Derecho al olvido: entre la protección de datos, la memoria y la vida personal en la era digital

Documento producido por la Iniciativa por la Libertad de Expresión en Internet –iLEI-, del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información –CELE- de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Argentina.[1]

Resumen

Este documento analiza el debate sobre el derecho al olvido en Internet, que viene desarrollándose en algunos países y proponiéndose formalmente en Europa. El documento está dividido en los siguientes apartes: i) la abundancia de información en Internet; ii) el efecto multiplicador de la agregación y la indexación de datos; iii) la relación entre la abundancia de datos y el control; iv) el problema de recordar en la era digital; vi) algunas definiciones propuestas para el derecho al olvido; vi) el debate entre este derecho como una solución o un problema, y vii) algunas propuestas prácticas para introducir una especie de olvido en el entorno digital. Al final, se hacen las siguientes recomendaciones:

- El marco normativo de la protección de datos es un punto de partida para desarrollar la discusión, pero no parece suficiente en el contexto de un entorno digital donde la información tiene formas y modalidades heterogéneas, se origina en múltiples fuentes y trasciende los criterios tradicionales del manejo de bases de datos.

[1] Este documento fue elaborado por Carlos Cortés, investigador de la 'Iniciativa por la Libertad de Expresión en Internet' (iLEI), del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo. La investigación y elaboración del documento fue supervisada y contó con los comentarios de Eduardo Bertoni, director del CELE. Carlos Cortés es abogado de la Universidad de Los Andes, Colombia. Fue director de la Fundación para la Libertad de Prensa (FLIP); asesor de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y profesor de 'Derecho de Medios' del Programa de Periodismo y Opinión Pública de la Universidad del Rosario, Colombia. Ha trabajado como periodista en medios de comunicación colombianos como Semana y La Silla Vacía. Actualmente es candidato a magíster en 'Gobernanza de Medios' del London School of Economics, Londres, Reino Unido. email@carloscortes.co

- La discusión jurídica no puede darse sin tomar en cuenta las fuerzas que moldean e interactúan en el desarrollo de Internet. El mercado, la interacción social y el código –en el sentido informático–, son variables interdependientes que definen y habilitan el entorno digital.
- Las propuestas técnicas para introducir un olvido no deben pasar desapercibidas. Ya sea a través de mecanismos legales o de autorregulación, ideas como éstas podrían servir para abordar la propuesta de una especie de derecho al olvido que preserve el equilibrio de los derechos humanos involucrados.
- Se debe tener en cuenta la tensión en materia de protección de datos y privacidad entre la aproximación europea y la norteamericana. Resulta importante tener en mente este antecedente para observar la manera cómo esos casos se analizarían a la luz de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.
- El análisis del caso del derecho al olvido sugiere que una primera respuesta es buscar que sean los intermediarios quienes resuelvan los problemas, so pena de ser responsables. Sin embargo, se deben buscar soluciones que abarquen un contexto más amplio; que además de los intermediarios tomen en cuenta a los demás actores involucrados en Internet, empezando por los propios usuarios.

I. Introducción

En su libro 'Borrar: la virtud de olvidar en la era digital', Viktor Mayer-Schönberger plantea una idea fundamental sobre el cambio de paradigma en la memoria como consecuencia del desarrollo tecnológico: en la época del libro y la tradición oral, olvidar era la regla general y

recordar, la excepción; pero en tiempos de grabaciones y archivos digitales y bases de datos en línea, recordar es la norma. Sólo se olvida lo que se deshecha de manera explícita.[2]

Mayer-Schönberger no atribuye ese cambio a un desarrollo del cerebro humano, cuya capacidad fisiológica es, en términos generales, la misma desde hace 100 años. La habilidad de recordar se debe al apoyo de la tecnología –desde la imprenta hasta los computadores–, que de manera paulatina viene incrementando las posibilidades de registro y almacenamiento de toda actividad humana. Según el autor, la imposibilidad de olvidar nos pondrá en el futuro en los zapatos de Ireneo Funes, el personaje del cuento de Jorge Luis Borges que recordaba las veces que había imaginado o visto *"cada hoja de cada árbol de cada monte"*.

Hoy por hoy Internet media casi todas las actividades cotidianas de las personas. El consumo de noticias, las relaciones laborales y personales, los momentos de esparcimiento y los temas financieros y de salud, suelen involucrar el uso de aplicaciones móviles, servicios en línea y toda clase de intermediarios.

Este cambio no solo tiene consecuencias en la manera como las personas afrontan su presente y referencian su pasado, sino también en el tipo de relación que tienen con su información personal y en las dinámicas que genera el movimiento de datos personales en la red. Más precisamente, este cambio implica una redefinición del control de la información sobre nosotros mismos, la cual nos identifica y a la vez nos permite definirnos.

En este contexto se viene dando un debate sobre la necesidad de crear un derecho al olvido que, por una parte, le devuelva al individuo el control sobre su información y, por otra, le permita liberar su pasado de un rígido molde digital. Así, el derecho al olvido busca, por ejemplo, que una empresa no tenga más en su poder cierto dato sobre alguien, que mis amigos dejen de ver en las redes sociales la foto de mi excursión de bachillerato de hace diez años, o que un motor de búsqueda excluya de sus resultados los rumores falsos que acabaron con la reputación de alguien.

[2] *Véase*, Mayer-Schönberger, Viktor, *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age.* Princeton, Princeton University Press, 2009.

Los críticos de esta idea también apuntan a ejemplos en que parece menos conveniente hablar de olvido: un político corrupto que desea que no se hable más de su oscuro pasado, un policía buscando que se elimine un video donde acepta un soborno, un médico tratando de eliminar un registro sobre una mala práctica profesional.

El propósito de este documento es, entonces, presentar y explorar este debate. Aunque la idea del derecho al olvido no es nueva, viene avanzando con más fuerza desde enero pasado, cuando la Comisión Europea presentó una propuesta para reformar la normativa sobre protección de datos. Y es ahí donde arranca el debate: ¿es lo mismo hablar de derecho al olvido que de protección de datos? ¿es realmente algo nuevo?

El documento está dividido en los siguiente apartes: primero, la abundancia de información en Internet; segundo, el efecto multiplicador de la agregación y la indexación de datos; tercero, la relación entre la abundancia de datos y el control; cuarto, el problema de recordar en la era digital; quinto, algunas definiciones propuestas para el derecho al olvido; sexto, el debate entre este derecho como una solución o un problema, y séptimo, algunas propuestas prácticas para introducir una especie olvido en el entorno digital. Por último, ofrecemos algunas conclusiones y recomendaciones.

Es importante aclarar que este documento busca ofrecer un panorama general del tema antes que un análisis pormenorizado de los elementos jurídicos, regulatorios y técnicos. Y aunque señalamos razones por las que la discusión de derecho al olvido es importante, no pretendemos asumir la defensa de su implementación. Consideramos que, sobre todo, resulta importante entender los argumentos en juego, ubicar –especialmente- las distintas posiciones y empezar a pensar el tema desde América Latina.

II. Nuestra vida, volcada a la red

No hay que ser un usuario de Internet de tiempo completo o un adicto a las redes sociales para que decenas de datos sobre uno estén alojados en diferentes puntos de la red. Tomemos como ejemplo el correo electrónico: con un servicio como Gmail, una persona puede tener archivados todos los mensajes que ha enviado y recibido desde 2004, incluidos los que intercambió a través del servicio de chat. A lo anterior podemos sumar la información almacenada en Facebook. Fotos, videos, conversaciones, archivos y, en general, cualquier intercambio que haya dejado un rastro digital desde el momento en que se abrió la cuenta.

Incluso si esa persona prescindió de esos servicios o los uso mínimamente, otra actividad habitual en línea –cuyo efecto es tal vez menos visible– deja un rastro abundante: las búsquedas hechas en motores de búsqueda como Google, Yahoo! o Ask. Con algunas diferencias propias de la política de cada empresa, los términos que se introducen en estos servicios se guardan en un servidor y conforman un historial. Entre otros, esta información sirve para ajustar la publicidad que aparece en las páginas que la usuaria visita y para moldear los propios resultados de las búsquedas.

Aunque algo de esta información se almacene de manera anónima, la sumatoria de datos permite perfilar con bastante precisión a una persona. Si a la dirección IP de un computador –que identifica su conexión en Internet– se van sumando variables como búsquedas de lugares (direcciones de hoteles, casas o restaurantes), medicinas, tiquetes de eventos, ropa o comida, al final será posible determinar de quién se trata.

Sin embargo, no es usual hacer indagaciones ordenadas o coherentes en los motores de búsqueda. En un momento dado alguien puede buscar todo lo referente a un tema laboral y, un segundo después, hacer una consulta sobre un problema de salud o una idea descabellada o pasajera (le surge la curiosidad, por ejemplo, de averiguar sobre una persona con la que tuvo una relación sentimental hace muchos años). En estos casos, los datos que se van registrando no solo perfilan a una persona de manera equivocada o descontextualizada, sino que se refieren a temas que ésta quisiera mantener en su órbita privada.

Más allá de este problema, resulta claro que la agregación, indexación y etiquetación de datos sobre un persona tienen un efecto multiplicador. Un conjunto de datos sobre la actividad de una persona en Internet no equivale simplemente a una suma de informaciones aisladas. A medida que agregamos más información tendremos una radiografía más precisa de algún aspecto del individuo.

Aquí no podemos limitarnos únicamente a la información que el usuario de Internet suministra sobre sí mismo y que termina en poder de un tercero (en el servidor de Amazon o de Twitter). Diferentes datos sobre nosotros mismos pueden estar en línea después de que un tercero los hizo disponibles, aun sin nuestro consentimiento o conocimiento: alguien colgó y etiquetó una foto suya en Facebook sin que usted lo supiera; una entidad oficial publicó en el portal una base de datos que contiene su nombre; un medio de comunicación publicó una historia donde incluye información sobre usted; un usuario anónimo creó un blog para criticarlo, de pronto incluyendo información sobre su vida privada.

También es posible que la información en línea sobre una persona esté ahí porque ella misma la publicó y, aunque posteriormente la retiró, alguien más hizo una copia y la mantuvo disponible en otro lugar. No hay que limitar este caso a un robo o un acto de mala fe: piense, por ejemplo, que hace tres o cuatro años usted publicó de manera entusiasta en Facebook unas fotos de su fiesta de cumpleaños. Ahora las ve y las elimina –le parecen pasadas de moda, ya no le evocan un momento alegre o simplemente no le gustan más–. No obstante, un amigo las copió mucho antes y las tiene colgadas en su blog personal. Por más que usted quiera, cualquier persona podrá seguir accediendo a esa información.

1. El efecto multiplicador de la agregación y la indexación

En resumen, los datos que se pueden encontrar en Internet sobre una persona, tanto los que la identifican como los que se refieren a ella de algún modo, tienen dos fuentes generales: la propia persona o un tercero. Y a medida que se copian o se re-publican (*reposting*), siguen

diferentes caminos. Para entender mejor el problema del efecto multiplicador de los datos, el consiguiente riesgo de descontextualización y el impacto en la órbita privada, tomemos un ejemplo más detallado y supongamos los siguientes cuatro hechos aislados:

a) Ramiro utiliza Foursquare, una aplicación que permite notificar a los contactos acerca del sitio donde uno se encuentra. A las diez de la mañana del jueves, Ramiro ingresa a un café aledaño a un hospital de la ciudad y se registra en Foursquare desde su teléfono móvil. Una notificación con esa información le llega a sus contactos.
b) Con cada vez más frecuencia, las discotecas toman fotografías durante sus fiestas y las cuelgan en sus sitios de Internet. Este jueves no es la excepción en 'El Boliche'. Las fotos de la noche anterior ya están disponibles. Un amigo de Ramiro ingresa al sitio y ve una foto de aquel en medio de la fiesta. Aunque no estuvo con Ramiro esa noche, la foto le parece divertida y la etiqueta.
c) Ramiro también es usuario de Twitter, el popular servicio de micro-blogs y mensajes. Durante la tarde del miércoles intercambió algunos mensajes agresivos con un excompañero de trabajo. La cosa no pasó de unos insultos por un tema aparentemente sin importancia.
d) Hacia el mediodía, un medio de comunicación local reporta que el miércoles en la noche hubo una pelea en 'El Boliche' y tuvo que intervenir la Policía. Según las autoridades, al parece la pelea fue entre dos jóvenes que habían estado enviándose mensajes por Internet desde la tarde.

Ramiro puede ser cualquier joven de 20 años con una vida activa en Internet y con cuentas abiertas en varias redes sociales. Si nos enteramos de cualquiera de estos hechos de manera independiente, no tendremos ningún dato relevante sobre él: entró a una cafetería, estuvo de fiesta el miércoles en la noche, tuvo un altercado en Twitter, hubo una pelea en 'El Boliche'. Pero si tenemos acceso a todos los datos sobre él –ya sea porque alguien los agregó en un sitio o

porque hicimos una búsqueda por el nombre, en cuyo caso aparecen indexados– podemos inmediatamente especular: Ramiro estuvo en el hospital después de estar de fiesta en 'El Boliche'; estuvo involucrado en una pelea con una persona por una discusión previa a través de una red social; tal vez salió herido.

Este relato puede tener un impacto entre los amigos de Ramiro y tomarse como cierto más allá de que la verdad sea distinta. En la medida en que la agregación e indexación de datos se refieran al buen nombre o la vida privada de alguien, el choque con la veracidad de la información se hará más palpable.

Tomemos el caso de un medio de comunicación que acusa a un político por corrupción. Supongamos que posteriormente se comprueba que la información es falsa o poco veraz, y aunque el medio rectifica en su versión impresa, la versión digital continúa accesible al público y ha sido republicada por otros portales en línea. Y supongamos también que a esta información se suman afirmaciones del involucrado sacadas de contexto y otros datos provenientes de distintas fuentes que resultan igualmente falsos o incompletos (supongamos que alguien juntó todo eso en un sitio de agregación de redes sociales). *"La distinción antigua entre la circulación de hechos y la diseminación de opiniones ha sido borrada de tal manera que ambas se están graduando en el mismo tipo de visibilidad"*, dice el antropólogo y filósofo francés Bruno Latour.[3] Una simple búsqueda en Internet bastará para encontrar hechos, opiniones y especulaciones en un solo lugar y con el mismo rango aparente de importancia.

La agregación de datos resulta aún más poderosa con los motores de búsqueda que funcionan con algoritmos. Cuando la usuaria comienza a teclear un término, rápidamente el programa le ofrece auto-completar la búsqueda. Si uno escribe 'Barack', inmediatamente aparecerá 'Obama'. La sugerencia es el resultado de cruzar variables como búsquedas comunes en la red o disponibilidad de información. Sin embargo, lo que es aparentemente una función cómoda y expedita puede aparejar una distorsión de la realidad.

[3] Latour, Bruno, "Beware, your imagination leaves digital traces", *Times Higher Literary Supplement,* 6 de abril de 2007. Traducción informal.

El caso más conocido en Europa es el de la ex primera dama de Alemania Bettina Wulff, quien demandó a Google por la función de auto-completar asociada a ella: cuando alguien tecleaba su nombre, el motor de búsqueda sugería términos como «dama de compañía» (*escort*) o «prostituta», un rumor sobre ella que se mueve en la red sin que haya, hasta ahora, algún sustento veraz.[4] Con la acción judicial, Wulff básicamente pretende que Google se 'olvide' de una información sobre ella. Aunque es imposible que esa asociación se borre de todos los blogs o foros difamatorios que abundan en Internet, empezarán a ser invisibles si el algoritmo los ignora.

Algo similar sucedió en Argentina con la cantante y modelo Virginia Da Cunha, cuyo nombre en los resultados de los motores de búsqueda aparecía asociado a sitios de pornografía. Al parecer, varios de estos sitios albergaban fotomontajes pornográficos de ella. En 2009, Google y Yahoo! fueron condenados en primera instancia a pagar una indemnización a Da Cuhna. Posteriormente, en segunda instancia fueron exonerados bajo un análisis de exención de responsabilidad de los intermediarios.[5]

Estos ejemplos sirven para ilustrar dos puntos: por un lado, la agregación e indexación de información tiene un efecto poderoso en términos de lo que se puede decir –o aparentar decir– sobre una persona. Mientras en el mundo análogo la difusión de pedazos de información erróneos, inexactos o indeseados tiene un alcance limitado, en el mundo digital el impacto es inagotable y los efectos pueden ser perversos. Por el otro, esta información es pública y llega a la red por varios caminos. Esto implica que tratar de contrarrestarla o disponer de ella (borrarla, modificarla) no depende únicamente del afectado ni pasa por la responsabilidad exclusiva de un intermediario. Que Internet se 'olvide' de esos datos requiere algo más que oprimir una tecla.

III. Más datos, menos control

[4] *Véase,* Lardinois, Frederic, "Germany's Former First Lady Sues Google For Defamation Over Autocomplete Suggestions", *Techcrunch,* 7 de septiembre de 2012, disponible en: http://techcrunch.com/2012/09/07/germanys-former-first-lady-sues-google-for-defamation-over-autocomplete-suggestions/ (consultado en noviembre de 2012).

Entre más 'digitalizamos' nuestras vidas, menor es el control que tenemos sobre nuestra información. Nuestras conversaciones íntimas están en el correo electrónico o en el servicio de chat; nuestras fotos, en un casillero en línea; nuestros datos bancarios, en la última tienda en línea donde compramos algo; cualquier dato sobre nuestro estado de salud, en una base de datos en un hospital o en el historial de compras de la farmacia.

La facilidad técnica para copiar y almacenar información, los decrecientes costos de los computadores y los dispositivos móviles, y el aumento en la capacidad de aparatos y aplicaciones para procesar datos, constituyen incentivos para que las personas tiendan a acumular datos sobre sí mismas y sobre otras. Cuando debíamos revelar rollos para obtener fotografías, escogíamos los momentos para tomar una foto o seleccionábamos solo las mejores imágenes de los negativos. El proceso era costoso tanto en tiempo como en dinero. Más adelante, con el computador personal, nos preocupábamos de no llenar el disco duro de archivos innecesarios, así como borrábamos correos electrónicos para no copar la capacidad de nuestro buzón. Hoy nada de eso es necesario: tomamos decenas de fotos, guardamos todo los archivos y mensajes. Ahora lo costoso es tomarse el tiempo de seleccionar y descartar.[6]

Desde el punto de vista comercial, el incentivo para acumular datos es innegable. Si una librería en línea sabe qué libros compró una persona en el último año, podrá ofrecerle solamente los géneros literarios que le interesan; si un supermercado puede guardar el historial de compras de una familia, podrá ofrecerle paquetes mensuales con descuentos y productos similares. Para el negocio de la publicidad, cuyo objetivo último es lograr que la atención de un comprador termine en una compra, la acumulación de datos equivale a una mina de oro. Nir Eyal lo llama el proceso

[5] *Véase,* Braginski, Ricardo, "Google y Yahoo! dan vuelta un fallo contra una ex Bandana", *Clarín,* 16 de agosto de 2010, disponible en: http://www.clarin.com/internet/Google-Yahoo-vuelta-fallo-Bandana_0_317968397.html (consultado en noviembre de 2012).
[6] *Véase,* Mayer-Schönberger, *supra* nota 1.

de «manufacturar el deseo», donde nada importa más que saber de antemano qué quiere el consumidor.[7]

Si bien los agentes que captan información de los usuarios la manejan y centralizan, es equivocado pensar que adquieran un control absoluto sobre ésta. Por un lado, la creación de una base de datos, o simplemente de un lugar donde haya información alojada, contiene riesgos implícitos en términos de seguridad. *"En últimas, donde quiera que haya datos, hay vulnerabilidad; de manera que la única forma en que los datos no son vulnerables es que no existan"*, afirma Paul Bernal.[8] Cualquier sistema de información debe tener al menos una puerta de entrada, y por más sofisticada que sea su seguridad siempre dependerá –o debe depender– de la interacción humana. Por el otro lado, las bases de datos son en sí mismas una mercancía que se mueve en todos los mercados.

Entre más funcional y desarrollada es una base de datos, mayor es su potencial. Por ejemplo, una tabla de Excel sobre gastos de campañas electorales ordenada por categorías, nombres y fechas es infinitamente más útil que un documento impreso, sin uniformidad y con errores tipográficos. En términos de transparencia y acceso a la información se espera que las autoridades reporten este tipo de información en un formato que pueda procesarse. Pero esta utilidad puede ser un problema si en vez de una campaña electoral se trata de la historia clínica de un grupo de pacientes siquiátricos. Usando herramientas adecuadas de consulta y cruce de referencias, podemos obtener información que, sin duda, hace parte de la esfera privada de esos individuos. Si a esto sumamos los puntos de entrada que puede tener un sistema de información –piénsese, por ejemplo, en todas las terminales de consulta de un hospital– podemos entender que en un universo digitalizado la información también es sinónimo de riesgo.

El control es entonces apenas una cara de la moneda en cuyo lado opuesto está la dispersión y la descentralización. Nuestra información no está en manos de nadie y a la vez puede estar en manos de muchos. Sumado a los incentivos para acumular datos y los costos de borrarlo, nos

[7] *Véase*, Eyal, Nir, "How To Manufacture Desire", *Techcrunch*, 4 de marzo de 2012, disponible en: http://www.techcrunch.com/2012/03/04/how-to-manufacture-desire/ (consultado en noviembre de 2012).

enfrentamos a un entorno de información creciente que no podemos asir. *"Podemos llegar a sufrir una reducción en el control de nuestra información antes de darnos cuenta. Del mismo modo, otros ganan en poder informacional a partir de nuestra pérdida, influenciando las circunstancias de nuestras interacciones futuras con el mundo",* apunta Mayer-Schönberger.[9]

IV. El problema de recordar

La buena memoria suele verse como una virtud antes que un defecto. En el caso de las instituciones, la preservación de la historia no solo es un deber sino también una condición necesaria de eficiencia. Sin embargo, para Mayer-Schönberger el cambio de paradigma de la memoria –de olvidar como regla general a olvidar como excepción– afecta la manera como el individuo interpreta su pasado y vive su presente. En esencia, olvidar le permite al hombre desarrollar sus convicciones y creencias y ajustarlas al presente; le posibilita cambiar, reinterpretar, innovar e incluso perdonar.

El autor plantea una situación cotidiana: una persona va reencontrarse con un amigo al que no ve hace muchos años y que está de visita en la ciudad. Emocionada por volver a verlo, intercambia correos con él para concertar una cita. Y mientras busca el último mensaje para contestarle, se encuentra con una serie de correos electrónicos de hace varios años donde tuvo una pelea con él por cualquier motivo. Ya había olvidado ese episodio. Ahora lo revive y reinterpreta su presente.[10]

Con ocasión del aniversario 25 del asesinato de su padre, el escritor colombiano Héctor Abad Faciolince escribió una entrada en su blog titulada 'Acuérdate de olvidar', donde se declara cansado de recordar un episodio tan doloroso durante tanto tiempo:

[8] Bernal, Paul, "A Right to Delete?", en: European Journal of Law and Technology, Vol. 2, No, 2, 2011. Disponible en: http://ejlt.org/article/view/75/144. p. 6. Traducción informal.
[9] Mayer-Schönberger, *supra* nota 1, pos. 1160 (versión Kindle).

> Yo reconozco la importancia política de tener una memoria larga. Eso hace que los asesinos no se sientan nunca a salvo: su crimen será recordado. Tal vez por nuestra memoria a ellos les tiemble la mano cuando piensen otra vez en apretar el gatillo. Sí, es importante recordar. Pero hay también una necesidad privada de olvidar, o mejor, de recordar otras cosas.[11]

Se trata, por supuesto, de dos ejemplos radicalmente diferentes. Sin embargo, guardan en común el reto de adaptarse al pasado y vivir el presente en medio de una penetrante memoria digital. Hace 20 años, dos amigos no tendrían documentadas sus peleas en mensajes. Aquellos desencuentros estarían desteñidos por la memoria y recontextualizados en el presente. Y hace 20 años, el recuerdo de un familiar fallecido no estaría mediado por tal cantidad de videos, fotos, audios y perfiles en redes sociales –una 'vida' digital que no perece–.

Abad Faciolince plantea la idea del olvido también como la posibilidad de recordar algo diferente y no siempre lo mismo. En el caso de él, se trata del trágico día en que asesinaron a su padre. Pero la afirmación resulta igualmente útil a la luz de la memoria en la era digital. A pesar de que, como decíamos, la actividad humana está cada vez más documentada en la red, largas porciones de ésta quedan fuera de ese registro: conversaciones personales, encuentros, movimientos, actividades cotidianas, y, sobre todo, las interpretaciones y sensaciones del individuo. Pero a medida que pasa el tiempo la memoria digital nos ofrece siempre el mismo recuerdo: el mismo video o el mismo intercambio de mensajes. Nuestra memoria se condiciona entonces a los episodios registrados y deja de lado los demás. Tomamos como referente del pasado un recuerdo objetivizado en detrimento del subjetivo y personal.

Ese pasado estático –argumentan algunos autores– se vuelve un obstáculo para el desarrollo personal. Teniendo un referente tan aparentemente claro de lo que hizo o pensó en el pasado, el individuo no se permite olvidar o cambiar. Según Liam Bannon, *"olvidar no es una*

[10] *Véase, Ibíd.*
[11] Abad Faciolince, Héctor, "Acuérdate de olvidar", *El Espectador*, 25 de agosto de 2012, disponible en: http://blogs.elespectador.com/habad/2012/08/25/acuerdate-de-olvidar/ (consultado en noviembre de 2012).

desafortunada limitación del ser humano, sino más bien una actividad mental necesaria que nos ayuda a filtrar la inundación sensorial entrante, y así permitirnos actuar en el mundo".[12] A pesar de que las acciones anteriores se examinan desde un presente totalmente distinto en tiempo, modo y lugar, se convierten en un molde rígido para actuar. En consecuencia, el individuo se vuelve proclive a la autocensura e inhibición.[13]

El contra-argumento más importante frente al problema de recordar se refiere a la 'adaptación cognitiva', que no es otra cosa que la capacidad del ser humano de asimilar cambios. *"La gente, especialmente la gente más joven, ideará mecanismo de supervivencia. Ese va ser el cambio, no una intervención de cualquier cuerpo gubernamental o tecnológico"*, responde Danah Boyd.[14] Al final de cuentas –siguiendo ese planteamiento– el ser humano logrará ajustar su proceso cognitivo para evitar que el pasado, documentado y al alcance de la mano, nuble su juicio.

Una idea similar, que también se relaciona con una de las soluciones propuestas por algunos autores, apunta al beneficio de una 'sobredosis' de información. A medida que la memoria digital avanza y se profundiza, la persona logrará poner en contexto su pasado sin temor a perder la perspectiva.

De una u otra forma, en el mundo digital ya se ven algunos síntomas del impacto negativo que tiene ese pasado objetivado y anecdótico, representado en un dato cualquiera, como una imagen o un texto sobre el cual el titular ya no tiene control. En septiembre pasado, Amanda Todd, una canadiense de 15 años, publicó un video en Youtube donde decía que había sido víctima de ciber-acoso. A través de un chat había compartido una foto íntima de ella con un

[12] Bannon, Liam J., "Forgetting as a feature, not a bug: the duality of memory and implications for ubiquitous computing", en: CoDesign, Vol. 2, No. 1, marzo de 2006, 3-15. Traducción informal.
[13] *Véase,* Mayer-Schönberger, *supra* nota 1, pos. 1701 y ss.
[14] Winter, Jessica, "The advantages of amnesia", en: *The Boston Globe,* 23 de septiembre de 2007, disponible en: http://www.boston.com/news/education/higher/articles/2007/09/23/the_advantages_of_amnesia/?page=full (citando a: Boyd, Danah). (Consultado en noviembre de 2012). Traduccion informal.

hombre que posteriormente la quiso ridiculizar con el material y lo difundió entre sus amigos y conocidos. Unas semanas después, Todd se suicidó.[15]

Aunque para algunos este episodio hace parte del fenómeno conocido del matoneo o acoso entre jóvenes y adolescentes, parece claro que en el contexto de Internet tiene la propensión de escalar (conocido como *cyberbullying*). *"Un derecho al olvido podría ofrecer una esperanza para las víctimas de 'cyberbullying'",* plantea Ambrose tomando el caso de Todd como antecedente.[16] Ese ejemplo es uno más de una lista que crece diariamente. Un episodio reciente y apenas anecdótico, que en otra época sería dejado atrás rápidamente, puede perseguir a un individuo de manera incesante. Lo cual parece más complejo frente a generaciones que nacieron y crecieron en la era digital.

V. En busca de una definición

La necesidad de un 'derecho al olvido' se ha planteado en el contexto esbozado anteriormente. Aunque el problema que se busca abordar parece claro, el significado y contenido de la solución es, por ahora, borroso. En este aparte del documento esbozaremos una definición de derecho al olvido y lo relacionaremos con el derecho a la protección de datos o habeas data. En el centro de esta discusión están los interrogantes de si es posible elaborar un derecho al olvido a partir de las garantías existentes y si, de llegar a instituirlo, chocaría con otros derechos.

Paul Bernal ubica el origen del derecho al olvido en el concepto legal francés del *droit à l'oubli* y el italiano *diritto all'oblio*, que en términos generales se entienden como *"el derecho a silenciar eventos pasados de la vida que ya no están sucediendo"*.[17] Meg Ambrose concuerda, y

[15] *Véase,* Ambrose, Meg Leta, "Bullying and the Right to be Forgotten: A Right to End Victimization", en: *www.playgiarizing.com,* 12 de octubre de 2012, disponible en: http://playgiarizing.com/2012/10/12/bullying-and-the-right-to-be-forgotten-a-right-to-end-victimization/ (consultado en noviembre de 2012).
[16] *Ibíd.*
[17] Bernal, *supra,* nota 7 (citando a: Pino, G., "The Right to Personal Identity in Italian Private Law: Constitutional Interpretation and Judge-Made Rights", en: Hoecke M.V. & OST (eds.) The Harmonisation of European Private Law. 2000, Bruselas, Hart. P. 237).

afirma que el término francés incluye tanto el derecho a ser olvidado como la obligación de olvidar. Esta distinción es importante, toda vez que el enfoque de esta garantía determina en cabeza de quién están las prestaciones para hacerla cumplir.[18]

Siguiendo de alguna manera el enfoque de Mayer-Schönberger sobre la necesidad humana de olvidar, la Comisión Nacional de Informática y Libertades de Francia –el ente autónomo que protege el procesamiento de datos en ese país–, considera que el derecho al olvido (o a ser olvidado) es el derecho a cambiar, evolucionar y contradecirse. La Comisión lo concretiza en el 'Principio de duración limitada de la retención de datos', según el cual la información no puede conservarse en ficheros digitales indefinidamente, sino únicamente por el tiempo necesario para cumplir con el propósito para el cual fue recogida.[19]

1. Del 'habeas data' al olvido

Esta conceptualización del derecho al olvido se erige sobre instituciones jurídicas conocidas. De tiempo atrás, la mayoría de legislaciones en el mundo contemplan la prescripción de delitos, el borrado de antecedente penales o las amnistías en temas tributarios y financieros. En muchos de estos casos, se utiliza explícitamente el término «derecho al olvido». En Argentina, por ejemplo, la Ley 25.326 dispone que el término de archivo de los antecedentes crediticios de una persona es de cinco años, plazo que se reduce a dos cuando los deudores –en caso de acreencias– paguen su obligación.

Las normas sobre protección de datos –o habeas data– se han desarrollado en distintos países de la región principalmente a través de leyes. En el reciente fallo que revisó la constitucionalidad de la ley estatutaria de habeas data de Colombia, la Corte Constitucional de ese país enumeró los contenidos mínimos de este derecho:

[18] *Véase*, Ambrose, Meg Leta, "You Are What Google Says You Are: The Right to be Forgotten and Information Stewardship", en: International Review of Information Ethics, Vol. 17, 2012. Disponible en: http://ssrn.com/abstract=2154353.
[19] *Véase,* Commission Nationale de L'Informatique et Des Libertés, "Rapport d'activité 2011", disponible en: http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/La_CNIL/publications/RA2011_CNIL_FR.pdf.

> (i) el derecho de las personas a conocer –acceso- la información que sobre ellas está recogida en bases de datos (…) (ii) el derecho a incluir nuevos datos con el fin de se provea una imagen completa del titular; (iii) el derecho a actualizar la información, es decir, a poner al día el contenido de dichas bases de datos; (iv) el derecho a que la información contenida en bases de datos sea rectificada o corregida (…) (v) el derecho a excluir información de una base de datos.[20]

La Agencia Española de Protección de Datos, de hecho, ha abordado el derecho al olvido desde esa órbita, propia de su competencia (a esto volveremos más adelante). En un sentido similar, en enero de 2012 la Comisión Europea dio a conocer una propuesta para reformar la Directiva de Protección de Datos adoptada por la Unión Europea en 1995. Entre otros temas, ésta contempla la introducción formal del derecho al olvido:

> (…) a los interesados les debe asistir el derecho a que se supriman y no se traten sus datos personales, en caso de que ya no sean necesarios para los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo, de que los interesados hayan retirado su consentimiento para el tratamiento, de que se opongan al tratamiento de datos personales que les conciernan o de que el tratamiento de sus datos personales no se ajuste de otro modo a lo dispuesto en el presente Reglamento.[21]

La propuesta, que marcó simbólicamente el inicio del debate sobre este tema, incluye también la posibilidad de que la usuaria revoque el consentimiento sobre el uso de la información que hubiera dado cuando era menor de edad, *"cuando no se es plenamente*

[20] Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-748-11. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt.
[21] Comisión Europea, "Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos". Bruselas, 25 de enero de 2012, COM(2012) 11 final, párrafo 53 y ss.

consciente de los riesgos que implica el tratamiento, y más tarde quisieran suprimir tales datos personales especialmente en Internet".[22]

Tal obligación de supresión impone deberes a los responsables del tratamiento de datos, es decir, a quien los capta y administra, como Twitter o Facebook. En teoría, además de tener que borrar eventualmente un dato, una empresa como Facebook tendría que asegurarse de que los terceros que accedieron a esa información por cuenta de la difusión que hizo aquella, sepan que el interesado está solicitando la supresión de esos datos personales. Y si el tercero accedió con autorización de Facebook, éste último es responsable de la publicación hecha por ese tercero.

Igualmente, la Comisión Europea busca fortalecer la garantía de portabilidad de los datos (en esencia, que el usuario pueda 'llevarse' sus datos cuando abandone un servicio) y que se desarrollen medidas para evitar la elaboración de perfiles automáticos que no fueron consentidos por la persona (conocido como 'profiling'). Es decir, esta disposición busca evitar el problema de agregación de datos sobre una persona, que –como se explicó al comienzo de este documento– puede resultar en una descripción distorsionada y deshumanizada del individuo.

En busca de un equilibrio, la propuesta europea estipula una serie de excepciones: se podrán conservar datos con fines históricos y científicos por razones de interés público, como la salud pública, la libertad de expresión, y por otro motivo que amerite su preservación en cumplimiento de una ley particular. Y es ahí donde está el nudo del derecho al olvido. Por un lado, algunos consideran que por vía de excepciones puede volverse efímero y, por el otro, algunos argumentan que su aplicación podría terminar por sofocar otros derechos igualmente importantes y contribuir al desmonte del Internet abierto que conocemos.

2. El derecho a borrar

Como desarrollo o precisión del derecho al olvido, Conley propone instituir el derecho a borrar ciertos datos sin importar donde estén registrados o almacenados. Esta potestad estaría

[22] *Ibíd.*

limitada a los registros específicos de información –como fotografías o vídeos– y a aquellos datos que puedan separarse de cualquier expresión de una idea o contenido sin censurarla. Es decir, que se pueda preservar a la vez la libre expresión y la intimidad. *"Al hacer posible la eliminación, esperamos que se pueda preservar el derecho a la privacidad y el espacio de oxigenación social que habilita; al hacerlo manual antes que automático, esperamos empoderar a los individuos para controlar su propia información (...)"*, argumenta Conley.[23]

Bernal, que simpatiza con esta idea, agrega que la presunción debería estar a favor del individuo: éste tiene el derecho a borrar datos asociados a él, mientras que aquellos que deseen preservarlos deben justificar en contrario. Adicionalmente, este autor considera que el derecho a borrar debe incluir los perfiles automáticos de los usuarios, como el historial en los navegadores o motores de búsqueda.

A pesar de defender este derecho, Bernal enumera varias razones por las que es fundamental preservar cierta información más allá del deseo de un individuo de que se elimine: i) por razones paternalistas, cuando es del interés del individuo que la información se preserve (como una historia clínica); ii) comunitarias, cuando existe un interés común de tener ciertos registros (como los antecedentes criminales de alguien); iii) administrativas o económicas, cuando cierta información es fundamental para el funcionamiento institucional (como los registros de votación o de impuestos); iv) de archivo, cuando los datos son necesarios para registrar un hecho histórico (el archivo de las bibliotecas, por ejemplo), y v) de seguridad, que se refieren, entre otros, a la necesidad de retener datos para investigaciones criminales.[24]

El derecho a borrar vendría acompañado por una especie de garantía subsidiaria, que es la 'anonimización' de los datos. En los casos en que no fuera posible eliminar el dato, la siguiente obligación sería que éste no permitiera identificar al titular. Este punto es en general pacífico en este debate. De hecho, muchas empresas vienen implementando políticas de 'anonimización' de datos. El problema es si el grado de 'anonimización' es suficiente para preservar la privacidad de

[23] Conley, Chris, "The Right to Delete", en: AAAI Spring Symposium Series, North America, 2010. Disponible en: http://www.aaai.org/ocs/index.php/SSS/SSS10/paper/view/1158/1482. p. 54. Traducción informal.
[24] *Véase,* Bernal, Paul, *supra* nota 7.

la usuaria o si, como se referenció anteriormente, permite a la postre identificarla a medida que la cantidad de datos aumenta.

3. ¿Una solución, o un problema?

La propuesta del derecho al olvido de la Comisión Europea ha sido recibida con resistencia entre algunos académicos, activistas y representantes de la industria de Internet. La reacción se evidencia, además, en la diferencia entre la tradición jurídica europea –de donde surge la propuesta– y la tradición jurídica norteamericana –de donde vienen los jugadores más poderosos–.

"El 'derecho al olvido' es un eslogan político muy exitoso. Y como todos los eslóganes políticos exitosos, es como un Test de Rorschach[25]*. La gente puede ver en él lo que quiera"*, escribió en enero pasado Peter Fleischer, abogado experto en privacidad y asesor de Google.[26] Recientemente, Fleischer volvió a abordar el tema, esta vez comparando el derecho al olvido con la quema de libros en la antigüedad. Para él, en la práctica el derecho al olvido permitirá que se oblitere de la red información de interés público:

> En el mundo real esto puede referirse a cosas como un reporte sobre un policía recibiendo un soborno. O el caso de un doctor enjuiciado por negligencia médica. O una persona iniciando un proceso por bancarrota. Uno puede ver fácilmente cómo la persona en cuestión tiene el interés de borrar toda huella sobre estos

[25] El Test de Rorschach consiste de una serie de láminas con manchas de tinta con figuras ambiguas que se usan para evaluar la personalidad.
[26] Fleischer, Peter, "The right to be forgotten, or how to edit your history" en blog personal, enero 29 de 2012, disponible en: http://peterfleischer.blogspot.co.uk/2012/01/right-to-be-forgotten-or-how-to-edit.html (consultado en noviembre de 2012). Traducción informal.

> hechos vergonzosos, mientras otras personas pueden tener un interés muy legítimo en saber de éstos.[27]

Fleischer subraya el problema de la proporcionalidad y advierte, además, sobre lo que esto puede significar en términos de innovación. Sin comprender aún los usos benéficos que pueden tener estas bases de datos en el futuro –argumenta– decidimos desecharlas por un riesgo que preferimos no ponderar.

Esta necesidad de ponderación y proporcionalidad se ha enmarcado principalmente en la tensión entre el derecho al olvido y la libertad de expresión. Paul Schwartz, director del Centro Berkley para la Ley y la Tecnología, considera que el derecho al olvido, en los términos trazados por la propuesta de la Unión Europea, entraría en conflicto con la Primera Enmienda norteamericana. En particular, Schwartz manifiesta su inquietud por el tipo de responsabilidad de quienes controlan la información inicialmente y de los intermediarios en la cadena sucesiva de transmisión de datos.[28]

Amparada en una protección robusta de la libertad de expresión, la ley norteamericana no contiene disposiciones especiales frente al manejo de información sensible o el proceso automatizado de datos, sino normas generales de responsabilidad civil. Este marco normativo se encuentra, sin duda, en la orilla opuesta del sistema europeo, que no solo contiene normas especiales en materia de datos –como hemos visto–, sino que también permite el establecimiento de controles previos de contenido.[29]

---

[27] *Ibíd.* "Book Burning, udpated for the Digital Age", 14 de noviembre de 2012, disponible en: http://peterfleischer.blogspot.co.uk/2012/11/book-burning-updated-for-digital-age.html (consultado en noviembre de 2012). Traducción informal.

[28] Schwartz, Paul, "The E.U.-US Privacy Collision: A Turn to Institutions and Procedures". Documento para simposio, 2 de octubre de 2012. Disponible en: http://www.harvardlawreview.org/symposium/papers2012/schwartz.pdf.

[29] El artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos dispone que la libertad de expresión, *"podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial".*

Para Jeffrey Rosen, el derecho al olvido podría convertir a una empresa como Google en un censor de facto antes que una plataforma neutral. *"Y como éste es un rol que Google no jugaría"* –argumenta– *"podría en vez producir hojas en blanco cada vez que un usuario europeo teclee el nombre de alguien que objetó previamente un blog o una actualización de estado desagradables"*.[30] Siguiendo este planteamiento, el derecho al olvido podría ser también un incentivo para la censura previa.

Recogiendo muchas de estas críticas, algunos autores consideran que para cumplir con el objetivo del derecho al olvido basta con el marco teórico que ofrece el derecho de habeas data: *"(...) el 'derecho al olvido' no es nada nuevo; a lo sumo, es simplemente el intento de aplicar a los nuevos mundos de Internet y las tecnologías modernas principios de protección de datos que vienen de tiempo atrás"*, plantea Fleischer sobre la posición que el suscribe en este debate.[31]

Parece claro que varios de los elementos de la protección de datos –el derecho a rectificar la información personal y la oposición al procesamiento de datos personales sin un objetivo legítimo, entre otros– son parte fundamental del derecho al olvido. Sin embargo, ¿resulta una respuesta adecuada? ¿Ofrece un marco suficiente para procurar soluciones normativas o técnicas?

El caso español ofrece algunas luces para el análisis. Como decíamos anteriormente, la Agencia Española de Protección de Datos ha usado el enfoque del habeas data para garantizar de alguna manera el derecho al olvido. En un caso de 2009, consideró que Google no tenía por qué incluir en el resultado de sus búsquedas o en su memoria 'caché' una página que contuviera ciertos datos personales de un individuo. Esto implica que aunque los datos personales podían estar en línea, no habría una manera sencilla de llegar a ellos.[32] Para usar una analogía, una cosa

[30] Rosen, Jeffrey, "The Right to Be Forgotten", en: Stanford Law Review 64, 13 de febrero de 2012, p. 92. Traducción informal.
[31] Fleischer, *supra* nota 25.
[32] *Véase*, Cerillo-i-Martínez, Agustí y otros (coordinadores*), Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet*. Actas del VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política Universitat Oberta de Catalunya Barcelona, 11-12 de julio de 2011. Universitat Oberta de Catalunya – Huygens Editorial, 2011. p. 376.

es pescar con red y otra muy distinta, con caña: a partir de ese momento, quien deseara obtener los datos de esa persona necesitaría alguna información precisa para ubicarlos.[33]

En otras oportunidades, la Agencia Española inclinó la balanza hacia el lado contrario. En 2007 y 2009 decidió que la hemeroteca digital de un periódico, la cual puede incluir información específica sobre un individuo, no equivale a la publicación de un dato personal toda vez que no es una base de datos susceptible de tratamiento. Más que hacer un análisis entre los derechos involucrados, el ente oficial simplemente delimitó la frontera de su competencia en un caso particular.[34]

Estos antecedente dan algunos elementos para trazar una caracterización del derecho al olvido y, tal vez, para ponderar los derechos en juego. Sin embargo, parecen insuficiente en varios frentes: se centra en la actuación de intermediarios particulares; restringe el análisis –explicablemente– al tratamiento de datos, dejando de lado la difusión de otro tipo de información en la red; no ofrece respuestas frente a los casos en que el propio afectado publicó la información, y no resuelve los problemas de la automatización de perfiles y la creación de ficheros digitales.

"Las leyes de protección de datos pueden proteger la información de algunos de estos riesgos, pero para la mayoría de ellos resulta efectivamente impotente", dice Paul Bernal.[35] ¿Qué sucede, por ejemplo, con la información periodística que, aunque veraz en el pasado, persiste en el presente como información falsa o irrelevante, y que afecta el buen nombre o la integridad de una persona? ¿Qué sucede con la información de un individuo que se mueve en la red sin que el afectado haya consentido o sin que desee que se siga difundiendo? Y, desde un punto de vista más sociológico, ¿podemos reintroducir una forma de olvido que nos permita dejar atrás el pasado, reinventarnos y avanzar?

[33] Para llegar esa conclusión –acaso consciente de la tensión entre los derechos involucrados– la Agencia Española argumentó que la indexación en buscadores no hace parte de la libertad de información. De lo contrario, tal decisión podría equivaler a una forma de censura.
[34] *Véase*, Cerillo-i-Martínez, *supra* nota 31.
[35] Bernal, *supra* nota 7.

VI. Olvidar en la práctica

Más allá de que se avance en la creación de un nuevo derecho o en la expansión de uno actual, el ecosistema digital parece requerir de ajustes que permitan enfrentar estos retos. Y tal vez la manera más adecuada de promoverlos no pasa por la imposición de leyes en Internet, lo cual puede resultar imposible a la luz de los estándares internacionales en temas como libertad de expresión y acceso a la información. En América Latina, para hablar de nuestro caso, un esquema de control de contenidos –ya sea para imponerlos o suprimirlos *ex ante*– podría reñir con el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que prohíbe la censura previa y el control posterior en términos razonables.

En vista de este escenario, el gobierno alemán, por ejemplo, hizo un llamado a la auto-regulación de los intermediarios,[36] y la propia Agencia Española de Protección de Datos ha promovido esquemas de ese tipo que permitan encontrar un balance:

> En este sentido los medios de comunicación debieran usar medidas informáticas para que, en el caso de que concurra interés legítimo de un particular y la relevancia del hecho haya dejado de existir, se evite desde su webmaster la indexación de la noticia por los motores de búsqueda en Internet. De esta forma, aún manteniéndola inalterable en su soporte –no se borraría de sus archivos ni de sus históricos- se evitará su divulgación indiscriminada, permanente y, en su caso, lesiva.[37]

[36] *Véase,* Der Spiegel, "US Lobbyists Face Off with EU on Data Privacy Proposal", 17 de octubre de 2012. Disponible en: http://www.spiegel.de/international/business/us-government-and-internet-giants-battle-eu-over-data-privacy-proposal-a-861773.html (consultado en noviembre de 2012).
[37] Cerillo-i-Martínez, *supra* nota 31, p. 377 (citando a: Agencia Española de Protección de Datos, resolución de 26 de enero de 2009).

Las medidas informáticas aludidas se relacionan con el código o la programación del entorno digital. Así como podemos diseñar una casa con varias ventanas y claraboyas para que entre más luz durante el día, podemos diseñar ambientes que permitan 'ocupar' el espacio digital de manera diferente; tales cambios en la arquitectura reflejan preocupaciones sociales y buscan cambiar acciones y relaciones. Por supuesto, este código puede cambiar el entorno tanto positiva como negativamente.

La recomendación de la Agencia Española de que algunos sitios de Internet no indexen cierta información es similar a una propuesta hecha por Jonathan Zittrain. El académico norteamericano explica que las 'arañas' de los buscadores, encargadas de indexar los contenidos de Internet, revisan el archivo 'robots.txt' de todas las páginas web que visitan. Este archivo del 'anfitrión' advierte al robot sobre información que no debe indexar.[38] En consecuencia, esta herramienta permitiría, por ejemplo, que ciertos datos personales eventualmente contenciosos dejen de estar al alcance del público en general.

Vale la pena mencionar dos propuestas más que tendrían un efecto directo en la manera como los datos se manejan en el entorno digital: las fechas de vencimiento y la contextualización de la información.

1. Las fechas de vencimiento

Aunque Mayer-Schönberger es considerado por algunos como el promotor del derecho al olvido, su propuesta está más encaminada a introducir un mecanismo práctico que, según él, permita reequilibrar la balanza entre memoria y olvido. *"Mi sugerencia es una fecha de vencimiento de la información, para confrontarnos con la finitud de la memoria y exhortarnos a entender (y apreciar) que la información también tiene un ciclo de vida"*.[39]

[38] *Véase*, Zittrain, Jonathan, *The Future of the Internet and How to Stop It.* New Haven London, Yale University Press, 2008. Pos. 4447 y ss. (edición Kindle).
[39] Mayer-Schönberger, *supra* nota XXX, pos. 290 (edición Kindle). Traducción informal.

En pocas palabras, Mayer-Schönberger propone que los archivos de datos contengan una fecha de expiración, tanto como la tiene una caja de leche, después de la cual se eliminen o queden inservibles. Esto lo haría el propio usuario, quien al momento de crear o compartir el archivo –una foto, por ejemplo– tendría que introducir una fecha de expiración (días, meses o años). Las aplicaciones del computador y los servicios en línea reconocerían esta información y se encargarían de 'limpiar' los datos vencidos –automáticamente, con una frecuencia determinada o a petición del usuario–.

La fecha de vencimiento se convertiría en un elemento esencial del archivo, tanto como su extensión o su nombre. Esto obligaría a que cualquier copia mantenga las características del original y, en este caso, responda al término de vencimiento. La gestión digital de derechos o DRM (*Digital Rights Management*), que condiciona el uso de un contenido a las modalidades permitidas, podría usarse para que las fechas de vencimiento persistan. No obstante, el propio Mayer-Schönberger se muestra escéptico de introducir un sistema automático que elimine la mediación humana, lo cual es en realidad parte del problema: *"Después de todo, el objetivo principal de las fechas de vencimiento de la información es precisamente no sacar el problema de la memoria digital de nuestras consciencias al delegárselo a la tecnología"*.[40]

El autor se refiere a algunas maneras para que se dé el cambio en el código (el ecosistema digital). La Ley podría obligar a que las fechas de vencimiento sean obligatorias –como lo son, por ejemplo, los datos sobre derechos de autor–, lo cual tendría que venir acompañado por una práctica social aceptada. A pesar de esto, y como también reconoce Mayer-Schönberger, las fechas de expiración no podrían resolver todos los problemas relacionados con el uso indebido o desproporcionado de datos personales.

2. La contextualización

[40] *Ibíd.*, pos. 2820. Traducción informal.

La idea de la contextualización (o recontextualización) puede verse como una respuesta a la crítica de Mayer-Schönberger sobre el problema de recordar parcialmente, pero también como una herramienta adicional a las fechas de vencimiento. Detrás de esta propuesta está el argumento de que con la cantidad adecuada de información tanto el usuario como los terceros que accedan a los datos podrán entender y poner en perspectiva su significado.

En términos prácticos, la contextualización funcionaría en la medida en que el usuario vuelque más información hacia el entorno digital. La fórmula es de alguna manera conocida: combatir la información con más información. Así, si circula por la red un dato injurioso sobre una persona, ésta podría glosarlo con información adicional. Se trataría de una forma de réplica para combatir la descontextualización.

Podemos hablar, por un lado, de una propuesta de contextualización o recontextualización extrema, según la cual el ser humano irá paulatinamente registrando todas sus actividades hasta contar con una bitácora digital de su vida. Bajo esta proposición, conocida como *lifelogging*, los beneficios de la abundancia de información superarán las desventajas; entre otras, permitirá poner en contexto cualquier dato personal. *"Aún si esto fuera cierto para los individuos"*, responde Conley, *"menos estarán dispuestos a adoptar visiones poco ortodoxas y a retar el status quo si toda las ideas y comentarios son grabados y están disponibles de manera permanente"*.[41]

Por otro lado, podemos hablar de una idea de contextualización moderada, acaso más ajustada al presente. Bajo esta óptica, es posible que los mismos servicios en línea que exponen información personal ofrezcan el espacio para que aquella sea explicada o refutada. *"El camino hacia adelante probablemente no es un derecho legal sino una estructura que permita a quienes difunden información construir conexiones con los sujetos de sus discusiones"*, explica Jonathan Zittrain,[42] quien aboga por un mecanismo de diálogo entre las personas involucradas en el manejo de la información.

[41] Conley, Chris, *supra* nota 22. Disponible en: http://www.aaai.org/ocs/index.php/SSS/SSS10/paper/view/1158/1482. p. 54. Traducción informal.
[42] Zittrain, *supra* nota 37, pos. 4607. Traducción informal.

En términos más detallados, este sistema podría funcionar mediante la implementación de 'etiquetas forzosas' alrededor de la identidad de una persona. En consecuencia, cuando un dato de un sujeto esté en línea, la etiqueta le dará la potestad de proporcionar información adicional.

Esta herramienta puede resultar débil por sí sola. Si se trata, por ejemplo, de una foto humillante que circula en Internet, el afectado no querrá glosarla *("es que tomé mucho licor esa noche, entiendan"*) sino simplemente que se elimine del todo. Zittrain reconoce esta limitación.

De manera dispersa e irregular, algunos sitios de Internet han implementado soluciones que apuntan en la misma dirección de estas propuestas: Google ha dejado de indexar cierto tipo de información en sus buscadores; Disqus ofrece una plataforma de discusión para que los usuarios hagan comentarios en diferentes servicios, lo cual potencia réplicas informales y 'curaduría' de contenidos, y Twitter deshecha trinos después de un tiempo determinado. Por supuesto, algunos de estos ejemplos puede tener una cara adversa en términos de acceso a la información y apertura en la red.

Algunas veces han sido los jueces quienes han empujado este cambio, pero en muchos otros casos ha sido el resultado de actores comprometidos con un manejo adecuado de los datos y la información personal. Adicionalmente, el propio mercado ha intentado 'corregir' esta situación.

Ambrose explica que sitios como www.reputation.com o www.truerep.com ofrecen servicios para preservar la reputación. Estas empresas se dedican a monitorear la red en busca de información falsa en redes sociales, resultados adversos en motores de búsqueda y uso indebido de datos personales. *"El hecho de que estos negocios sean exitosos sugiere que existe un mercado para usuarios injuriados en línea que buscan compensación",* afirma Ambrose. Más allá de eso, no parece que la mano invisible vaya a corregir este problema en su totalidad. *"Solo aquellos con los medios disponibles pueden eliminarse de los registros de Internet, mientras los menos poderosos solo pueden esperar por una oportunidad para explicar su ropa sucia digital"*, concluye. Hasta ahí llega el derecho al olvido que ofrece el mercado.

VII. Conclusión y recomendaciones

Antes que resolver el problema del derecho al olvido, este documento se ha dedicado a desempacar las preguntas claves de la discusión. Pero antes de hacerlo, ha tratado de explicar el caso de quienes abogan por una protección nueva frente a los riesgos que genera el flujo incesante de información y datos. Y esa es una conclusión inicial importante: más allá del enfoque que se defienda, la idea del derecho al olvido responde a un problema para el que aún no parece haber una solución. De la misma forma, a manera de recomendación señalamos los siguientes puntos:

- El marco normativo de la protección de datos es, sin duda, un punto de partida para desarrollar la discusión, pero no parece suficiente en el contexto de un entorno digital donde la información tiene formas y modalidades heterogéneas, se origina en múltiples fuentes y trasciende los criterios tradicionales del manejo de bases de datos.

- Por otra parte, la discusión jurídica no puede darse sin tomar en cuenta las fuerzas que moldean e interactúan en el desarrollo de Internet. El mercado, la interacción social y el código –en el sentido informático–, son variables interdependientes que definen y habilitan el entorno digital. De esta forma, la existencia de un derecho al olvido puede resultar a la postre indiferente si el debate jurídico y de política pública no entiende esa dinámica y se alimenta de ella.

- Las propuestas de fechas de vencimiento de datos o de etiquetas personales, por ejemplo, apuntan a un desarrollo tecnológico que no debe pasar desapercibido. Ya sea a través de mecanismos legales o de autorregulación, ideas como éstas podrían servir para abordar la

propuesta de una especie de derecho al olvido que preserve el equilibrio de los derechos humanos involucrados.

- Sobre esto último, es importante subrayar la tensión en materia de protección de datos y privacidad entre la aproximación europea y la norteamericana. Aunque este documento se centró en esos dos contextos, resulta importante tomar ese antecedente y tener en mente la manera cómo esos casos se analizarían a la luz de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Siguiendo el artículo 13 de la Convención, que prohíbe la censura previa y propende por controles posteriores proporcionales, no sería un trabajo sencillo adoptar enfoques del derecho al olvido como el que propone la Comisión Europea. Esto obliga a buscar interpretaciones y salidas creativas.

- Un último punto se refiere a los intermediarios. América Latina se encuentra en un momento crucial del debate sobre intermediarios en Internet, ya sea por cuenta del trámite de normas sobre protección de derechos de autor en línea, protección de datos o responsabilidad civil. El análisis del caso del derecho al olvido sugiere que una primera respuesta, tal vez instintiva, es buscar que sean los intermediarios quienes resuelvan los problemas, so pena de ser responsables. Sin embargo, esta aproximación ha generado soluciones dispares y coyunturales, además de ineficientes. Para el caso que nos ocupa, debemos buscar soluciones que abarquen un contexto más amplio; que además de los intermediarios tomen en cuenta a los demás actores involucrados en Internet, empezando por los propios usuarios.