comprende el derecho de las personas “a solicitar documentación e información mantenida en los archivos públicos, generada o procesada por el Estado, tanto para ejercer sus derechos políticos como para ejercer el control del Estado y su administración, promoviendo la rendición de cuentas y la transparencia”.¹⁵⁷ Este derecho gana relevancia en el contexto de internet, que representa un nuevo escenario veloz, descentralizado y de bajo costo para la “difusión de informaciones e ideas de toda índole”.¹⁵⁸ No sólo “permite aumentar la cantidad de información públicamente disponible, difundirla masivamente y a bajo costo, y publicarla en forma dinámica”,¹⁵⁹ sino que a través de ello propulsa la activa participación de los ciudadanos en la construcción de sociedades democráticas.¹⁶⁰ Así, debe recordarse que los ciudadanos tienen no sólo derecho de acceso a la información pública de carácter actual, sino también a aquella que permite mantener la memoria cívica de la comunidad, principalmente en lo relativo a hechos como graves violaciones de derechos humanos o graves atentados contra el bien común al interior de una comunidad política.

Si bien podría afirmarse que la desindexación de contenidos propuesta del TJUE no es una limitación de carácter “grave” del derecho a la libertad de expresión en ambas dimensiones, pues la información no desaparece, sino es simplemente “oscurecida”, aun así tendrá que verificarse cuán importante es la satisfacción del derecho a la vida privada. Es decir, cuán relevante para el desarrollo de la autonomía del sujeto es el oscurecimiento de esa información sobre hechos verdaderos de su pasado (no debe tratarse de una mera preferencia personal por rectificar u oscurecer hechos del “pasado”, sino de información que permite crear un perfil del sujeto a terceros que es susceptible de afectar su libre desarrollo).

¹⁵⁶ Corte IDH, caso *Palamara-Iribarne vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, núm. 135, párr. 107, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf.

¹⁵⁷ Comisión IDH, *Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente*, párr. 165.

¹⁵⁸ *Ibidem*, párr. 175.

¹⁵⁹ *Idem*.

¹⁶⁰ *Idem*.

Finalmente, tendría que valorarse si la satisfacción del derecho a la vida privada justifica esa “intervención” sobre el derecho a la libertad de expresión, considerando también su dimensión social, así como el derecho de acceso a la información; o sea, el legítimo interés de los ciudadanos de conocer hechos relevantes del pasado (principalmente en el ámbito del gobierno, así como graves violaciones de derechos humanos).¹⁶¹

V. CONCLUSIÓN

En diversas ocasiones la Corte IDH ha reconocido nuevos derechos, recurriendo a los métodos de interpretación “evolutiva” y *pro homine*. Dicha práctica ha sido objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina. En este trabajo propusimos que para la incorporación de nuevos derechos deben preferirse los mecanismos formales dispuestos para la enmienda de la CADH, así como su reconocimiento expreso en otros tratados y la identificación de costumbre internacional sobre la materia. No obstante, ello no impide que de modo subsidiario y limitado la Corte IDH pueda reconocer, por la vía jurisprudencial, normas adscritas a las disposiciones de la CADH que supongan verdaderas exigencias de justicia. Este ejercicio hermenéutico ganará mayor legitimidad atendiendo no sólo a los consensos internacionales arribados en otros sistemas de protección de derechos, sino también prestando atención a la práctica constante y general de los Estados parte del SIDH.

Para el caso particular del derecho al olvido, encontramos que no existe, al momento, ningún intento de reconocerlo explícitamente en la CADH ni en otro tratado en el seno del SIDH. Asimismo, encontramos que no puede afirmarse la existencia de costumbre regional consolidada para su reconocimiento, toda vez que las legislaciones que lo han reconocido no son uniformes en cuanto a aquellas actividades u omisiones que protegen bajo la denominación de “derecho al olvido”. Y si bien existen razones justificato-

¹⁶¹ Recordemos que la Corte IDH ha reconocido, como derecho implícito a la CADH, “el derecho a la verdad”, que protege el derecho de las víctimas a conocer la verdad de los hechos relacionados a graves violaciones de derechos humanos, así como a los responsables de éstos. *Cfr.* Corte IDH, *caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, fondo, sentencia del 25 de noviembre de 2000, serie C, núm. 70, párrs. 197-202, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf.

rias materiales fuertes para su reconocimiento, por su estrecha vinculación con los derechos a la honra y a la vida privada, éstas pierden parte de su fuerza argumentativa cuando se intenta armonizar este nuevo derecho con las garantías de la CADH que protegen el derecho a la libertad de expresión y acceso a la información.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- “Anulan resolución del INAI sobre derecho al olvido”, *El Economista*, 24 de agosto de 2016, disponible en: <https://www.economista.com.mx/tecnologia/Anulan-resolucion-del-INAIsobre-derecho-al-olvido-20160824-0035.html>.
- ALSTON, Philipp, “Conjuring up New Human Rights: A Proposal for Quality Control,” *American Journal of International Law*, vol. 78, núm. 3, 1984.
- BENVENISTI, Eyal, “Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards,” *International Law and Politics*, núm. 31, 1999.
- CANDIA, Gonzalo, “Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, núm. 3, 2015.
- CANDIA, Gonzalo, “Interpretation of Regional Human Rights Conventions and Originalism: Different Context, Same Myths”, *DPCE Online*, núm. 3, 2017.
- CAROZZA, Paolo, “Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Notre Dame Law Review*, vol. 73, núm. 5, 1998.
- CASTILLO, Luis, “La relación entre el derecho nacional y el derecho convencional como base del control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, vol. 17, núm. 2, 2019.
- CHÁVEZ FERNÁNDEZ, José y RÍOS, Piero, “De la tesis de la doble naturaleza de Alexy a un «iusnaturalismo moderado»: una propuesta de comprensión de los derechos fundamentales implícitos a partir de la Jurisprudencia constitucional de Perú y Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, núm. 46, 2019.
- CHÁVEZ FERNÁNDEZ, José y VALDIVIA, Trilce, “Entre derechos implícitos y derechos naturales: la Corte IDH y la no discriminación por orientación sexual en el caso *Atala*”, *Dikaion*, vol. 25, núm. 1, 2016.

- CLÉRICO, Laura. “El argumento de la falta de consenso regional en derechos humanos. Divergencia entre el TEDH y la Corte IDH”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 46, mayo-agosto de 2020.
- COMISIÓN IDH, *Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente*, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.17/17, 2017, disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/internet_2016_esp.pdf.
- COMISIÓN IDH, Informe anual 2001. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA/Ser./L/V/II.114. Doc. 5 rev., capítulo III: Informe sobre la acción de hábeas data y el derecho de acceso a la información en el hemisferio, 2002, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anales/Informe%20Anual%202001.pdf>.
- CONTRERAS, Pablo, “¿Derechos implícitos? Notas sobre la identificación de normas de derecho fundamental”, en NÚÑEZ, José Ignacio (coord.), *Nuevas perspectivas en derecho público*, Librotecnia, 2011.
- CORRAL, Hernán, “El derecho al olvido en internet: antecedentes y bases para su configuración jurídica”, *Revista Jurídica Digital UANDES*, núm. 1, 2017.
- DULITZKY, Ariel y CARPINTERO, Karina, “Mecanismos formales e informales para el reconocimiento de nuevos derechos y la disfuncionalidad del sistema interamericano de derechos humanos”, *Juris Dictio*, núm. 20, 2017.
- GERARDS, Janneke, “The Scope of ECHR Rights and Institutional Concerns. The Relationship between Proliferation of Rights and the Case Load of the ECtHR”, en BREMS, Eva y GERARDS, Janneke (eds.), *Shaping Rights in the ECHR*, Cambridge University Press, 2014.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries*, UN Doc. A/73/10, 2018, disponible en: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf.
- KELLER, Daphne, “Europe’s «Right to Be Forgotten» in Latin America”, en CAMPO, Agustina del, *Towards an Internet Free of Censorship II. Perspectives in Latin America*, CELE-Universidad de Palermo, 2016.
- KILLANDER, Magnus, “Interpretación de los tratados regionales de derechos humanos”, *SUR. Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 7, núm. 13, 2010.
- LETA JONES, Meg, *Ctrl+Z*, Nueva York, NYU Press, 2016.

- LETURIA, Francisco J., “Fundamentos jurídicos del derecho al olvido. ¿Un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos derechos fundamentales?”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, núm. 1, 2016.
- Ley de Protección de Datos Personales, Ley núm. 787, Nicaragua, 2012, disponible en: <http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/9e314815a08d4a6206257265005d21f9/e5d37e9b4827fc06062579ed0076ce1d>.
- Ley de Protección de Datos Personales, Ley núm. 8968, Costa Rica, 2011, disponible en: <https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CR4%20Ley%20de%20Protecci%C3%B3n%20de%20la%20Persona%20frente%20a%20Tratamiento%20de%20sus%20Datos%20Personales.pdf>.
- MACKINNON, Rebecca *et al.*, *Fostering Freedom Online: The Role of Internet Intermediaries*, Unesco, 2014.
- MAQUEO, María, “Análisis comparativo de las resoluciones emitidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Instituto Federal de Acceso y Protección de Datos respecto del motor de búsqueda gestionado por Google y la protección de datos personales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 49, núm. 145, 2016.
- MAYER-SCHONBERGER, Viktor, *Delete. The virtue of forgetting in the Digital Age*, Princeton University Press, 2009.
- MÖLLER, Kai, “Proportionality and Rights Inflation”, en HUSCROFT, Grant *et al.* (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014.
- NEUMAN, Gerald, “Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, *The European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 1, 2008.
- NICKEL, James, *Making senses of Human Rights: Philosophical Reflections on the Universal Declaration of Human Rights*, University of California Press, 1987.
- NUNO GOMES DE ANDRADE, Norberto, “El olvido: el derecho a ser diferente... de uno mismo. Una reconsideración del derecho a ser olvidado”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, vol. 13, 2012.
- NUNZIATO, Dawn C., “The Fourth Year of Forgetting: The Troubling Expansion of the Right to be Forgotten”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 1, núm. 39, 2018.
- PICA, Rodrigo, “El derecho fundamental al olvido en la web y el sistema constitucional chileno”, *Estudios Constitucionales*, vol. 14, núm. 1, 2016.

- Resolución AG/RES. 2661 (XLI-O/11), Asamblea General de la OEA, 7 de junio de 2011, disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2661_XLI-O-11_esp.pdf.
- Resolución AG/RES. 2811 (XLIII-O/13), Asamblea General de la OEA, 6 de junio de 2013, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2811_XLIII-O-13_esp.pdf.
- Resolución 68/167 (A/Res/68/167), Asamblea General de la ONU, 18 de diciembre de 2013, disponible en: <https://undocs.org/A/RES/68/167>.
- SUSI, Mart, “Novelty in New Human Rights. The Decrease in Universality and Abstractness Thesis”, en ARNAULD, Andreas von *et al.* (eds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, Cambridge University Press, 2020.
- SUSI, Mart, “The Right to be Forgotten”, en ARNAULD, Andreas von *et al.* (eds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, Cambridge University Press, 2020.
- TASIOULAS, John, “Saving Human Rights from Human Rights Law”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, núm. 52.
- VON DER DECKEN, Kerstin y KOCH, Nikolaus, “Recognition of New Human Rights”, en ARNAULD, Andreas *et al.* (eds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, Cambridge University Press, 2020.
- XANTHOULIS, Napoleon, “Conceptualising a Right to Oblivion in the Digital World. A Human Rights-Based Approach”, *US-China Law Review*, vol. 10, núm. 84, 2013.