

COMISIÓN: DERECHO CONSTITUCIONAL

# DERECHO AL OLVIDO FRENTE AL ANCHO DE ESPADA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

- De la situación actual
- Conflictos de conceptualización
- Tensión o avasallamiento de la libertad de expresión
- Conclusiones finales
- Propuestas

## Autores:

Marcelo Andrés Gigena TXII F 328  
Clara Lucía Kessler T XIII F 83  
Colegio de Abogados de La Matanza  
Domicilio: Juan Florio 3076 1A  
Telefono: 1160137823/1127332653  
gigenakessler@gmail.com

## **Derecho al olvido frente al ancho de espada de la libertad de expresión**

Autores: Dra. Clara Lucía Kessler y Dr. Gigena Marcelo Andrés.

### **Abstract**

La llegada de la era digital e internet, ha provocado que el concepto de memoria y olvido obtengan dimensiones nunca antes pensadas. Con la existencia y accesibilidad de los motores de búsqueda pareciera que uno queda totalmente atrapado a todo lo que ha sido publicado sobre su vida y que en la actualidad constituye el pasado, pasado con el que no necesariamente uno se ve reflejado o identificado en el presente, y que incluso en muchos escenarios, su recuerdo solo se traduce en una afectación impune y despiadada del derecho a la intimidad y honor del afectado<sup>1</sup>.

En los últimos tiempos se ha rescatado un instituto del derecho mercantil que busca respaldar tanto el derecho a la intimidad, el honor y la oportunidad de un nuevo comenzar de los deudores pero esta vez se ha traspelado a la era digital, específicamente a los motores de búsqueda.

Si bien, esta figura llamada derecho al olvido parece simple en su enunciación, la realidad es que padece de varios problemas en su aplicación. Esto se debe a que no solo no está regulado en estos nuevos términos, sino que su aplicación indiscriminada puede generar tensiones y graves vulneraciones a derechos esenciales para la sociedad como, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión.

---

<sup>1</sup> Derechos consagrados en el art. 19 de la Constitución Nacional Argentina.

Es así que el llamado derecho al olvido, es un instituto legal que genera discrepancias tanto a nivel nacional como global. Su concepto, validez, aplicación, y diferenciación de otras figuras parecen estar a la vanguardia cuando de tensión de derechos se trata.

Como consecuencia, en la presente ponencia pretendemos dilucidar de qué hablamos cuando hablamos del derecho al olvido, sus diferencias con otros institutos del derecho (habeas data, por ejemplo) y específicamente cuál es el límite de este derecho cuando su contrapartida es el derecho a la libertad de expresión<sup>2</sup>.

### **De la situación actual:**

En nuestro país, no existe regulación específica orientada a este instituto. Más bien, su aplicación se ha dado mediante una serie de sentencias judiciales nacionales y del derecho comparado, donde se plantea la figura, sentando precedentes en torno a la protección de la reputación y la privacidad en el entorno digital.

Si bien Argentina cuenta con una Ley de Protección de Datos Personales<sup>3</sup> y la acción de Habeas Data<sup>4</sup>, que otorgan una garantía para la defensa de los derechos de los ciudadanos como son: Acceso a los datos; Rectificación, Actualización o Supresión, no menciona explícitamente el derecho al olvido, pero permite a los ciudadanos exigir la eliminación de datos inexactos, irrelevantes o desactualizados, motivos por los cuales se lo asemeja a este concepto en la práctica.

---

<sup>2</sup> Reconocido expresamente en el art. 14 de la Constitución Nacional Argentina

<sup>3</sup> Ley N° 25.326

<sup>4</sup> Art. 43 párr. 3 de la Constitución Nacional Argentina.

En lo concerniente a las lagunas normativas y la conceptualización ambigua e imprecisa que caracteriza la regulación del derecho al olvido, procuraremos aportar claridad ante la evidente falta de precisión.

### **Conflictos de conceptualización:**

Como ya lo hemos adelantado, varios son los tribunales y los autores que han decidido expedirse sobre el derecho al olvido, entre los más destacados están el Tribunal de Justicia Europeo<sup>5</sup> y la CSJN<sup>6</sup>. No obstante, al ser una figura novedosa, poco desarrollada que carece de marco legal explícito, podemos afirmar que no hay una unificación de su concepto.

En este sentido, el Tribunal de Justicia Europeo se ha expedido sobre este derecho como, la facultad que tiene el sujeto interesado a solicitar la desindexación de sus datos personales verídicos por un motor de búsqueda, cuando se afectan derechos fundamentales como la intimidad o el honor, producto del transcurso del tiempo.

Por su parte, la CSJN refiere al derecho al olvido en términos de desvinculación del nombre del sujeto interesado de determinados contenidos que lo involucran, alegando que por el paso del tiempo han perdido dicho interés y que, a su criterio, resultan inapropiados a la autopercepción de su identidad actual y, en consecuencia, lesionan sus derechos al honor y/o a la intimidad.

Sin embargo, si tenemos presente definiciones como la esbozada por el Dr. Borda<sup>7</sup>:

---

<sup>5</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), "Google Spain SL y Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González (C-131/12)", 13/05/2014.

<sup>6</sup> Corte Suprema de la Nación Argentina, 28/06/2022, "Denegri", Fallos 345:482.

<sup>7</sup> Derecho al olvido. Entre el fallo "Denegri" y las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Alejandro Borda. LA LEY 28/06/2024, TR LALEY AR/DOC/1497/2024

*“el “derecho al olvido” como la prerrogativa que tiene el titular de un dato personal a borrar, bloquear o suprimir información que se considere obsoleta por el transcurso del tiempo o que de alguna manera afecte el libre desarrollo de alguno de sus derechos fundamentales, salvo que en el caso concreto prevalezca un interés público.”* podemos entender porqué se generan confusiones respecto de la naturaleza jurídica del derecho al olvido identificándolo como una extensión del habeas data.

Y es que, la acción de habeas data tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean estos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas<sup>8</sup>, evitando su uso indebido.

Por lo tanto, técnicamente, hace improcedente la acción de habeas data contra los motores de búsqueda de internet, ya que son intermediarios entre el usuario que realiza una búsqueda y las empresas, registros, bases y banco de datos que proporcionan el contenido de los resultados de búsqueda de estos motores.

En esencia, nuestra postulación es que su naturaleza jurídica, radica en permitir que una persona deje atrás hechos de su pasado que ya no la representan, y su recuerdo como resultado de la búsqueda de su identidad se convierte en un menoscabo a sus derechos personalísimos. Por otro lado, su objeto es resguardar la dignidad e intimidad de quien lo solicita.

---

<sup>8</sup> Art 1 Ley 25.326

Además, debemos de tener en cuenta que cuando pensamos en el derecho al olvido hacemos referencia a la afectación a los derechos personalísimos<sup>9</sup> que producen los resultados de búsqueda a la asociación de la identidad del afectado.

Otro punto controvertido en la definición de este concepto, es el plazo del transcurso del tiempo. Mientras hay autores que sostienen que se debe hacer una analogía con los plazos de la caducidad o la prescripción<sup>10</sup>, entendemos que el plazo del transcurso del tiempo debe variar en torno al caso concreto y a los elementos primordiales que presente el mismo como lo pueden ser el interés público y la afectación al derecho de la libertad de expresión.

Como se ha aplicado en un fallo inédito, como lo es el caso Denegri vs Google, debiendo aplicar un test de proporcionalidad ante la tensión existente del derecho a la libertad de expresión con cualquier otro derecho que se encuentre en jaque.

### **Tensión o avasallamiento de la libertad de expresión:**

Cuando hablamos de un derecho no regulado como el derecho al olvido, no sería extraño pensar que la aplicación de un sistema de remoción y desindexación privada podría atentar contra la libertad de expresión e incluso generar un acto de censura. Y, es que, la libertad de expresión constituye la piedra angular de una sociedad democrática<sup>11</sup>, ya que esta es un fin imperioso tanto para el Estado, como para la Comunidad Internacional<sup>12</sup>.

En este marco, la Corte IDH en casos como Kimel vs Argentina, Memoli vs Argentina y Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina, ha condenado al Estado por no respetar y

---

<sup>9</sup> Como por ejemplo, el derecho al honor, imagen, intimidad.

<sup>10</sup> El derecho al olvido. ¿Derecho constitucional implícito? por Pablo Luis Manili

<sup>11</sup> Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 732.

<sup>12</sup> Preámbulo Carta Democrática Interamericana.

garantizar la libertad de expresión, provocando especial prudencia en la jurisdicción interna ante conflictos que atenten contra el presente derecho, no sólo debiendo considerar la normativa nacional sino también los estándares interamericanos.

Para tomar magnitud de cuales son los alcances de la libertad de expresión, nos remitimos a lo establecido por la Corte IDH, en el Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina<sup>13</sup> el cual establece que este derecho tiene una dimensión individual y una dimensión social, entendidas como la facultad de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás.

Sobre este punto la Corte IDH estableció que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento de jerarquía constitucional en nuestro país.

No obstante si pensamos en los límites, la Corte IDH re afirmó que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto y que la manera convencional de establecer restricciones es a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho <sup>14</sup>.

Dichas responsabilidades ulteriores deben reunir los siguientes requisitos, a saber: a) La

---

<sup>13</sup> Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011.

<sup>14</sup> Corte IDH. Caso Mémoli Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013.

existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas, b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley, c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y) Que esas causales de responsabilidad sean "necesarias para asegurar" los mencionados fines. Todos estos requisitos deben ser atendidos para que se dé cumplimiento cabal al artículo 13.2.

Con todo esto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que cuando hay una tensión entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la privacidad y la reputación “la protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles y a través de “leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta”<sup>15</sup>.

Salvando los límites ya enunciados, a todas luces podemos vislumbrar que la libertad de expresión se encuentra en la cúspide de los derechos fundamentales.

### **Conclusiones finales:**

Si bien la no regulación del derecho al olvido, en términos actuales generan distintas problemáticas, como bien ya lo hemos desarrollado, desde nuestra perspectiva esto constituye una gran oportunidad ya que nos representa un lienzo en blanco que nos permite crear adecuadamente, un concepto atinado, respetuoso y en armonía respecto de la libertad de expresión que incluso podría ser estipulado como una responsabilidad ulterior del uso abusivo de este último.

### **Propuestas:**

---

<sup>15</sup> Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008.



Consideramos importante, implementar las siguientes propuestas:

- En primer término, es menester que se regule el instituto con la autonomía y el tratamiento que merece en los tiempos que corren.
- En segundo término, bregamos por que la definición a incorporar al instituto, cuyo texto es de vuestra autoría es el siguiente: *“El derecho al olvido es la facultad de solicitar a los motores de búsqueda la desvinculación o desindexación de un nombre con determinados resultados de búsqueda afectados por el transcurso del tiempo cuando estos vulneren derechos personalísimos, tales como el honor, la privacidad o la propia imagen.”*
- En tercer término, consideramos que el derecho debe ser limitado y restringido, por lo que proponemos los siguientes:
  1. **Obligación legal o sentencia judicial:** los datos personales podrán mantenerse si son necesarios para cumplir con obligaciones legales o para la ejecución de funciones de interés público.
  2. **Interés público en materia de salud e investigación:** los datos personales podrán mantenerse si son de interés para investigaciones científicas o históricas, o por motivos de salud pública.
  3. **Prohibición de aplicación del derecho al olvido:** Ahora bien, como ya lo mencionamos, cuando está en juego el interés público consideramos que debería prohibirse su aplicación, aquí consideramos mencionar:
  4. **Figuras públicas:** las personas que han decidido exponer su vida privada y han percibido un rédito económico.
  5. **Funcionarios Públicos de todos los rangos:** la sociedad tiene derecho a conocer al derecho y al revés la historia o currículum de sus representantes.

6. **Familiares directos de funcionarios públicos:** ya que estos pueden resultar beneficiados del ejercicio del poder de su familiar o conocer o ser parte de ciertos hechos relevantes para el interés público por la cotidianidad que supone su relación, por tanto, quedarán exentos de la aplicación.