

SE PRESENTA COMO *AMICUS CURIAE*

Excma. Corte Suprema:

DANIEL DESSEIN, presidente de la **ASOCIACIÓN DE ENTIDADES PERIODÍSTICAS ARGENTINAS (ADEPA)**, con domicilio en Chacabuco 314, piso 3°, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, calidad que se acredita con la copia de estatutos y acta de designación de autoridades que se adjunta, con el patrocinio letrado del Dr. CARLOS JOSÉ LAPLACETTE y constituyendo domicilio en el I.E.J. 20.25750686.0 y en calle Talcahuano 833, piso 3, CABA, en los autos caratulados “**Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc s/ Derechos personalísimos: Acciones relacionadas**” (CIV 50016/2016), a V.E. me presento y muy respetuosamente digo:

-I-

OBJETO

De conformidad con lo dispuesto por V.E. en su resolución del 8 de febrero y en cumplimiento de sus fines estatutarios, Adepa se presenta ante esta Excma. Corte Suprema a fin de solicitar ser tenida como *amicus curiae* en los términos de la Acordada 7/2013. Con ese fin, se concurre a exponer la opinión fundada de la entidad sobre la cuestión debatida en la presente causa.

-II-

OPINIÓN DE ADEPA

1. EL INTERÉS DE ADEPA

Adepa es una asociación civil sin fines de lucro fundada en 1962, que actualmente agrupa a 180 empresas periodísticas de todo el país, editoras de diarios, periódicos, revistas y sitios web. Adepa es hoy la institución más representativa del periodismo nacional.

Desde sus orígenes, la entidad ha desempeñado un rol sumamente activo en la defensa y promoción de la libertad de prensa, piedra fundamental del sistema democrático y republicano argentino. Gracias a su tarea, Adepa se ha transformado en un paraguas de protección frente a los ataques a la prensa y a todo aquel que quiera expresarse libremente. También impulsa acciones judiciales en defensa de la libertad de prensa, el derecho a la información y la independencia de la industria periodística.

Con ese marco, y en estricto cumplimiento de uno de sus fines estatutarios (“Defender la libertad de expresión en general y la de prensa en particular con la convicción de que sin ellas no es posible la vigencia plena de la democracia”), Adepa desea hacer saber a esta Excma. Corte Suprema ciertos aspectos de la presente causa que pueden poner en juego la vigencia efectiva y la extensión de las libertades de expresión y de prensa en el sistema jurídico.

2. LA SUPRESIÓN Y EL OCULTAMIENTO DE LA INFORMACIÓN COMO FORMAS DE LIMITAR EL DEBATE PÚBLICO

Los riesgos que presenta el llamado “derecho al olvido” surgen de su propia enunciación. La supresión u ocultamiento de información que se encuentra en el dominio público constituye la antítesis de la libertad de expresión en el sistema interamericano. Esta libertad, tal como ha sido reconocida por la Constitución Nacional y por la Convención Americana de Derechos Humanos, supone la posibilidad de “buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente por escrito o en forma impresa o artística o cualquier otro procedimiento de su elección”, derecho que “no se puede restringir... por vía o medios indirectos” (art. 13 CADH).

A fin de limitar los daños que supone la eliminación de información, distintos

autores –y así lo hace la sentencia de Cámara– plantean como solución que la orden administrativa o judicial se limita a la desindexación de información de los motores de búsqueda y no a su eliminación en la fuente. De ese modo, quien quiera expresarse reproduciendo la información cuestionada podría seguir haciéndolo –pues el material no se da de baja de internet– y, por otro lado, el buscador/intermediario no estaría ejerciendo un derecho propio a expresar ideas. Se habla entonces de un derecho a la desindexación (*de-listing, droit à la désindexation, etc.*) el cual, se sostiene, no constituiría una restricción a la libertad de buscar y difundir información.

La desindexación es, desde luego, una medida menos grave que la supresión de la información, pero no deja de ser una barrera que dificulta su búsqueda o difusión. En la mayoría de los casos –y así lo reconoce la sentencia de Cámara en esta causa– la información no sería accesible para el público de no ser por los buscadores. Por lo tanto, la desindexación constituye, en los hechos, una limitación grave a la posibilidad de difundir y de acceder a la información desindexada, la cual quedará oculta para la generalidad de las personas.

Esta forma de concebir el “derecho al olvido” no se diferencia demasiado de la supresión de la información y tiene efectos negativos en un doble sentido: por un lado, impide que los lectores puedan acceder a la información antigua del medio de prensa a través de los buscadores –limitando así la audiencia de esas notas– y, por el otro, priva a los periodistas de una poderosa herramienta de investigación.

En la práctica, los efectos dañinos de la desindexación sobre el ecosistema informativo no son muy diferentes de la supresión de la información.

En esos términos, Adepá entiende que la supresión de información es esencialmente inadmisibles, mientras que la desindexación en los buscadores constituye una solución irrazonablemente restrictiva de la libertad de expresión y de prensa. Porque, como señala el referido art. 13 CADH, la libertad de expresión no se agota en el derecho

a buscar y recibir información, sino que también incluye el de difundirla.

3. LA SUPRESIÓN DE INFORMACIÓN PÚBLICA ATENTA CONTRA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

A la hora de establecer qué información puede ser objeto de olvido, resulta de especial importancia la forma en la cual esta ha sido obtenida y publicada (ANTANI, Raví, “The Resistance of Memory: Could the European Union’s Right to Be Forgotten Exist in the United States?”, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 30, No. 4, Annual Review - 2015-, ps. 1195).

En este aspecto, los casos usualmente citados como ejemplos del “derecho al olvido” (v.gr., “Google Spain, S.L., Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González”) presentan una diferencia marcada con los hechos de este caso, pues ha sido la propia actora quien decidió intervenir en los programas televisivos cuyo “olvido” ahora requiere.

No se trata de un particular que circunstancialmente fue involucrado en hechos de interés público, sino de una persona que, al encontrarse involucrada en hechos de esa naturaleza, asumió proactivamente dicha notoriedad y la potenció a través de participaciones en programas periodísticos.

La participación de la actora –entre muchas otras personas– durante meses y años en la televisión formó parte de la información corriente de la época; la actora brindaba notas con los más diversos sesgos editoriales. Esa persona, que cultivó un alto perfil por decisión propia, continuó siendo una persona pública a lo largo de su vida, solo que con un perfil distinto al de aquella época.

En la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso “Costeja González”, se consideró expresamente que no existiría una obligación de desindexar la información: “si resultara, por razones concretas, como el papel desempeñado por el

mencionado interesado en la vida pública, que la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate...” (parágrafo 97).

En este caso, al tratarse de información relativa a una persona pública, que participó en programas informativos y de entretenimiento y que, con el transcurso del tiempo, continuó siendo una persona pública, la supresión, desindexación o cualquier otra forma de ocultamiento de esa información constituye una restricción ilegítima a la libertad de expresión.

Una medida como la requerida en la demanda, en caso de generalizarse, podría traer aparejadas consecuencias graves para la libertad de expresión e incluso para la historia nacional. Piénsese, por un momento, lo disfuncional que resultaría concurrir a cualquier archivo (motor de búsqueda, hemeroteca, biblioteca, etc.), utilizar como criterio de búsqueda el nombre de la actora o de cualquiera de las cinco o diez personas que participaban habitualmente de esos programas de televisión y que, en todos los casos, los registros consultados no arrojen datos sobre el particular.

En este sentido, el Principio Nro. 9 de la DECLARACIÓN DE SALTA SOBRE PRINCIPIOS DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA ERA DIGITAL, de la Sociedad Interamericana de Prensa, sostiene que *“la supresión o desindexación de información sobre hechos de interés público atenta contra el derecho ciudadano a informarse y preservar la memoria colectiva. La protección de datos personales y la privacidad de las personas son derechos fundamentales, pero no deben restringir ni limitar la circulación de información de interés público”*.

Adepa reconoce que las personas públicas tienen un ámbito de intimidad protegido por el derecho. Sobre el alcance de ese ámbito, podría debatirse largamente en situaciones concretas. Sin embargo, el problema que presenta el “derecho al olvido” es distinto. Se trata de impedir la difusión de información completamente pública, dada a

publicidad en forma voluntaria en programas periodísticos, respecto de la cual no se sostiene la existencia de ninguna ilicitud en su origen. La intimidad de la persona no estuvo en juego en su momento y difícilmente pueda sostenerse tal cosa ahora.

No se trata de desconocer que la actora puede encontrarse afligida al advertir que, a pesar de los logros alcanzados en su vida profesional y pública, los motores de búsqueda la asocian de modo preponderante con acciones ocurridas hace muchos años y con las cuales ya no se identifica. Toda una vida de realizaciones y reconocimientos parece verse eclipsada por unos pocos años o meses de una situación que hoy rechaza. Frente a esa realidad, existen distintos remedios.

La vida pública de la actora y el perfil profesional que logró alcanzar son una muestra de los limitados efectos que cabría asignarle a la información que hoy se intenta ocultar. Pero con independencia de ese dato, la afectación de su identidad que se derive de una arbitraria ordenación de los resultados en los motores de búsqueda debe encontrar una solución distinta al ocultamiento o supresión de información pública vinculada con hechos de relevancia institucional.

Se comprenden los padecimientos que denuncia la actora; sin embargo, lo que decida aquí V.E. no se limitará a este caso en particular. Se trata de la primera ocasión en que este tribunal habrá de abordar el denominado “derecho al olvido” en internet; esa novedad, sumada a la obligación de los restantes tribunales del país de conformar sus decisiones a las sentencias de esta Corte Suprema (Fallos 307:1094 y 342:2344) obligan a sopesar cuidadosamente los efectos sistémicos del criterio que haya de adoptarse.

Es desde esa perspectiva institucional que AdepA se ve en la obligación –quizás ingrata a la luz del caso concreto– de alertar sobre las consecuencias que lo decidido podría deparar para el ejercicio de la libertad de expresión, de prensa y de información y, en definitiva, para el debate público y la vigencia efectiva del sistema democrático en la República Argentina.

4. EL VALOR PERIODÍSTICO COMO CRITERIO PARA PERMITIR LA PUBLICACIÓN DE INFORMACIÓN VERÍDICA

Las sentencias de primera y segunda instancia utilizan como criterio para determinar si la información debe ser “olvidada” la existencia de interés público o interés periodístico en ella. En el caso, se consideró que no había tal interés, pues se trataba de “televisión basura” y de material “de dudosa calidad periodística”.

En la sentencia de primera instancia se afirma, y la sentencia de Cámara lo hace propio, que las informaciones cuya desindexación se solicitó *“no presentan, a mi modo de ver, interés periodístico alguno, sino que su publicación solo parece hallarse fundada en razones de morbosidad. Considero que tales videos... carecen de interés periodístico y no hacen al interés general que pudo revestir el 'caso Cópola' sino, más bien, a la parafernalia de contenidos excéntricos de nulo valor cultural o informativo, que cobraron notoriedad más por el culto al rating de ciertos programas, que por el interés social que podían despertar”*.

Como rápidamente se advierte, el criterio para permitir o no la permanencia de la publicación residiría en la existencia de valor “cultural”, “informativo” o “periodístico” en la noticia. Valor que correspondería analizar caso por caso a los jueces, a partir de una noción normativa de interés público, la cual resulta problemática en este ámbito.

Es habitual intentar resolver los conflictos entre la libertad de expresión y los derechos a la intimidad, la imagen o el honor a partir de la idea de interés público. Si la información no satisface un interés de esa especie, no debería ser publicada. A su vez, ese “interés público” puede hacer referencia a dos cosas muy distintas.

Un criterio descriptivo sostendrá que es de interés público todo aquello que interesa al público en general. Este criterio es particularmente aplicable ante situaciones que involucran a funcionarios públicos, así como en aquellos casos en que la libertad de prensa adquiere una relevancia institucional o, como se la ha denominado correctamente,

estratégica para el sistema de gobierno.

De acuerdo con las enseñanzas de quien fuera durante décadas titular del Servicio de Orientación Legal de Adepa, es en esos ámbitos donde “la libertad de prensa recibe un tratamiento jurídico preferencial, no para satisfacer una necesidad individual, sino para preservar el sistema político que posibilita la manifestación armónica de las libertades individuales” (BADENI, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, 3ra. ed., La Ley, Bs. As., 2010, tomo II, p. 101).

Esta visión del interés público es consustancial con la libertad de expresión tal como se la entiende en el sistema americano. Sólo un enfoque descriptivo del interés público “puede preservar inviolable la independencia editorial. Tal como lo expresó la Suprema Corte de los Estados Unidos, la ‘elección del material que se publicará dentro de un periódico y... el tratamiento que se le brinda a los asuntos y a los funcionarios públicos –ya sea justo o injusto– constituye el ejercicio del criterio y control editorial’. Bajo esta perspectiva, pretender imponer a la prensa un estándar objetivo de qué es lo que tiene valor periodístico y qué es lo que no, es una invasión inadmisibles de una de las prerrogativas centrales de la prensa libre, la de decidir qué noticia es conveniente publicar” (SMOLLA, Rodney A., *Free Speech in an Open Society*, Vintage Books, New York 1992, p. 133).

Desde una óptica contraria, como la que se sostiene en las instancias anteriores, una posición normativa acerca de lo que debe entenderse por interés público suele sostener que no todo lo que interesa al gran público es de interés público. El interés público estaría dado por aquella serie de situaciones que tienen algún tipo de trascendencia institucional.

Esta última posición, si bien resulta seductora en una primera instancia, rápidamente se vuelve muy problemática, a poco que se advierta que no existe ninguna fórmula compartida para establecer –con criterios normativos– qué es de interés público y qué no lo es. Como bien lo puso de manifiesto la Suprema Corte de los Estados Unidos, “el límite entre informar y entretener es demasiado elusivo para la protección de este

derecho básico [la libertad de prensa]. Todo el mundo está familiarizado con casos de propaganda a través de la ficción. Aquello que es el entretenimiento de una persona, a otros enseña doctrina. Aunque no podemos ver nada de valor para la sociedad en estas revistas, ellas tienen tanto derecho a la protección de la libertad de expresión como la mejor literatura” (*Winters vs. People of State of New York* 333 U.S. 507, 510).

La ausencia de criterios para determinar qué información es relevante para el interés público conduce, en los hechos, a delegar en funcionarios estatales –por ejemplo, los jueces– el poder editorial para decir qué se puede publicar y qué no a partir de nociones cuanto menos carentes de claridad. Semejante facultad en cabeza de los funcionarios estatales es irreconciliable con el alcance reconocido en el sistema constitucional argentino a las libertades de expresión y de prensa.

Además, presenta el problema de que, por funcionar como reglas *ex post*, el periodista o editor jamás podrá saber por anticipado si la publicación es relevante para la noción de interés público que adopte el juez. Esa incertidumbre, que se convierte en el peligro de verse envuelto en un proceso o sufrir una condena, tiene un claro efecto silenciador y funciona como una forma de censura indirecta, al desalentar la publicación de aquella información respecto de la cual los funcionarios pretendan mantener reserva, bajo la afirmación de que hace a su intimidad por carecer de interés periodístico o informativo actual, aun cuando lo haya tenido en el pasado.

Al comentar la sentencia de primera instancia en esta causa, se afirmó que si “el juzgador fuera el funcionario que determina lo que debe olvidarse o recordarse, bien se lo podría liberar de ese rol e instituir a nivel nacional un instituto o secretaría o ministerio de la ‘Verdad’, de la ‘Honra’, de la ‘Moral’ y de lo ‘Memorable’, y que dichas instituciones preventivamente se encarguen de juzgar todos los contenidos de internet que refieran a hechos periodísticos pasados, calificando su memorabilidad y determinando directamente su no publicación” (FALIERO, Johana C., “Los peligros del derecho al olvido digital:

cuando la autodeterminación informativa colisiona con el derecho a la información...”, L.L., 28/04/2020).

Es posible conceder que una noción completamente descriptiva de lo que debe entenderse por interés público no sea plenamente correcta. Sin embargo, no es ese el riesgo frente al que se encuentran las libertades de expresión y de prensa. Por el contrario, se advierte en distintos tribunales la adopción de posiciones normativas que rápidamente pueden suponer una transferencia de decisiones editoriales desde los medios a los jueces.

Una solución semejante es irreconciliable con el alcance reconocido en el sistema constitucional argentino a la libertad de expresión. En los últimos años, ADEPA viene alertando sobre un creciente número de casos en los cuales los periodistas sufren distintos tipos de presiones desde poderes políticos o económicos, en los cuales se utiliza al Poder Judicial como un medio para llevar a cabo esa presión, y para ello suele recurrirse al argumento de que cierta nota o imagen no sería estrictamente necesaria para el interés público.

Un abordaje distinto de esta problemática se puede ver en el voto de la jueza Argibay en la causa “Franco c/Diario ‘La Mañana’” (Fallos 330:4615). Allí la jueza afirmó que la doctrina de “Ponzetti de Balbín” no debía extenderse a aquellos casos relativos a la publicación de fotografías de hechos o personas que no se encuentren en lugares privados o reservados. Sostuvo que, si bien las personas cuentan con protección contra la afectación de sus sentimientos y de su tranquilidad por parte de la prensa, deben distinguirse los casos en que dicha perturbación proviene de la publicación de información o imágenes que el titular no deseaba dar a publicidad, de aquellos en los cuales no ha sucedido.

Agregó la jueza que las publicaciones que inciden en los sentimientos de las personas pero no están directamente orientadas a divulgar aspectos de su vida privada, no deben ser tomadas como un ataque a su intimidad. Lo contrario sería inconsistente con la

relevancia de la libertad de prensa, que es la moneda en que se pagaría el costo de esta ampliación interpretativa del derecho a la intimidad.

Sostuvo también la jueza que sería irrazonable y carente de sustento normativo exigir que toda publicación deba ser estrictamente necesaria para cumplir con el fin de interés general al que sirve la tarea periodística. Un estándar de esta naturaleza barrería gran parte de la información incluida en los periódicos y otros medios de comunicación, que, si bien está relacionada con temas de interés general, no es estrictamente necesaria ni indispensable.

Merece destacarse que, si bien se trató de un voto en disidencia, la opinión de Argibay ha ido ganando terreno en la jurisprudencia y hoy es doctrina recibida por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (por ejemplo, CACyCF, Sala II, 25.10.2017, “A. L. G. c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”). A su vez, de modo más reciente, frente a un montaje fotográfico en el cual el rostro de una persona pública aparecía adosado a un cuerpo femenino ajeno desnudo envuelto en una red, esta Excma. Corte entendió que la publicación gozaba de protección constitucional debido a la existencia de un interés público suficiente en el carácter público de la figura y la temática que involucraba la nota (Fallos 343:2211).

Desde esta perspectiva, es posible considerar que el interés o valor periodístico de una determinada información es un elemento cuya evaluación es efectuada por periodistas, editoriales y público en general al momento de publicar una determinada noticia. Al momento de su publicación, la información debe cumplir con los estándares de respeto a la intimidad y el honor de las personas de acuerdo con las doctrinas largamente establecidas por el este tribunal (por ejemplo, “*Campillay*”, “*real malicia*”, “*Ponzetti de Balbín*”, etc.). Dentro de esos límites, la decisión editorial corresponde al periodista o al medio de prensa, y es inadmisibles que un funcionario o autoridad estatal sustraiga a los particulares esa decisión. Con palabras utilizadas en este tribunal, “sustituir el juicio de la

población por el juicio de las autoridades: he aquí la quintaesencia del paternalismo inconstitucional” (voto jueces Petracchi y Belluscio en Fallos 328:1825, voto juez Fayt en Fallos 336:1774).

El sistema democrático de gobierno radica en la soberanía que ejercen los ciudadanos en sus decisiones cotidianas, incluyendo aquellas cuestiones que hacen a su interés informativo. Lo que revelan los fallos recurridos es una peligrosa subestimación de la ciudadanía por parte de los jueces, al colocarse por encima de los ciudadanos y decidir qué es bueno y qué es malo como información. Ese poder de decisión es de los ciudadanos y no puede arrogárselo ningún censor, ningún juez ni ningún medio de prensa.

5. LA RESPONSABILIDAD DE LOS BUSCADORES Y EL PROBLEMA DE LOS INCENTIVOS A LA SUPRESIÓN DE INFORMACIÓN

La sentencia presenta distintos aspectos que hacen estrictamente a la responsabilidad de los buscadores. Su análisis se omite aquí por exceder el interés concreto de la prensa (v.gr., si es necesario requerir previamente el borrado al titular del sitio en el que se aloja la información, qué tipo de obligaciones tienen los buscadores al tratar la información, etc.). Sin embargo, un aspecto que se estima de gran importancia es el de los incentivos que estas sentencias pueden generar en los buscadores.

En el precedente “*Belén Rodríguez*” (Fallos 337:1174), este tribunal adoptó un esquema de responsabilidad subjetiva para los motores de búsqueda, al hacerlos responsables por no dar de baja el material indicado una vez que son notificados por el titular de la información. De esa forma, los buscadores no tienen mayores incentivos para mantener indexada información que pueda involucrarlos en procesos judiciales, sin importar demasiado que se trate de información lícita o ilícita.

Si esta Corte Suprema confirmase la sentencia de Cámara, será más simple, rápido y económico para los buscadores acceder a los pedidos de supresión o

desindexación de información que analizar y eventualmente discutir la procedencia de lo solicitado. Así, se suprimirá u ocultará una gran cantidad de noticias en las cuales exista un interés público más o menos claro en mantener disponible la información. A ese resultado se llegará, además, en el contexto de una silenciosa nota remitida al buscador por el interesado en que esa información se elimine, sin que los medios –y mucho menos el público general– tenga conocimiento de esa situación.

6. LA INFORMACIÓN DESACTUALIZADA SE ACTUALIZA, NO SE SUPRIME

La publicación de información en internet y su posterior reproducción por los motores de búsqueda distorsionan la idea de tiempo y, de ese modo, pueden deformar la identidad de las personas. Los algoritmos reproducen la información en forma instantánea y actual sin considerar –o haciéndolo de modo deficiente– el devenir histórico de las personas a las que se vincula con cierta información. No es extraño que el surgimiento del “derecho al olvido” se encuentre influido por cambios en el concepto de tiempo y de dato en la era digital; el tiempo es percibido en la web de una doble forma al mismo tiempo: como un instante, como una eternidad (RAZMETAeva, Yulia, “The Right to be Forgotten in the European Perspective”, Tallinn University of Technology, Vol. 10, N° 1, p. 65, DOI: <https://doi.org/10.1515/bjes-2020-0004->).

En esa “eternidad digital” en la que el pasado y el presente confluyen de modo simultáneo y sin un orden conocido, la decisión de los buscadores de priorizar resultados antiguos antes que resultados más recientes puede desfigurar la representación digital de las personas.

Los seres humanos construimos nuestra vida y nuestra imagen a partir de una biografía temporal. Resultaría gran desatino contar la historia de esa vida o describir la identidad de una persona de un modo completamente desordenado o sin relevancia temporal a los distintos hechos que conforman esa biografía. Por ejemplo, se desfiguraría

la identidad de alguien si se lo describiese como estudiante de un colegio secundario, cuando en realidad es un prestigioso profesional.

A pesar de lo absurdo que parece, en buena medida eso es lo que ocurre con los motores de búsqueda. Sus resultados se organizan y presentan sin una clara referencia temporal. Pueden aparecer jerarquizados entre los primeros lugares hechos ocurridos hace años y que son presentados como datos actuales. Al mismo tiempo, los buscadores pueden ocultar o dar poca relevancia a hechos más nuevos, quizás porque tienen una menor cantidad de visitas o por otros motivos que se desconocen, a raíz de la opacidad con la que funcionan los grandes motores de búsqueda.

Si bien el criterio editorial para retratar a una persona puede considerarse amplísimo, nunca puede ser ilimitado. Los medios de prensa no tienen una libertad ilimitada para presentar información que seleccionan, y tampoco pueden tenerla los motores de búsqueda.

Por ejemplo, la forma en la que se presentan los resultados no debe constituir un mecanismo para distorsionar la competencia en el mercado. Adviértase que los problemas de grandes compañías tecnológicas y la libre competencia no resultan novedosos ni meramente hipotéticos (véase, por ejemplo, la denuncia del Departamento de Justicia de los EEUU y de 11 Estados contra Google por infracción a la *Sherman Act* <https://www.justice.gov/atr/case/us-and-plaintiff-states-v-google-llc>).

Las grandes plataformas tecnológicas se han convertido en las puertas de entrada al ecosistema informático digital, el cual es cada día más relevante debido al cambio de hábitos de la audiencia a la hora de buscar y recibir información. Estos intermediarios funcionan finalmente como guardianes (*gatekeepers*) del ecosistema digital, y son ellos quienes definen qué información muestran a los usuarios en sus principales puntos de acceso a Internet.

A través de resultados de las búsquedas o de los *feeds* de contenidos en redes

sociales, las grandes plataformas determinan algorítmicamente a qué información se accede y lo hacen en un marco de absoluto sigilo, funcionando como “cajas negras” en las cuales nadie puede explicar los criterios específicos de selección.

Bajo ciertas condiciones, un medio de prensa podría ser responsable por presentar como actual información desactualizada; un criterio similar podría ser aplicado a los buscadores, en tanto la presentación de información exacta pero completamente desactualizada desfigura la realidad (“The cancellation of the space-time dimension of the network therefore makes it difficult in itself to trace the exact chronological sequence of events described in the information entered, on the contrary, they all appear to be placed in a dimension of ‘eternal present’ devoid of that element of dynamism that inevitably distinguishes the facts of real life”, MAIETTA, Angelo, “The Right to be Forgotten”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito -RECHTD-*, 12(2), p. 208; doi:10.4013/rechtd.2020.122.03).

El problema no es determinar si la información que se publica debe respetar criterios temporales, sino el de los remedios que se utilizarán y las consecuencias que ellos traen consigo. Puesto en términos simples: una información desactualizada o que presenta el pasado como una realidad actual contamina el debate público, pero la supresión o el ocultamiento de información pública y lícita lo daña aún más.

Si existe información que ha sido lícitamente publicada, pero que hoy puede considerarse desactualizada, una buena práctica informativa –como la que realizan los medios periodísticos y de la cual carecen los motores de búsqueda– es la de brindar información novedosa, que permita complementar lo que se informó en su momento, con los hechos posteriores que pueden influir luego sobre la noticia original. Esto no supone, como se indicó, eximir de responsabilidades la publicación de informaciones ilícitas, sino tan solo destacar que para esos casos ya existen estándares jurisprudenciales que brindan una adecuada protección a los derechos personalísimos sin inhibir el ejercicio de la libertad

de expresión.

La respuesta a la información desactualizada no puede ser la supresión ni el ocultamiento de información real. Los remedios deberán procurar que toda la información esté disponible, respetando en algún punto la significación temporal. Por ejemplo, requerir que una nota periodística en la que se informa un procesamiento incluya un vínculo a la información en la que se comunica la absolución del acusado es, en términos de acceso a la información y libertad de expresión, infinitamente más valioso que suprimir las notas.

Por ello, desde ADEPA se considera que los problemas que genera el opaco funcionamiento de los algoritmos de los que se sirven los motores de búsqueda debe encontrar soluciones que no supongan la supresión o el ocultamiento de información, sino la corrección de esos algoritmos, y para ello, el primer paso debería estar dado por la posibilidad de conocer cuáles son los criterios que se utilizan para priorizar un resultado sobre otro.

Los problemas que derivan del funcionamiento de los motores de búsqueda deben ser solucionados mejorando su desempeño y no limitando la publicación de información.

Esa mejora en su desempeño impone, entre otros elementos, los siguientes:

- (i) Transparencia y publicidad de los criterios de jerarquización de resultados utilizados por los motores de búsqueda.
- (ii) Respetar criterios de temporalidad a la hora de presentar la información, en especial cuando se trata de información vinculada a personas.
- (iii) Considerar específicamente la distinción entre hechos y opiniones, jerarquizando la información por sobre aquellas.
- (iv) A partir de criterios objetivos y públicos, tener especialmente en cuenta la autoridad de las fuentes en las que la información se ha publicado.

Las posibles soluciones a estos problemas pueden ser muchas y ellas constituyen

un problema jurídico. Tal como se ha destacado en los últimos años, la opacidad de los algoritmos constituye un desafío ético respecto del cual existen distintas alternativas para su abordaje (sobre ellas se puede consultar: TASMADOS, Andreas *et al.*, “The ethics of algorithms: key problems and solutions”, *AI & Soc* 37, 215–230 (2022), <https://doi.org/10.1007/s00146-021-01154-8>).

En todos los casos, la solución no puede quedar en manos de la persona que quiere ocultar publicaciones periodísticas plenamente lícitas, ni tampoco en la decisión de los buscadores que eventualmente podrían encontrar mucho más atrayente la supresión de información antes que transparentar y corregir sus algoritmos.

Por ese motivo, lo que se decida atañe a la prensa y a la ciudadanía en general, no solo a la actora y a la demandada.

7. LA UTILIZACIÓN DE ESTÁNDARES EUROPEOS SOBRE PROPORCIONALIDAD NO ES ADECUADA EN EL SISTEMA ARGENTINO

Existe consenso en que las diferencias respecto de la percepción del llamado “derecho al olvido” entre la Unión Europea y los EEUU proviene de una concepción muy distinta acerca de la relación y los balances entre la libertad de expresión y el honor o la intimidad. Esta diferente percepción se advierte rápidamente al considerar los distintos estándares jurisprudenciales que se aplican en materia de libertad de expresión en ambos sistemas jurídicos (WHITMAN, James Q., “The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty”, *The Yale Law Journal*, Vol. 113, No. 6.-abril 2004-, ps. 1155 y 1219).

La evolución cultural del “derecho al olvido” se produce en Europa a partir de una cultura jurídica muy distinta de la argentina en materia de libertad de expresión y de valoración de la memoria colectiva.

La República Argentina, desde 1810, registra diversos antecedentes de protección a las libertades de expresión y de prensa que la alejan de las prácticas europeas

monárquicas o napoleónicas. Ello se hace mucho más intenso a partir de 1860, con la incorporación del artículo 32 a la Constitución Nacional. Esta disposición, que recrea para la prensa la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, ha sido uno de los pilares para la construcción jurisprudencial de una tutela robusta de las libertades de expresión y de prensa.

Junto con esa tradición jurídica vinculada a la visión anglosajona de la libertad de expresión –como ocurre con otros aspectos del régimen constitucional argentino– a lo largo del siglo XX se desarrollaron gran cantidad de hechos de inusitada gravedad (casos de corrupción, situaciones de violencia política y graves violaciones a los derechos humanos) que han revestido de un interés especial la noción de memoria colectiva.

En buena medida puede considerarse parte de la idiosincrasia argentina el reconocer un derecho a la memoria intenso y vigoroso como contrapartida del “derecho al olvido”. Si la noticia es difamatoria, injuriantes o calumniosa, existen mecanismos específicos tendientes a obtener la rectificación o eliminación de tales contenidos, así como la indemnización de los daños que causen esas informaciones; ello sobre la base de que la libertad de expresión no es un derecho absoluto.

Por el contrario, allí donde la información publicada por un medio es lícita y, de acuerdo con el criterio editorial del emisor, se la ha considerado merecedora de interés periodístico, la limitación posterior a su circulación constituye una restricción ilegítima de la libertad de información, incompatible con los artículos 14 y 32 CN y con el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

8. CONCLUSIONES

El reconocimiento y alcance otorgado al llamado “derecho al olvido” en el presente caso constituye un riesgo concreto y grave para la libertad de expresión en el sistema argentino. En él se dificulta la difusión de información vinculada a hechos de

interés público, que formaron parte de la información habitual en los medios de comunicación durante meses o años.

Las sentencias de primera instancia y de la Cámara de Apelaciones entienden que el equilibrio entre la libertad de expresión y el derecho al honor debe ser alcanzado a partir de la determinación, caso por caso, de la existencia o inexistencia de interés público en la información cuestionada.

Se trata de una posición que socava las bases sobre las que se construyó la libertad de expresión en Occidente y en especial en los países vinculados con la tradición constitucionalista como la de Argentina, pues se coloca en cabeza de un funcionario estatal (ya no el censor, sino el juez) la determinación de qué se puede decir y qué no. Determinación efectuada *ex post* a partir de un maleable y escurridizo “interés público”.

A su vez, al conjugar ese criterio amplio del “derecho al olvido” con los principios de responsabilidad de los buscadores adoptados por la jurisprudencia nacional (responsabilidad subjetiva previa notificación del titular de la información –*notice and take down*–), el resultado es un fuerte incentivo a los buscadores para desindexar toda la información que les sea requerida. Esa desindexación tiene efectos semejantes a la supresión de información, al dificultar su acceso por el público en general.

Cualquier solución que imponga responsabilidades a quien publique o difunda información, a partir de estándares subjetivos o de gran amplitud (como la noción de interés periodístico o interés público), constituye una grave afectación a la libertad de expresión, por los incentivos que conlleva.

Los buscadores, y específicamente Google, concentran una porción muy significativa del tráfico en internet. El “googleo” de información forma parte de los mecanismos de información e investigación más usuales en la actualidad. Limitar el flujo de información disponible en los buscadores impacta de modo directo e inmediato en la información disponible para el público y, del mismo modo, limita la capacidad de los

medios para difundir esa información.

Es conveniente tener presente que la prensa, en especial la prensa escrita, siempre fue un reservorio de la historia reciente. De la historia política, económica y social, pero también del devenir de la vida cotidiana. Limitar la difusión en internet mediante la desindexación de las noticias sería equivalente a decir que no se afecta la libertad de prensa si un diario es publicado sin trabas, aunque luego se restrinja su venta callejera o su distribución en determinada zona geográfica. En ambos casos, se limitan y restringen los carriles de difusión de información.

Por ello, la solución a los defectos derivados del deficiente funcionamiento de los algoritmos debe buscarse en su corrección, la cual impone una mayor transparencia de los criterios de selección y ordenamiento de los resultados, mas no la eliminación o desindexación de información pública. Los algoritmos son el resultado de la inteligencia humana, de quienes los desarrollan y programan; sobre ellos recae el deber de corregir su funcionamiento.

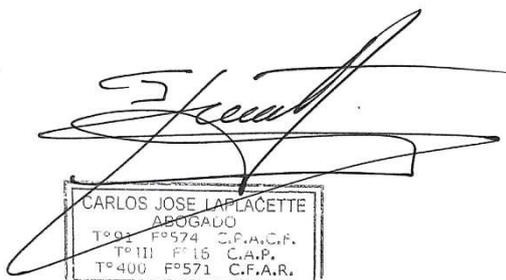
-III-

PETITORIO

Por todo lo expuesto, y por las consideraciones que tendrá a bien suplir el elevado criterio de V.E., solicito (i) se admita la participación de ADEPA como Amigo del Tribunal y (ii) se tenga presente lo expuesto, así como la adhesión que formula en documento adjunto la Sociedad Interamericana de Prensa.

Proveer de conformidad,

SERÁ JUSTICIA


CARLOS JOSE LAPLACETTE
ABOGADO
T°01 F°574 C.F.A.C.F.
T°111 F°15 C.A.P.
T°400 F°571 C.F.A.R.

