

El derecho al olvido y la gobernanza de internet: desafíos y oportunidades*

Christopher T. Bavitz

Harvard Law School, Cyberlaw Clinic
cbavitz@cyber.harvard.edu

Artículo recibido: 22 de junio de 2018 | Aceptado: 27 de julio de 2018 | Modificado: 16 de agosto de 2018

Cómo citar: Bavitz, Christopher T. "The Right to be Forgotten and Internet Governance: Challenges and Opportunities". *Latin American Law Review* n.º 02 (2019): 1-23, doi: <https://doi.org/10.29263/lar02.2019.01>

Resumen

Este artículo contiene reflexiones sobre la naturaleza evolutiva y el alcance de la gobernanza de internet en el contexto del desarrollo del derecho al olvido. Resume los marcos tradicionales para (1) los principios que definen y hacen operativa la gobernanza de internet y (2) distinguir aquellas situaciones que implican preocupaciones transnacionales de aquellas que por lo general se consideran parte del dominio de las leyes y las normas locales.

Si una situación cae dentro del ámbito de la gobernanza de internet, puede prestarse para cierto conjunto de soluciones (con el aporte de una amplia sección transversal de actores interesados mundiales públicos y privados). Las situaciones que se encuentran por fuera de este dominio tienden a estar sujetas a mecanismos reguladores locales, en línea con las nociones de soberanía nacional. Por lo tanto, ubicar un conjunto de consideraciones jurídicas, políticas o técnicas dentro de alguna de estas categorías tiene consecuencias en términos del tipo de aproximación a la gobernanza que se puede emplear para abordar la situación.

Este artículo suministra ejemplos de cómo los desarrollos técnicos y jurídicos recientes han ejercido presión sobre las concepciones estrechas de *gobernanza de internet* que se ocupan principalmente de la arquitectura e infraestructura de la red. Plantea que los modelos de gobernanza

* Agradezco a Catalina Botero Marino, de la Universidad de los Andes, por organizar una conferencia en Bogotá sobre el derecho al olvido en Latinoamérica, en mayo de 2017, que despertó conversaciones importantes sobre algunos de los temas abordados en este artículo. Agradezco también a Ryan Budish, investigador principal del Berkman Klein Center for Internet & Society, por sus invaluable perspectivas y retroalimentación.

de internet pueden ser relevantes más allá de lo que ocurre en las tuberías metafóricas de internet, e incluir los desarrollos que ocurren en lo que tradicionalmente se concibe como la capa de contenido. El artículo sugiere que varias implementaciones globales del derecho al olvido —y, en particular, implementaciones que están dirigidas a las actividades de los motores de búsqueda— resultan ser un estudio de caso útil para examinar y evaluar esta transformación.

Palabras clave

Derecho al olvido, gobernanza en internet, gobernanza transnacional, infraestructura de internet.

The Right to Be Forgotten and Internet Governance: Challenges and Opportunities

Abstract

This paper offers thoughts on the evolving nature and scope of Internet governance in the context of the development of the right to be forgotten. It summarises traditional frameworks for: (a) defining and operationalizing principles of Internet governance; and (b) distinguishing the types of issues that raise transnational governance concerns from the types of issues that are commonly considered the domain of local laws and norms.

If an issue falls within the ambit of Internet governance, it may lend itself to a certain set of solutions (with input from a broad cross-section of global public and private stakeholders). Issues outside that domain tend to be subjects of local regulatory mechanisms, in accordance with notions of national sovereignty. Categorizing a set of legal, policy, or technical considerations as one or the other, thus, has consequences in terms of the types of approaches to governance that may best be deployed to address them.

The paper provides examples of how recent technical and legal developments have put pressure on narrow conceptions of Internet governance as concerned primarily with Internet architecture and infrastructure. It posits that Internet governance models may be relevant to more and more conduct that occurs above the level of Internet’s metaphorical pipes, including developments that occur at what is traditionally conceived of as the content layer. The paper suggests that various global implementations of the right to be forgotten —and, in particular, implementations that are directed at the activities of search engines— offer a useful case study in examining and assessing this transformation.

Keywords

Right to be forgotten, internet governance, transnational governance, internet infrastructure.

INTRODUCCIÓN

El campo de la gobernanza de internet (algunas veces conocida por las iniciales “GI”) examina el diseño, la regulación y la administración de la infraestructura de internet. Los modelos

sobre la gobernanza de internet ofrecen procesos y mecanismos para asegurar la consistencia y la interoperabilidad de los servicios digitales y de *hardware* a lo largo de una red amplia y distribuida.

El contenido en línea se encuentra en la parte superior de la arquitectura de internet, y las concepciones clásicas sobre la gobernanza de internet contienen inherentemente —y están diseñadas para acomodar— las distinciones locales y regionales en las aproximaciones a la capa de contenido. Las diferentes jurisdicciones pueden (y a menudo lo hacen) llegar a conclusiones diferentes con respecto a: (1) la medida en la que formas particulares de contenido son legales o ilegales; (2) los roles respectivos de los usuarios, de las plataformas, de los proveedores del servicio, y de otros actores a la hora de identificar y moderar el contenido en línea; y (3) la responsabilidad —y, en últimas, la potencial responsabilidad legal— de las partes en cada uno de esos roles con respecto a dicho contenido.

En este contexto, el llamado *derecho al olvido* —quizás descrito con mayor precisión, en muchos casos, como el derecho a ser desindexado (DAO)— se puede percibir simplemente como otro enfoque local o regional frente a la regulación de contenido. Una jurisdicción puede diferir de otra en la medida en que impone o limita la responsabilidad de los intermediarios con respecto a la violación de derechos de autor o a la difamación cometida por sus proveedores externos de contenido; en cuanto a cómo describe el alcance del discurso permisible, o la medida en la que proporciona a los usuarios de servicios en línea el derecho de controlar la divulgación de información privada. Así mismo, las jurisdicciones pueden diferir en los derechos que conceden a los individuos que son sujetos de búsquedas en línea, y en términos de los requisitos que los motores de búsqueda deben seguir en relación con los resultados de búsqueda que muestran.

Pero los regímenes del DAO plantean desafíos más fundamentales a la gobernanza de internet que otras formas de regulación de contenido. Esto se debe, en parte, al escaso apuntamiento regulador del DAO (que se deriva —en Europa, por ejemplo— de las leyes que gobiernan la privacidad y el tratamiento de datos personales) en yuxtaposición con los amplios impactos del DAO tal y como este se implementa (que puede permitir a los individuos controlar la divulgación de información veraz, pero supuestamente obsoleta o “irrelevante”, sobre sí mismos). El DAO puede generar preguntas jurídicas particularmente espinosas, dependiendo de si una nación busca regular (a) el tratamiento de datos dentro de su jurisdicción; (b) la entrega de resultados de búsqueda sobre una persona que se encuentra dentro de esa jurisdicción a una que realiza la búsqueda dentro de esa misma jurisdicción; o (c) la entrega de resultados de búsqueda sobre una persona que se encuentra dentro de esa jurisdicción a una que realiza la búsqueda en cualquier parte del mundo.

Este artículo aborda algunos de los desafíos planteados por el derecho al olvido en el contexto de la gobernanza de internet. Parte de la premisa de que, como mínimo, el derecho al olvido resulta ser un útil estudio de caso sobre cómo los mecanismos interjurisdiccionales que gobiernan las capas técnicas y arquitectónicas de la internet pueden coexistir con mecanismos intrajurisdiccionales que regulan la capa de contenido. El artículo concluye con un llamado a quienes toman las decisiones para que consideren las preocupaciones sobre la gobernanza global al elaborar leyes y emitir decisiones que interpreten el derecho al olvido y su impacto territorial.

1. CAPAS DE LA ARQUITECTURA DE INTERNET

Los sistemas y las redes de comunicación abierta a menudo se describen empleando el marco conceptual de capas. El modelo básico de referencia de la Organización Internacional de Normalización, por ejemplo, describe siete capas: la capa de aplicación, la capa de presentación, la capa de sesión, la capa de transporte, la capa de red, la capa de enlace de datos y la capa física¹. Si se considera de abajo hacia arriba —desde la capa física hasta la capa de aplicación—, cada capa se basa en las capas que se encuentran debajo, y emplea esas capas para realizar su función necesaria, con el objetivo final de que el receptor pueda usar la información que se encuentra en la capa de aplicación de la manera prevista por el emisor².

A veces se concibe que estas capas adquieren la forma de un reloj de arena: anchas en las partes superior e inferior, y estrechas en el medio³. El modelo de reloj de arena de Jonathan Zittrain propone que la capa de protocolo de internet o “IP” —que incorpora las reglas fundamentales que regulan el formato y la retransmisión de paquetes y que se encuentran en el núcleo de las comunicaciones en línea— se encuentra en la mitad del reloj de arena, y que las aplicaciones se encuentran en la parte superior, y la infraestructura, en la inferior⁴. En pocas palabras, “la forma del reloj de arena inspiró que este objeto se usara como metáfora para la arquitectura; los elementos mínimos requeridos se encuentran en el punto más estrecho, y un conjunto de opciones cada vez mayor llena las partes superior e inferior que son más anchas, resaltando así cuán poco demanda la internet a sus proveedores y usuarios”.

Estas concepciones sobre la red subrayan dos cosas. En primer lugar, resaltan el hecho de que varias capas operativas se encuentran separadas (y por lo tanto son susceptibles de diferentes mecanismos de regulación y gobernanza). En segundo lugar, resaltan asimismo que estas capas están interrelacionadas y funcionan de manera interdependiente (de forma que una modificación en una capa puede impactar significativamente otras capas que se basan en la capa modificada)⁵.

-
- 1 Organización Internacional de Normalización, *Information technology - Open Systems Interconnection - Basic Reference Model: The Basic Model* (ISO/IEC 7498-1, 2.ª edición 1994-11-14, corregida y reimpressa 1996-06-15): 32-52, [http://standards.iso.org/ittf/PubliclyAvailableStandards/s020269_ISO_IEC_7498-1_1994\(E\).zip](http://standards.iso.org/ittf/PubliclyAvailableStandards/s020269_ISO_IEC_7498-1_1994(E).zip).
 - 2 Robert A. Heverly, “Breaking the Internet: International Efforts to Play the Middle against the Ends: A Way Forward”. *Georgetown Journal of International Law* 42, n.º 4 (2011): 1090, <https://ssrn.com/abstract=1825304>.
 - 3 Committee on the Internet in the Evolving Information Infrastructure, Computer Science and Telecommunications Board, Commission on Physical Sciences, Mathematics, and Applications, National Research Council, *The Internet’s Coming of Age* (Washington, D. C.: National Academy Press 2001), 36. Véase Steve Deering, *Watching the Waist of the Protocol Hourglass* (Londres: IETF 51, agosto de 2001), <https://www.iab.org/wp-content/IAB-uploads/2011/03/hourglass-london-ietf.pdf>; Saamer Akshabi, Constantine Dovrolis, *The Evolution of Layered Protocol Stacks Leads to an Hourglass-Shaped Architecture (versión extendida)*, <https://www.cc.gatech.edu/~dovrolis/Papers/evoarch-extended.pdf>; Micah Beck, “On the Hourglass Model” (Arxiv.org, 25 de julio de 2015), <https://arxiv.org/abs/1607.07183>.
 - 4 Jonathan Zittrain, *The Future of the Internet and How to Stop It* (New Haven: Yale University Press, 2009), 68, fig. 4.1.
 - 5 Committee on the Internet in the Evolving Information Infrastructure, Computer Science and Telecommunications Board, Commission Physical Sciences, Mathematics, and Applications, National Research Council, *The Internet’s Coming of Age* (Washington, D. C.: National Academies Press, 2001), 36.

2. GOBERNANZA DE INTERNET

2.1. Concepciones tradicionales sobre la gobernanza de internet: arquitectura e infraestructura

La gobernanza de internet se ocupa de “los procesos, sistemas e instituciones que regulan cosas como el TCP/IP, el sistema de nombres de dominio y los números IP”⁶. Las aproximaciones a la gobernanza de internet “abordan el diseño tecnológico y la administración, temas por lo general separados de las cuestiones de contenido”. Algunos ejemplos sobre temas que se relacionan con el contenido, y que a menudo se conciben como externos al alcance de la gobernanza de internet, incluyen:

Las implicaciones económicas y políticas del contenido generado por usuarios, las políticas sobre periodismo ciudadano y contenido de *blogs*, los nuevos modelos en red sobre producción de conocimiento, las implicaciones políticas de la esfera digital pública y las regulaciones sobre pornografía⁷.

Los modelos de gobernanza de internet tienden a enfocarse por lo tanto en las capas que se encuentran en la parte inferior de la pila (o en el medio del reloj de arena); la esencia de los enfoques de gobernanza de internet tiende hacia lo “invisible”⁸.

2.2. Concepciones crecientes sobre la gobernanza de internet: más allá de las tuberías

La noción de *gobernanza de internet* como algo intrínsecamente limitado a la “capa técnica de la red” puede ser innecesariamente limitada y artificial⁹. A la luz de la interdependencia de las capas de internet, puede resultar difícil distinguir en la práctica entre los tipos de consideraciones orientadas técnicamente que se prestan para ser consideradas dentro del marco de

6 Lawrence B. Solum, “Models of Internet governance”, en *Internet Governance: Infrastructure and Institutions*, eds., Lee A. Bygrave y Jon Bing (U.K.: Oxford University Press, 2009), 50. En otras palabras, la gobernanza de internet es el “amplio ecosistema de instituciones, leyes y ordenamiento privado que hace que la infraestructura de internet se mantenga operativa, así como la promulgación de políticas públicas en torno a esta infraestructura”. Laura DeNardis y Francesca Musiani, “Governance by Infrastructure”, en *The Turn to Infrastructure in Internet Governance*, eds., Francesca Musiana, Derrick L. Cogburn, Laura DeNardis, y Nanette S. Levinson (Palgrave Macmillan, 2016), 4.

7 Laura DeNardis, *The Global War for Internet Governance* (New Haven: Yale University Press, 2014), 20.

8 DeNardis y Musiani, “Governance by Infrastructure”, 5.

9 Anri van der Spuy, *What if we all governed the Internet? Advancing multistakeholder participation in Internet governance* (Unesco Publishing, 2017), 25. Véase Wolfgang Kleinwächter, *Towards a Holistic Approach for Internet Related Public Policy Making* (Global Commission on the Stability of Cyberspace Thought Piece, 2018), 7-8, <https://cyberstability.org/research/thought-piece-towards-a-holistic-approach-for-internet-related-public-policy-making/> (nótese el distanciamiento de la noción de capas “técnicas” y “políticas” distintas, y la definición de los problemas de gobernanza relacionada con internet como problemas “sectoriales”).

soluciones de internet y los tipos de consideraciones orientadas al contenido que se encuentran ostensiblemente fuera de los límites de la gobernanza de internet.

De manera consistente con una concepción más amplia sobre la gobernanza de internet, Laura DeNardis ha propuesto una taxonomía del ecosistema que abarca seis funciones:

1. La administración de recursos críticos de internet, como nombres y números;
2. La creación de estándares técnicos de internet (por ejemplo, TCP/IP, http);
3. Acceso y coordinación de interconexión;
4. Gobernanza de la ciberseguridad;
5. La función política de los intermediarios de información privada; y
6. La ejecución de los derechos de propiedad intelectual basados en la arquitectura¹⁰.

La gobernanza y las regulaciones en la esfera de la privacidad sirven como ejemplo de la forma en que se difuminan las líneas que dividen la infraestructura técnica y de políticas públicas¹¹. Los usuarios globales de una internet global comparten un interés en proteger los datos y la información que divulgan para que no sean transferidos, recibidos ni usados de manera inapropiada tanto por actores privados como por los gubernamentales. Un componente clave del manejo de la privacidad en línea de los usuarios es el ámbito técnico, incorporando referencias al diseño, la arquitectura y los estándares. Pero las naciones individuales (y —en Estados Unidos, por ejemplo— los estados individuales) pueden llegar a conclusiones políticas diferentes en cuanto a la regulación de la privacidad. Esas conclusiones diferentes pueden estar relacionadas con la medida en que resulta beneficioso para los usuarios permitir que dichos usuarios y los servicios en línea negocien acuerdos individualizados de privacidad (por ejemplo, el marco de “notificación y consentimiento” que caracteriza a gran parte de las leyes de privacidad en línea en los Estados Unidos), o si es preferible imponer requisitos verticales con respecto a la protección de datos y a las limitaciones del uso de datos (por ejemplo, el Reglamento General de Protección de Datos adoptado en 2018 en la Unión Europea). Como lo señala un informe de 2017 de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura,

La privacidad opera en todos los niveles de manera interconectada, incluso si se da una gobernanza fragmentada, como en el caso de las regulaciones de privacidad vía políticas de protección de datos que operan en disyunción con la privacidad por diseño del desarrollo de software. Es por esta razón por lo cual la gobernanza de internet se entiende mejor como un enfoque holístico que se extiende más allá de la dimensión técnica. Los objetos de la toma de decisiones sobre gobernanza también pueden variar, por ejemplo, desde procesos (estándares técnicos, diseño de algoritmos, implementación de cifrado, internet de las cosas, conexiones, etc.) hasta las personas y sus comportamientos (por ejemplo, blogueros, anunciantes, ingenieros, oficiales de gobierno, comisionados de privacidad, etc.)¹².

10 DeNardis y Musiani, “Governance by Infrastructure”, 7, citando a DeNardis, *Global War*.

11 Van der Spuy, “What if we all governed”, 25.

12 Van der Spuy, “What if we all governed”, 25.

Si los mecanismos de gobernanza de internet están destinados a abordar “el diseño y la administración de las tecnologías necesarias para que internet se mantenga operativo y la promulgación de políticas públicas sustanciales entorno a estas tecnologías”¹³, el dominio de la gobernanza de internet debe incluir más que solamente el ámbito técnico.

2.3. ¿Por qué es importante?

Surgen dos preguntas a la hora de examinar estas concepciones estrechas y amplias sobre la gobernanza de internet. La primera pregunta (y, quizás, la más fundamental) para enmarcar la envergadura de la gobernanza de internet es ¿por qué es importante? ¿La designación de un conjunto particular de problemas como algo que se encuentra dentro o fuera del ámbito de la gobernanza de internet es simplemente un ejercicio teórico o de semántica? O ¿esta designación tiene consecuencias? La respuesta es que definir un conjunto de problemas como algo que se encuentra dentro del alcance de la gobernanza de internet puede ayudar a dictar o definir un rango de posibles soluciones disponibles.

2.3.1. La designación como gobernanza de internet determina las herramientas de regulación

Un propósito general de identificar la gobernanza de internet como un campo de estudio y una práctica individual se deriva del reconocimiento de que los temas que se encuentran dentro del ámbito de la gobernanza de internet están sujetos a las herramientas y los mecanismos diseñados para facilitar la regulación transfronteriza de los sistemas técnicos interconectados. Los temas supeditados a soluciones derivadas de la gobernanza de internet son sujetos propios de decisiones de diseño técnico, caen dentro del dominio de las instituciones globales¹⁴, pueden alimentar los tratados internacionales¹⁵ y se pueden beneficiar de enfoques que surgen de múltiples partes interesadas. Los temas que se encuentran por fuera del ámbito de la gobernanza de internet, por otro lado, generalmente se perciben como pertenecientes al dominio de los regímenes jurídicos locales y nacionales (y a los individuos e instituciones que operan en virtud de estos)¹⁶.

13 DeNardis, “The Global War”, 6.

14 Estas incluyen instituciones como la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (ICANN), la Autoridad de Números Asignados en Internet (IANA), y organizaciones que establecen estándares, como el Consorcio WWW, el Grupo de Trabajo de Ingeniería de Internet, la Unión Internacional de Telecomunicaciones y el Instituto de Ingeniería Eléctrica y Electrónica. DeNardis, “The Global War”, 22.

15 DeNardis, “The Global War”, 23.

16 Esto no sugiere que la gobernanza de internet se encuentre completamente por fuera del dominio de la legislación o regulación local, ni que las leyes nacionales no puedan regular la conducta en línea, como lo puede haber sugerido John Perry Barlow en 1996, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*. Véase John Perry Barlow, “A Declaration of the Independence of Cyberspace”, *Electronic Frontier Foundation*, 8 de febrero de 1996, <https://www.eff.org/cyberspace-independence>; véase también Lee A. Bygrave y Terje Michaelsen, “Governors of Internet”, en *Infrastructure and Institutions*, eds., Lee A. Bygrave y Jon Bing (New York: Oxford University Press, 2009), 115. En efecto, la mayoría de los modelos de gobernanza de internet señala expresamente un rol para los gobiernos nacionales. Véase Bygrave y Michaelsen, “Governors”, 117-125.

2.3.2. Ejemplos: regulación de derechos de autor y sistema de nombres de dominio

Dos ejemplos subrayan la existencia de enfoques diferentes de gobernanza frente a temas relacionados y no relacionados con la gobernanza de internet: la administración del Sistema de Nombres de Dominio o “DNS”, por un lado, y la regulación de los derechos de autor, por otra parte.

Los computadores conectados a internet están asociados con cadenas de números que sirven como identificadores. Los nombres de dominios basados en texto “hacen que sea más fácil para los seres humanos recordar” esos identificadores¹⁷. El manejo del sistema global de nombres de dominio y la conexión de esos nombres con los números que describen la ubicación de los datos y la información en la red mundial representan quizás el ejemplo más paradigmático de un conjunto de consideraciones de regulación sujetas a enfoques de gobernanza de internet. El DNS no funcionaría si la prescripción e implementación de un sistema se dejara enteramente a disposición de los reguladores locales (y de las empresas que operan de conformidad con las leyes locales). En lugar de esto, se ha desarrollado un conjunto de estándares globales, implementado bajo el auspicio de ICANN y IANA, para gestionar tanto la asignación de dominios de nivel superior, o “TDL”, cuanto el servicio principal de DNS¹⁸. La administración centralizada de los DNS refleja un esfuerzo por promover la consistencia y estabilidad con respecto a la capacidad de los usuarios individuales de internet de acceder a contenido e información almacenados en servidores alrededor del mundo mediante conjuntos consistentes de nombres y números.

La ley de derechos de autor es territorial, y las preguntas sobre el alcance de la protección de los derechos de autor, de derechos de propiedad y de la disponibilidad de obras individuales protegidas para licenciamiento dependen de las leyes locales y de las prioridades comerciales y los intereses de licenciantes y licenciatarios. Si alguien quiere lanzar un servicio de ‘streaming’ de música a pedido (similar a Spotify) debe considerar las protecciones para las grabaciones de sonido y para las composiciones musicales, y los paquetes individuales de derechos sobre el tema (incluyendo los derechos de reproducción y presentación), y debe considerar estas cuestiones de manera separada en cada país. Los propietarios de los derechos de autor que consideren hacer cumplir sus derechos deben estar orientados por las leyes locales que los prescriben y definen. Y los usuarios de los derechos de autor deben también adherirse a las regulaciones locales que rigen el licenciamiento y la viabilidad de defensas frente a la infracción (incluyendo el uso justo). En pocas palabras, las licencias de derechos de autor a escala global —en particular para las entidades que operan más allá de las fronteras nacionales— presentan problemas espinosos pero que por lo general no se consideran parte de la gobernanza de internet. Las inconsistencias en las leyes y en las prácticas comerciales en diferentes países plantean complejidades para los licenciatarios, pero esas complejidades se consideran en gran medida una parte inherente de los negocios que se realizan en un campo gobernado por regímenes legales territoriales y locales.

17 Lee A. Bygrave, Susan Schiavetta, Hilde Thunem, Annebeth B. Lange, y Edward Phillips, “The naming game: governance of the Domain Name System”, *Infrastructure and Institutions*, eds., Lee A. Bygrave y Jon Bing (New York: Oxford University Press, 2009), 147.

18 Bygrave, Schiavetta, Thunem, Lange, y Phillips, “The Naming Game”, 149-156.

Las obligaciones de los tratados pueden informar las regulaciones locales en áreas ajenas a la gobernanza de internet, como los derechos de autor. Pero la principal fuente de autoridad en este tipo de asuntos sigue siendo local, basada en las instituciones gubernamentales. Por fuera del ámbito de la gobernanza de internet, se otorga una prima a la capacidad de dichas instituciones de responder y tomar en consideración los valores y normas locales para la elaboración de estructuras de gobernanza viables. Las cuestiones que se prestan para consideración dentro de los marcos de gobernanza de internet, por otro lado, se prestan para estructuras que integran influencias de una amplia gama de actores locales y globales.

2.4. ¿Existe un principio limitante?

Una segunda pregunta tiene que ver con si existe algún principio limitante que pueda restringir los conceptos crecientes de *gobernanza de internet*. Es decir, si la gobernanza de internet aborda no solo la arquitectura técnica, sino también ciertos aspectos de la capa de contenido que se integran con el diseño de la red y la infraestructura, ¿podríamos decir que la gobernanza de internet abarca todos los temas de regulación en línea?¹⁹.

Sin duda, existe el riesgo de que la gobernanza se deslice a medida que los modelos de gobernanza de internet se extienden para ir más allá de las capas de la infraestructura de internet. Si la gobernanza de internet lo es todo, la gobernanza de internet no es nada. Sin embargo, hay formas prácticas de definir aquellas circunstancias en las que los marcos de gobernanza de internet pueden ser útiles.

Por ejemplo, una concepción “completa” —ni muy amplia ni excesivamente estrecha— sobre la gobernanza de internet se caracteriza por un “enfoque en el nexo entre la arquitectura de internet y la política social”²⁰. No es ni la arquitectura ni el contenido, sino la conexión entre los dos, lo que sugiere que la gobernanza de internet y su conjunto de enfoques provenientes de múltiples partes interesadas pueden ser de utilidad.

Además, los marcos de gobernanza de internet —en comparación con los marcos basados únicamente en sistemas legales locales o nacionales— pueden considerarse particularmente aplicables no solo a la infraestructura (a gran escala) o al contenido (a gran escala) sino a

19 Como lo señaló Lawrence Solum, “Si el tema de la gobernanza de internet se tomara como la investigación de la regulación de todas estas actividades cuando tuvieron lugar en (o se vieron significativamente afectadas por) internet, entonces la “gobernanza de internet” sería más o menos equivalente al “derecho y la política” al menos en los países “con cable” e “inalámbricos” (o más desarrollados). Esta definición de gobernanza de internet sencillamente resulta demasiado amplia y mal definida, de modo que no puede ser útil para los fines de esta investigación”. Solum, “Models”, 49.

20 Solum, “Models”, 52 (con énfasis en el original). Solum postula que la gobernanza de internet se ocupa “tanto de las cuestiones menos amplias implicadas por las instituciones que rigen la infraestructura técnica y la arquitectura de internet, como de los problemas más amplios que están implicados por las formas en que internet transforma las cuestiones de política que implican directamente aplicaciones, comunicación, y conducta”, y argumenta que “[p]uesto que las cuestiones menos amplias raramente tienen una importancia intrínseca sustancial (la elegancia arquitectónica del diseño de red solo les importa a los ingenieros de red) y las cuestiones más amplias a veces resultan de gran importancia social (los derechos humanos fundamentales son importantes para todos), es importante que las investigaciones sobre la gobernanza de internet se centren en la relación entre la infraestructura técnica y la arquitectura de internet y el impacto de internet en la política general”. Solum, “Models”, 51-52.

cualquier conjunto de situaciones que no se adapten bien a ser resueltas por instituciones gubernamentales locales o nacionales. Esto podría incluir cuestiones en las cuales los gobiernos y las instituciones políticas no pueden interceder o no desean hacerlo, tal vez porque son demasiado técnicas, tal vez porque plantean preocupaciones transfronterizas que las instituciones de un solo país no pueden abordar plenamente.

3. EL DERECHO AL OLVIDO

3.1. Información general

En sus diversas formas, el “derecho al olvido” tiene como objetivo abordar una preocupación vital y oportuna, “esto es, la capacidad de internet de preservar indefinidamente toda información personal de una persona, sin importar cuán desafortunada o engañosa sea”²¹. “El ‘derecho al olvido’ se refiere al derecho de un individuo a borrar, limitar o alterar registros pasados que puedan ser engañosos, redundantes, anacrónicos, vergonzosos o puedan contener datos irrelevantes asociados con la persona, probablemente con su nombre, de modo que esos registros pasados no sigan entorpeciendo las percepciones actuales sobre ese individuo”²². Los intentos de implementar el derecho al olvido implican intrínsecamente intentos de equilibrar el derecho de libre expresión (específicamente, el derecho a transmitir y recibir información veraz sobre asuntos de interés público) con el derecho a la privacidad (específicamente, el derecho a restringir el intercambio de información considerada indebidamente personal o sensible de una manera que pueda causar daño). Los marcos para implementar el DAO se basan en las normas locales y se derivan de las costumbres locales en sus esfuerzos por lograr dicho equilibrio.

3.2. El derecho al olvido en la Unión Europea - El caso de Google España

El derecho al olvido en su forma más completa se deriva de una directiva de la Comisión Europea y de un caso ampliamente publicitado del Tribunal Justicia de la Unión Europea de 2014, que la interpretó. La Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo Europeo, del 24 de octubre de 1995, sobre la protección de las personas, se ocupa del “tratamiento de datos personales y la libre circulación de dichos datos”²³. La Directiva 95/46 confiere derechos a los interesados o sujetos de los datos (incluyendo derechos de acceso y el derecho a solicitar

21 Jonathan Zittrain, “Don’t Force Google to ‘Forget’”, *The New York Times*, 14 de mayo de 2014, <https://www.nytimes.com/2014/05/15/opinion/dont-force-google-to-forget.html>.

22 Michael J. Kelly y David Satola, “The Right to be Forgotten”, *University of Illinois Law Review* 2017, n.º 1 (2017): 3, <https://illinoislawreview.org/print/volume-2017-issue-1/the-right-to-be-forgotten/>, citando a Cécile de Terwangne, “The Right to be Forgotten and Informational Autonomy in the Digital Environment”, en *The Ethics of Memory in a Digital Age: Interrogating the Right to be Forgotten*, eds., Ângela Pereira, Alessia Ghezzi, y Lucia Vesnic-Alujevic (Palgrave MacMillan, 2014), 83-84.

23 Diario Oficial Unión Europea. “Directiva 95/46”. Diario Oficial L 281/31. Noviembre 23 de 1995.

la eliminación de esos datos) e impone obligaciones a los llamados responsables de los datos con respecto a los derechos de los interesados.

En el caso de *Google Spain SL v. AEPD*, caso C-131/12 del 13 de mayo de 2014 (“Google Spain”, algunas veces llamado el caso “Costeja”), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostuvo que —con respecto a los motores de búsqueda— los derechos y obligaciones conferidos por la Directiva 95/46 incluyen el derecho de los interesados a estar exentos de datos que sean “imprecisos”; “inadecuados, irrelevantes o excesivos en relación con los fines del tratamiento”; “desactualizados”; o se hayan “conservado por más tiempo del necesario”²⁴. Para efectos prácticos, el caso de Google España reconoce el “derecho al olvido” (o, más apropiadamente, el “derecho a ser desindexado”), lo cual significa que quienes sean sujetos de resultados de búsqueda que apunten a información que tenga estas características pueden solicitar que se eliminen dichos resultados de búsqueda. El caso “indica una tendencia más general, seguida por la legislación de la Unión Europea y estimulada por el surgimiento de la economía digital, que conduce a una mayor protección de los derechos personales fundamentales conferidos a las personas físicas, o “interesados”, y ejercidos contra las entidades que hacen uso de sus datos para sus propios fines”²⁵.

El artículo 94 del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) establece expresamente que “queda derogada la Directiva 95/46/CE con efecto a partir del 25 de mayo de 2018”²⁶. El RGPD codifica el derecho al olvido como un derecho contra los responsables de los datos para la “eliminación de datos personales”, con excepciones expresas para el tratamiento de datos que sea necesario, entre otras cosas, “para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información” y “para fines de archivo en pro del interés público [...]”²⁷.

3.3. Otras concepciones sobre el derecho al olvido - “Hosts” vs. motores de búsqueda

El caso *Costeja* resalta —y se centra en— los efectos de los motores de búsqueda, que son distintos de los editores de sitios virtuales vinculados en los resultados de búsqueda. El TJUE señaló expresamente en *Costeja* que los motores de búsqueda “desempeñan [...] un papel decisivo en la difusión general” de los datos alojados por los editores y hacen que esos datos “sean accesibles para cualquier usuario de internet que haga una búsqueda sobre la base del nombre del interesado, incluyendo aquellos usuarios de internet que de otro modo no hubiesen

24 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (*Google Spain SL y Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos [AEPD] y Mario Costeja González*). C-131/12 (13 de mayo de 2014). La referencia señala que algunos tipos de datos “deben almacenarse para fines históricos, estadísticos o científicos”. Directiva 95/46, artículo 29.

25 Michel J. Reymond, “Hammering Square Pegs into Round Holes: The Geographical Scope of Application of the EU Right to be Delisted”, *Berkman Klein Center for Internet & Society, Research Publication*, n.º 2016-12 (2016): 1, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2838872>.

26 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos), art. 94 (27 de abril de 2016).

27 RGPD, art. 17.

encontrado la página web en la que se publican esos datos”²⁸. La decisión implementa así un mecanismo particular para reivindicar los derechos de privacidad de los sujetos de la información publicada en la red, centrándose en el papel que tienen los motores de búsqueda en términos de: (a) llamar la atención sobre un artículo determinado y (b) conectar ese artículo con el nombre del reclamante que afirma su derecho al olvido.

Otras concepciones sobre el DAO se centran más directamente en los editores en línea. Un par de decisiones previas a *Costeja* de la Corte Constitucional colombiana y que involucran al periódico colombiano *El Tiempo*, por ejemplo, abordan el tipo de preocupaciones que se encuentran en el núcleo del derecho al olvido de la UE, pues se relacionan con la conducta del periódico de conservar en línea artículos de noticias anteriores sin actualizarlos de modo que reflejaran desarrollos recientes. En *Gloria v. Casa Editorial El Tiempo*, T-277/15, 12 de mayo de 2013, la Corte sostuvo que un periódico está obligado a actualizar una historia para reflejar la absolución de un reclamante por cargos penales²⁹. En *Martínez vs. Google Colombia & El Tiempo Casa Editorial*, sentencia T-040/13, del 28 de enero de 2013, la Corte sostuvo que el periódico era responsable de actualizar la información en una historia que informaba que el nombre del demandante había aparecido en una investigación criminal, pero no señalaba que no había sido declarado culpable de ningún delito. En ambos casos, la Corte sostuvo que la responsabilidad recaía en los periódicos y no en los motores de búsqueda (como Google) que dirigen a quienes realizan la búsqueda a esas noticias en línea.

Algunos tribunales europeos han adoptado un enfoque similar, después de *Costeja*. En *P. H. v. O. G.*, Corte Suprema de Bélgica, del 29 de abril de 2016, ref. C.15.0052.F, por ejemplo, el Tribunal de Casación belga sostuvo que —con el fin de proteger los intereses de privacidad de los demandantes, afirmados en el contexto del derecho al olvido después de *Costeja*— un periódico debía eliminar el nombre de un reclamante del derecho al olvido de un artículo archivado sobre su pasada conducta ilegal³⁰. El Tribunal abordó expresamente el rol de los motores de búsqueda al llamar la atención sobre el artículo en cuestión, un rol que el TJUE consideró tan importante en *Costeja*. Sin embargo, el Tribunal concluyó que cualquier daño causado por los motores de búsqueda al conectar al reclamante con el artículo archivado estaba basado en el hecho de que el periódico incluyó el nombre del reclamante en ese artículo.

Estas aproximaciones alternativas a asuntos que se encuentran en el corazón de un derecho al olvido al estilo del caso *Costeja* reconocen el papel limitado que tienen los motores de búsqueda al dirigir a los usuarios de la red a la información que se encuentra en línea. Sin embargo, enfocarse en la fuente genera preocupaciones significativas en el contexto de la libertad de expresión. En comparación con un enfoque que aborda modificaciones a los resultados de búsqueda, “[e]liminar información en la fuente hace [...] más daño, potencialmente eliminándola por completo de internet”³¹.

28 *Google Spain SL v. AEPD*, Case C-131/12 (13 de mayo de 2014), párr. 36.

29 *Gloria v. Casa Editorial El Tiempo*, T-277/15 (12 de mayo de 2013). Véase <https://wilmap.law.stanford.edu/entries/constitutional-court-gloria-v-casa-editorial-el-tiempo-t-27715>.

30 Corte Suprema de Bélgica, *P.H. v. O.G.*, 29 de abril de 2016, ref. C.15.0052.F. Véase <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/p-h-v-o-g/>; <https://wilmap.law.stanford.edu/entries/belgian-supreme-court-29-april-2016-ref-c150052f>.

31 Daphne Keller, “The Right Tools: Europe’s Intermediary Liability Laws and the EU 2016 General Data Protection Regulation”, *Stanford Law School Center for Internet and Society*, (2017): 35, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2914684>.

4. GOBERNANZA DE INTERNET Y EL DAO: OBSERVACIONES, DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES

4.1. Información general

Como se señaló, los enfoques tradicionales sobre la gobernanza de internet sugieren que: (a) es valioso buscar aproximaciones multidisciplinarias, técnicas, comerciales y legales de múltiples partes interesadas para las consideraciones básicas de interoperabilidad técnica; y (b) los enfoques locales (o nacionales) que reconocen los valores y costumbres locales (o nacionales) pueden ser más apropiados cuando se aplican a preguntas sobre la sustancia del contenido en línea. Cuando los regímenes del derecho al olvido se ocupan más del contenido (como seguramente lo hacen, en cierta medida, puesto que buscan recursos contra el material en línea desactualizado o impreciso), están más sujetos a la reglamentación local y tienen poca o ninguna relevancia en el contexto de la gobernanza de internet. Por otro lado, cuanto más se preocupan por la interoperabilidad técnica (como seguramente lo hacen, en cierta medida, puesto que pretenden dejar el contenido en su lugar pero alterar los mecanismos de búsqueda que identifican y señalan con precisión a la información en línea), más pueden beneficiarse de una consideración dentro de un marco de gobernanza de internet. Esta sección aborda tres características de la regulación del DAO —ninguna exclusiva del contexto del DAO, pero todas implicadas en este— que (a) subrayan las formas en las que el derecho al olvido pone a prueba los límites de estas dicotomías tradicionales y (b) invitan a considerar las preocupaciones de gobernanza global en el contexto del derecho al olvido³².

4.2. Motores de búsqueda - Funciones gemelas como herramientas de localización de información y como oradores

Parte de la complejidad de encajar el DAO dentro del marco de la gobernanza de internet involucra las funciones gemelas de los motores de búsqueda como herramientas de localización de la información (que vinculan al contenido de otros oradores y editores en línea)³³ y como

32 Esta sección se centra principalmente en el rol de los motores de búsqueda y en los modelos para la implementación y aplicación del derecho al olvido, no orientados hacia los proveedores de contenido de información subyacentes, sino hacia las plataformas que facilitan la búsqueda y dirigen a los usuarios de internet al contenido en línea.

33 La expresión “herramientas de localización de información” tiene relevancia en el contexto de la ley de propiedad intelectual, pero también puede tener una aplicación más amplia. La Sección 512 de la Ley de Derechos de Autor de los Estados Unidos aborda las “herramientas de localización de información” en el contexto del establecimiento de su responsabilidad (o inmunidad) dentro del régimen de responsabilidad de intermediarios y de puerto seguro de la Ley. Véase 17 U.S.C. § 512 (d) que se refiere a las “herramientas de localización de información” como aquellas que “vinculan o enlazan a sus usuarios con una ubicación en línea que contiene material infractor o actividad infractora” incluyendo “un directorio, índice, referencia, indicador o enlace de hipertexto”. La Ley de Derechos de Autor de Canadá utiliza este término en un contexto similar para referirse a “cualquier herramienta que permita ubicar información que esté disponible a través de internet u otra red digital”. R.S.C., 1985, c. C-42, § 41.27. Como se usa en este documento, el término se refiere en general a las aplicaciones y plataformas en línea que identifican y vinculan el contenido de terceros en respuesta a las consultas de los usuarios.

oradores (que expresan efectivamente los puntos de vista de los operadores de los motores de búsqueda en cuanto a la relevancia y propiedad de los enlaces en el contexto de la búsqueda de un usuario). La primera se asimila más al tipo de función que tradicionalmente se presta a soluciones que incorporan marcos de gobernanza global. La última se parece más al tipo de regulación del discurso que tradicionalmente estaría sujeta a las leyes locales.

Sin embargo, incluso la actividad de un motor de búsqueda de conectar las búsquedas de un usuario con enlaces relevantes, no es el mismo tipo de ejercicio relativamente sencillo de correspondencia uno a uno empleado por el sistema de nombres de dominio para correlacionar URL (ingresadas como cadenas de texto) con números que identifican la ubicación del contenido. De hecho, los resultados que ofrecen los motores de búsqueda implican inherentemente juicios de valor y determinaciones de relevancia que van más allá del tipo de funcionalidad técnica esencial del DNS. Una persona que busca la palabra “bajo” quizás está buscando información sobre la preposición sobre o un instrumento musical de cuerdas que produce sonidos graves³⁴. Una persona que busca el nombre de un individuo puede estar buscando información biográfica, datos sobre el paradero del sujeto de búsqueda o expresiones de opinión sobre el carácter o las credenciales de la persona, suficientes para investigar al sujeto de la búsqueda como posible niñera o candidato político.

La evaluación de la relevancia requiere que el motor de búsqueda analice la intención de quien busca. Esto puede implicar una variedad compleja de claves de contexto (por ejemplo, quien buscó “bajo” ha buscado antes información gramatical, o ha ingresado el término de búsqueda en el momento en que un famoso documental sobre el renombrado bajista de jazz Charles Mingus se transmite en televisión pública nacional). También puede requerir evaluaciones normativas sobre la importancia de categorías particulares de información (por ejemplo, el motor de búsqueda puede tener que elegir en qué orden clasificar la información que resulta tras una búsqueda sobre el lugar de trabajo actual de un sujeto, en lugar de mostrar aquella sobre una condena penal pasada que tenga este individuo). En este contexto, el retorno de los resultados de búsqueda de un motor de búsqueda representa el tipo de expresión de opinión que académicos y abogados como Eugene Volokh y Donald Falk han observado que merece protección como discurso bajo la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos³⁵.

Incluso antes del caso de *Costeja*, la naturaleza compleja de los motores de búsqueda, sus interacciones con los usuarios y el impacto de los resultados que ofrecen les sugirieron a algunas personas que enfoques más matizados de gobernanza global frente a la regulación (que complementen el tipo de regulación local que se podrían esperar sobre cuestiones relevantes tales como propiedad intelectual, privacidad y discurso) podrían ser apropiados³⁶.

34 Dentro de estas categorías, quizás esté buscando información sobre la etimología de la preposición. O bien, puede estar buscando información sobre un instrumento de cuerda que produce sonidos graves. Más específicamente, quizás desee información sobre variedades acústicas (verticales) de ese instrumento, o sobre bajos eléctricos, o sobre el uso de ese instrumento para acompañar a un violín, viola y violonchelo en una orquesta clásica; o a una guitarra y batería en una banda de rock; o a un piano en el ambiente del jazz. Si vamos más allá, quizás quiera información sobre la teoría musical, sobre la compra del instrumento o sobre intérpretes reconocidos.

35 Véase Eugene Volokh y Donald Falk, “First Amendment Protection for Search Engine Search Results-White Paper Commissioned by Google”, *UCLA School of Law Research Paper*, n.º 12-22 (2012), <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2055364>.

36 Véase Urs Gasser, “Regulating Search Engines: Taking Stock and Looking Ahead”, *Yale Journal of Law and Technology* 8, n.º 1, (2006): 234, <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1028&context=yjolt>

En la era del DAO —y de tendencias crecientes hacia intervenciones que quebranten el flujo de información entre quien busca, el motor de búsqueda y el sujeto de la búsqueda— estas consideraciones resultan aún más importantes.

4.3. Privatización de las funciones de gobernanza

La evolución de internet se ha caracterizado por el entrelazado de las instituciones públicas y las privadas. Las decisiones vitales e impactantes que implican valores humanos básicos, como el derecho a la libre expresión —que por lo general están sujetos a la toma de decisiones a través de instituciones locales—, a menudo se delegan a entidades comerciales que no son públicas. Dicha delegación y —en términos más generales— el establecimiento de lazos estrechos entre los actores privados y las instituciones públicas plantean preguntas importantes sobre el debido proceso, las libertades individuales y los derechos de los usuarios³⁷.

La implementación del derecho al olvido después de *Costeja* ha resaltado las complejidades asociadas con las funciones de control de una empresa privada con impactos públicos significativos. Google cumple con sus obligaciones: (a) al responder solicitudes de derecho al olvido de individuos (que solicitan que se eliminen ciertos resultados de búsqueda); y (b) al implementar y manejar sistemas para evaluar y procesar esas solicitudes que dependen en gran medida de los mecanismos internos de Google³⁸. A medida que más y más empresas adoptan marcos de DAO, inevitablemente habrá una creciente fragmentación a lo largo de una serie de ejes:

[M]ás allá de las instrucciones generales proporcionadas por el TJUE en cuanto a Google España, el derecho al olvido implementado actualmente está sujeto, en dos aspectos, a un riesgo de fragmentación: en primer lugar debido a la pluralidad de motores de búsqueda que tienen la tarea de implementarlo directamente, aunque la preeminencia actual de Google en ese mercado hace bien en ocultar este riesgo; en segundo lugar, debido al hecho de que, también al nivel de las autoridades de protección de datos, no existen estándares comúnmente acordados para la gestión de reclamos de derecho al

(nótese que “[t]res valores básicos —autoridad informacional, diversidad y calidad de la información— intersectan los debates políticos sobre el rol y la función de los motores de búsqueda dentro del entorno digital” y que “estas consideraciones pueden trazar un marco de gobernanza más integral que aborde efectivamente las preocupaciones sobre políticas generales, pero que conserve la flexibilidad para responder ante el cambio tecnológico y la innovación”).

37 Véase Nicolas Arpagian, “The Delegation of Censorship to the Private Sector”, en *Turn to Infrastructure*, 164 (“El establecimiento de una relación fuerte, sostenible y profunda entre el sector privado y las administraciones públicas probablemente restringirá las libertades individuales, porque un poder solo puede ser limitado por otro poder”). Véase también, DeNardis, “The Global War”, 15. (“Las preguntas sobre la privatización de la gobernanza de internet no se refieren únicamente a la libertad de expresión, sino también a la libertad económica de las empresas privadas que ofrecen servicios de internet, y a las personas que confían en estas infraestructuras privadas”).

38 Véase Mark Scott, “Google Details Problems with Handling Right to Be Forgotten Requests”, *The New York Times*, 31 de julio de 2014, <https://bits.blogs.nytimes.com/2014/07/31/google-details-problems-with-handling-right-to-be-forgotten-requests/>.

olvido, aunque el enfoque actual en Google como principal guardián del derecho al olvido, junto con la falta de apelaciones a las autoridades locales de protección de datos, también tiende a eclipsar el problema³⁹.

Los marcos no públicos de toma de decisiones carecen inherentemente de transparencia y acarrear el potencial de abuso. Y los actores privados encargados de implementar el derecho al olvido pueden no ser responsables ante toda la gama de personas implicadas en sus decisiones. La dependencia excesiva en las empresas privadas en este contexto podría llevar a la percepción de que las decisiones sobre el derecho al olvido carecen del nivel de legitimidad al que aspiran los marcos de gobernanza, y que son especialmente importantes en ámbitos altamente cargados y politizados como la privacidad y el discurso⁴⁰. La consideración de modelos de gobernanza provenientes de múltiples partes interesadas en el contexto del derecho al olvido podría ayudar a aliviar estas preocupaciones.

4.4. Consideraciones jurisdiccionales

Por último, y quizás esto es lo más importante, una internet global plantea desafíos significativos para las concepciones clásicas sobre jurisdicción, elección de la ley y aplicación del proceso judicial en relación con el contenido. La idea de que una nación debe ser capaz de legislar y regular dentro de sus fronteras —en consonancia con sus valores nacionales internos compartidos y sus principios tradicionales de gobernanza democrática— se pone a prueba en una red que ostensiblemente no tiene fronteras. La gestión de las solicitudes de eliminación de contenido con implicaciones transfronterizas exige que se alcance un delicado equilibrio entre los intereses nacionales y los mundiales.

El DAO destaca estos desafíos y sirve, de alguna manera, como un estudio de caso perfecto para abordar esta tensión entre la soberanía nacional y el acceso global a internet⁴¹. En un caso ampliamente publicitado en Francia, por ejemplo, un francés que reclamó su DAO solicitó a Google que eliminara ciertos resultados de búsqueda y que lo hiciera eliminando dichos resultados de su sitio google.fr en francés; luego desde otros sitios europeos (por ejemplo, google.de y google.it); y, en última instancia, de todos los sitios de Google, incluso sitios no europeos, como google.com y google.ca, de los resultados que se muestran a los usuarios europeos. Sin embargo, la autoridad de protección de datos de Francia, la Comisión Nacional de Información y Libertades (CNIL), buscó ir más allá, argumentando que la implementación total del derecho al olvido exige la eliminación de los resultados de todas las plataformas regionales de Google,

39 Reymond, "Square Pegs", 10.

40 Véase Ryan Budish, Sarah Meyers West, y Urs Gasser, "Designing Successful Governance Groups: Lessons for Leaders from Real-World Examples" *Berkman Klein Center for Internet & Society, Research Publication*, n.º 2015-11 (2015): 5, 11, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2638006>. (Nótese que las "fuentes tradicionales de legitimidad" incluyen "elecciones o autoridad constitucional" y que la legitimidad es "cuestionada con mayor frecuencia" en esferas que, como el derecho al olvido, están "altamente politizadas".)

41 Giancarlo Frosio, "Right to Be Forgotten: Much Ado About Nothing", *Colorado Technology Law Journal* 15, n.º 2 (2017): 329, <https://ssrn.com/abstract=2908993>. ("La aplicación extraterritorial del derecho al olvido sigue siendo quizás la cuestión más difícil de abordar en su aplicación".)

para buscadores en todos los países alrededor del mundo. Los argumentos de la CNIL fueron una señal de alarma para los académicos y defensores de la libre expresión en todo el mundo⁴².

Dos casos recientes no relacionados con el DAO resaltan las formas en las que puede desarrollarse este tipo de disputas transfronterizas sobre la eliminación de contenidos. En primer lugar, en *Google LLC v. Equustek Solutions Inc.*, caso n.º 5: 17-cv-04207-EJ, 2017 WL 5000834 (N. D. Cal., 2 de noviembre de 2017), la Corte Suprema de Canadá abordó los tipos de soluciones en una disputa por secretos y marcas comerciales entre dos compañías privadas: la firma canadiense de tecnología Equustek y su antiguo distribuidor Datalink. Esa disputa subyacente resultó en una orden a Google (que no formaba parte de la disputa subyacente) de que eliminara de los resultados páginas virtuales específicas asociadas con Datalink y su venta de *hardware* no autorizado. Google desindexó páginas de los resultados de su motor de búsqueda canadiense, *google.ca*. La Corte Suprema sostuvo que esto era inadecuado, rechazando los argumentos de Google sobre comunidad y territorialidad, y ordenó a Google eliminar los resultados en todo el mundo. Google finalmente buscó aliviar esa orden en los EE. UU., donde obtuvo un mandato preliminar contra la ejecución de la orden en un tribunal de distrito federal de los Estados Unidos⁴³.

En segundo lugar, en *Spanski Enterprises, Inc. contra Telewizja Polska, SA*, n.º 17-7051 (D. C. Cir. 2018), el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Circuito del Distrito de Columbia examinó las reclamaciones presentadas contra un sitio virtual ex-estadounidense que dirigía contenido hacia los Estados Unidos violando los derechos exclusivos de representación pública del demandante en los Estados Unidos. Al responsabilizar al demandado, el Tribunal sugirió fuertemente que los sitios virtuales extranjeros deben geo-bloquear el contenido, es decir, determinar la ubicación de los usuarios que intentan acceder a ese contenido y otorgar o denegar el acceso con base en la legislación local aplicable, con el fin de evitar problemas de derechos de autor en transmisiones transfronterizas de contenido⁴⁴.

Por un lado, el caso *Spanski* demuestra que los tribunales locales tienen la capacidad de juzgar casos técnicos sobre hechos dados que se relacionan con disputas de contenido transfronterizo. Por otro, los casos de *Equustek* demuestran que los tribunales tienen la capacidad de crear remedios que se consideren apropiados en el contexto de las leyes y normas locales (véanse, por ejemplo, las acciones del Tribunal Supremo canadiense) y de hacer a un lado los

42 Véase, por ejemplo, Bruce D. Brown, “News organizations must unite with tech world on ‘right to be forgotten’ Reporters Committee for Freedom of the Press”, 19 de mayo de 2016, <https://www.rcfp.org/browse-media-law-resources/news/news-organizations-must-unite-tech-world-right-be-forgotten>; Daphne Keller, “Global Right to Be Forgotten Delisting: Why CNIL is Wrong”, *The Center for Internet and Society (blog)*, 18 de noviembre de 2016, <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2016/11/global-right-be-forgotten-delisting-why-cnil-wrong>; Nani Jansen Reventlow, Vivek Krishnamurthy y Christopher T. Bavitz, “A French court case against Google could threaten global speech rights”, *The Washington Post*, 22 de diciembre de 2016, https://www.washingtonpost.com/news/global-opinions/wp/2016/12/22/a-french-court-case-against-google-could-threaten-global-speech-rights/?utm_term=.001a3a5056d6.

43 *Google LLC v. Equustek Solutions Inc.*, Case n.º 5:17-cv-04207-EJ, 2017 WL 5000834 (N.D. Cal. 2 de noviembre de 2017).

44 *Spanski Enterprises, Inc. v. Telewizja Polska, S.A.*, n.º 17-7051 (D.C. Cir. 2018); véase Marketa Trimble, “D.C. Circuit Makes Geoblocking De Facto Mandatory for Copyright Law Purposes—*Spanski v. TV Polska*”, *Technology & Marketing Law Blog (blog)*, 8 de marzo de 2018, <https://blog.ericgoldman.org/archives/2018/03/d-c-circuit-makes-geoblocking-de-facto-mandatory-for-copyright-law-purposes-spanski-v-tv-polska-guest-blog-post.htm>.

remedios implementados por tribunales extranjeros cuando estos infringen derechos y libertades bajo la ley local (véase, por ejemplo, las acciones del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos). Sin embargo, fallos de este tipo, caso por caso, son complejos e implican una inversión importante de recursos. Pueden dar lugar a resultados inconsistentes que complican las cosas tanto para los usuarios como para los proveedores de servicios que operan en diferentes países. Y es poco probable que lleven a una reivindicación plena y equilibrada de los derechos de todas las partes implicadas (o perjudicadas) por determinaciones de contenido en todo el mundo. Esto es particularmente cierto con un tema, como el DAO, que afecta las funciones básicas de la localización de la información en línea.

4.5. Aprovechar los marcos de gobernanza de internet para abordar el DAO

Dadas estas características del derecho al olvido, los enfoques al DAO que se basan en marcos de gobernanza de internet —y, en particular, la participación de múltiples partes interesadas que incluyen tanto actores públicos como privados— podrían ayudar a garantizar que se logren resultados justos a través de procesos transparentes y equánimes que equilibren los intereses globales y locales. En particular:

- Los responsables de la toma de decisiones deben basarse en la historia, la academia y la larga experiencia de las instituciones tradicionales de gobernanza de internet. En esencia, el DAO plantea preguntas fundamentales sobre la identificación y difusión de información. Las instituciones involucradas en la gobernanza de internet tienen décadas de experiencia abordando consideraciones relevantes para la gobernanza de internet en el contexto del derecho al olvido. Esas instituciones, a su vez, se han basado en décadas de experiencia previa con consideraciones de gobernanza sobre una amplia gama de innovaciones tecnológicas previas a internet⁴⁵. Jeremy Malcolm, de Electronic Frontier Foundation, ha observado que los foros de gobernanza de internet existentes son imperfectos pero “siempre formarán parte del ecosistema de gobernanza global”⁴⁶. Los responsables de la toma de decisiones pueden aprovechar la experiencia de las instituciones de larga data mientras trabajan simultáneamente para garantizar que sean “incluyentes, equilibradas y responsables”⁴⁷.

45 Véase, por ejemplo, Stefan Bechtold, “Governance in Namespaces”, *Loyola Law Review* 36, n.º 3 (2002): 1242, <https://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol36/iss3/6/> (sobre la gobernanza en los espacios de nombres de internet en términos de “[n]úmeros de teléfono, números de seguridad social, Número Estándar Internacional de Libros [ISBN], códigos postales, códigos de barras y esquemas de clasificación bibliográfica” todos los cuales “forman espacios de nombres también”).

46 Jeremy Malcolm, “Is Multi-Stakeholder Internet Governance Dying”, *Electronic Frontier Foundation, Deeplinks (blog)*, 20 de diciembre de 2017, <https://www.eff.org/deeplinks/2017/12/multi-stakeholder-internet-governance-dying>.

47 Malcolm, “Is Multi-Stakeholder Internet Governance Dying”.

- *Los responsables de la toma de decisiones deben considerar esfuerzos y marcos de trabajo que se encuentren activos y en curso, y que provengan de múltiples partes interesadas con el fin de conciliar las inquietudes sobre el discurso y la privacidad en todas las jurisdicciones.* El trabajo de una institución como la Internet & Jurisdiction Policy Network (“I&JPN”) puede servir como orientación para abordar, en particular, los impactos transfronterizos del derecho al olvido. La I&JPN es una secretaría con sede en París que “facilita un proceso global de múltiples partes interesadas para permitir la cooperación transnacional” en un esfuerzo por “preservar la naturaleza transfronteriza de internet, proteger los derechos humanos, luchar contra los abusos y hacer posible la economía digital mundial”⁴⁸. Las iniciativas de múltiples partes interesadas como el Plan de Trabajo de Contenido y Jurisdicción de la I&JPN pueden proporcionar un marco útil⁴⁹. El trabajo de colegas de la Cyberlaw Clinic de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, publicado en un informe titulado “Here, There, or Everywhere? Assessing the Geographic Scope of Content Takedown Orders” (“Aquí, allá, ¿o en todas partes? Evaluar el alcance geográfico de las órdenes de eliminación de contenido”), busca establecer un marco global para las notificaciones de eliminación de contenido en todas las jurisdicciones, identificando categorías de eliminación de contenido que puedan garantizar un tratamiento consistente en los diferentes países⁵⁰.

- *Los responsables de la toma de decisiones deben coordinar a través de dominios contemporáneos que planteen problemas emergentes similares.* Finalmente, vale la pena mirar más allá del derecho al olvido —y de los problemas de discurso, privacidad y jurisdicción que este implica— para considerar las discusiones en curso sobre gobernanza en otros dominios que plantean preocupaciones igualmente desafiantes. Por ejemplo, de manera contemporánea a la evolución del DAO, las preguntas sobre la gobernanza y la regulación de las tecnologías de encriptación segura que ofrecen empresas privadas a ciudadanos privados representan otro estudio de caso emergente e igualmente útil. Al igual que con la búsqueda, el campo del cifrado es un campo técnico y en el cual las determinaciones de políticas “orientadas nacional e internamente” pueden tener un “efecto dominó” global y masivo⁵¹. A medida que se desarrollan debates paralelos sobre el DAO y el cifrado —en términos de establecer mecanismos legítimos de supervisión y de mitigar los efectos transfronterizos dañinos que afectan indebidamente la soberanía nacional—, quienes trabajan por la gobernanza en una de estas esferas podrían recurrir a las experiencias de quienes trabajan en la otra.

48 Internet & Jurisdiction Policy Network, <https://www.internetjurisdiction.net/about/mission> (que describe el trabajo de la Secretaría basada en París).

49 Véase <https://www.internetjurisdiction.net/work/content-jurisdiction>.

50 Alicia Solow-Niederman, Francisco Javier Careaga Franco, Nani Jansen Reventlow, y Vivek Krishnamurthy. 2017. Here, There, or Everywhere? Assessing the Geographic Scope of Content Takedown Orders. Documento de trabajo, Cyberlaw Clinic, Harvard Law School, 27 de marzo, <http://clinic.cyber.harvard.edu/files/2017/03/Here-There-or-Everywhere-2017-03-27.pdf>

51 Véase Ryan Budish, Herbert Burkert, y Urs Gasser. 2018. Encryption Policy and Its International Impacts: A Framework for Understanding Extraterritorial Ripple Effects. Aegis Series Paper n.º 1804, Hoover Institution Essay, 2 de marzo, https://www.hoover.org/sites/default/files/research/docs/budish_webready.pdf.

CONCLUSIÓN

El desarrollo y la proliferación de marcos de derecho al olvido alrededor del mundo plantean problemas que no son nuevos ni exclusivos del DAO. Pero, puesto que ciertas implementaciones particulares del DAO desdibujan las líneas entre la infraestructura y el contenido, tales regímenes sirven para subrayar las funciones interconectadas desempeñadas por una amplia gama de partes interesadas en el ecosistema de internet, y las complejidades involucradas en atender las necesidades de esos interesados. La coordinación entre lo local y lo internacional, lo público y lo privado, y lo individual y lo institucional en las decisiones que tienen un impacto global en cuanto a la capacidad de los usuarios de acceder a la información en línea, es crucial.

No es razonable ni apropiado esperar coherencia entre las jurisdicciones con respecto a la sustancia de la regulación del contenido ni a las consideraciones sobre discurso y privacidad altamente cargadas que este implica. Pero la integración de los marcos de gobernanza global en la toma de decisiones sobre temas que, como en el caso del derecho al olvido, oscilan de una línea a otra garantiza cierto grado de interoperabilidad, legitimidad, respeto por el rol de toma de decisiones en los ámbitos local y nacional, y el reconocimiento de valores compartidos.

BIBLIOGRAFÍA

Jurisprudencia, legislación y políticas

1. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-277/15 (Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa: Mayo 12 de 2015).
2. Corte Suprema de Bélgica. P.H. v. O.G. ref. C.15.0052.F. (Abril 29 de 2016).
3. Google LLC v. Equustek Solutions Inc. Case n.º 5:17-cv-04207-EJ, 2017 WL 5000834 (N.D. Cal. Noviembre 2 de 2017).
4. Organización Internacional de Normalización. *Information technology - Open Systems Interconnection - Basic Reference Model: The Basic Model* (ISO/IEC 7498-1, 2.ª edición 1994-11-14, corregida y reimpressa 1996-06-15): 32-52, [http://standards.iso.org/ittf/PubliclyAvailableStandards/s020269_ISO_IEC_7498-1_1994\(E\).zip](http://standards.iso.org/ittf/PubliclyAvailableStandards/s020269_ISO_IEC_7498-1_1994(E).zip).
5. Parlamento Europeo y Consejo de Europa. "Relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos)". *Diario Oficial de la Unión Europea* 2016/679. Art. 94. Abril 27 de 2016.
6. Spanski Enterprises, Inc. v. Telewizja Polska, S.A., n.º 17-7051 (D.C. Cir. 2018).
7. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (Google Spain SL y Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos [AEPD] y Mario Costeja González). C-131/12 (13 de mayo de 2014).
8. Unión Europea. "Directiva 95/46". *Diario Oficial* L 281/31. Noviembre 23 de 1995.

Artículos

9. Akshabi, Saamer y Constantine Dovrolis. "The Evolution of Layered Protocol Stacks Leads to an Hourglass-Shaped Architecture (extended version)". *Georgia Tech College of Computing*, <https://www.cc.gatech.edu/~dovrolis/Papers/evoarch-extended.pdf>.
10. Bechtold, Stefan. "Governance in Namespaces". *Loyola Law Review* 36, n.º 3 (2002): 1242, <https://digitalcommons.lmu.edu/ljr/vol36/iss3/6/>.
11. Beck, Micah. "On the Hourglass Model". *Arxiv.org*. (2015), <https://arxiv.org/abs/1607.07183>.
12. Budish, Ryan, Sarah Meyers West, y Urs Gasser. "Designing Successful Governance Groups: Lessons for Leaders from Real-World Examples". *Berkman Klein Center for Internet & Society, Research Publication*, n.º 2015-11 (2015): 5, 11, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2638006>.
13. Budish, Ryan, Herbert Burkert y Urs Gasser. "Encryption Policy and Its International Impacts: A Framework for Understanding Extraterritorial Ripple Effects". *Hoover Institution Essay*, n.º 1804 (2018), https://www.hoover.org/sites/default/files/research/docs/budish_webready.pdf.
14. Committee on the Internet in the Evolving Information Infrastructure, Computer Science and Telecommunications Board, Commission on Physical Sciences, Mathematics, and Applications, National Research Council, *The Internet's Coming of Age* (Washington, D. C.: National Academy Press 2001), 36.
15. Gasser, Urs. "Regulating Search Engines: Taking Stock and Looking Ahead". *Yale Journal of Law and Technology* 8, n.º 1 (2006): 234, <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1028&context=yjolt>.
16. Frosio, Giancarlo. "Right to Be Forgotten: Much Ado About Nothing". *Colorado Technology Law Journal* 15, n.º 2 (2017): 329, <https://ssrn.com/abstract=2908993>.
17. Heverly, Robert A. "Breaking the Internet: International Efforts to Play the Middle against the Ends: A Way Forward". *Georgetown Journal of International Law* 42, n.º 4 (2011): 1090, <https://ssrn.com/abstract=1825304>.
18. Keller, Daphne. "The Right Tools: Europe's Intermediary Liability Laws and the EU 2016 General Data Protection Regulation". *Stanford Law School Center for Internet and Society* (2017): 35, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2914684>.
19. Kelly, Michael J. y David Satola, "The Right to be forgotten". *University of Illinois Law Review* 2017, n.º 1 (2017): 3, <https://illinoislawreview.org/print/volume-2017-issue-1/the-right-to-be-forgotten/>.
20. Perry Barlow, John. "A Declaration of the Independence of Cyberspace". *Electronic Frontier Foundation* (1996), <https://www.eff.org/cyberspace-independence>.
21. Reymond, Michel J. "Hammering Square Pegs into Round Holes: The Geographical Scope of Application of the EU Right to be delisted". *Berkman Klein Center for Internet & Society, Research Publication*, n.º 2016-12 (2016): 1, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2838872>.
22. Solow-Niederman, Alicia, Francisco Javier Careaga Franco, Nani Jansen Reventlow, y Vivek Krishnamurthy. "Here, There, or Everywhere? Assessing the Geographic Scope of Content Takedown Orders". *Cyberlaw Clinic, Harvard Law School* (2017), <http://clinic.cyber.harvard.edu/files/2017/03/Here-There-or-Everywhere-2017-03-27.pdf>.

23. Volokh, Eugene y Donald Falk. "First Amendment Protection for Search Engine Search Results-White Paper Commissioned by Google". *UCLA School of Law Research Paper*, n.º 12-22 (2012), <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2055364>.

Doctrina

24. Arpagian, Nicolás. "The Delegation of Censorship to the Private Sector". En *Turn to Infrastructure in Internet Governance*. Eds., Francesca Musiani, Derrick L. Cogburn, Laura DeNardis, Nanette S. Levinson, 164. US: Palgrave Macmillan US, 2016.
25. Bygrave, Lee A., Susan Schiavetta, Hilde Thunem, Annebeth B. Lange, y Edward Phillips. "The naming game: governance of the Domain Name System". En *Infrastructure and Institutions*. eds., Lee A. Bygrave y Jon Bing, 147. New York: Oxford University Press, 2009.
26. Bygrave, Lee A. y Terje Michaelsen. "Governors of Internet". En *Infrastructure and Institutions*. eds., Lee A. Bygrave y Jon Bing, 115. New York: Oxford University Press, 2009.
27. DeNardis, Laura. *The Global War for Internet Governance*. New Haven: Yale University Press, 2014, 20.
28. DeNardis, Laura y Francesca Musiani. "Governance by Infrastructure". En *The Turn to Infrastructure in Internet Governance*. eds., Francesca Musiana, Derrick L. Cogburn, Laura DeNardis, y Nanette S. Levinson, 4. Palgrave Macmillan, 2016.
29. de Terwangne, Cécile. "The Right to be Forgotten and Informational Autonomy in the Digital Environment". En *The Ethics of Memory in a Digital Age: Interrogating the Right to be Forgotten*. eds., Ângela Pereira, Alessia Ghezzi, y Lucia Vesnic-Alujevic, 83-84. Palgrave MacMillan, 2014.
30. Solum, Lawrence B. "Models of Internet governance". En *Internet Governance: Infrastructure and Institutions*, eds., Lee A. Bygrave y Jon Bing, 50. U.K.: Oxford University Press, 2009.
31. van der Spuy, Anri. *What if we all governed the Internet? Advancing multistakeholder participation in Internet governance*. Unesco Publishing, 2017, 25.
32. Zittrain, Jonathan. *The Future of the Internet and How to Stop It*. 68, fig. 4.1. New Haven: Yale University Press, 2009.

Medios de comunicación y blogs

33. Brown, Bruce D. "News organizations must unite with tech world on 'right to be forgotten'". *Reporters Committee for Freedom of the Press*, 19 de mayo de 2016, www.rcfp.org/browse-media-law-resources/news/news-organizations-must-unite-tech-world-right-be-forgotten.
34. Deering, Steve. *Watching the Waist of the Protocol Hourglass* (Londres: IETF 51, agosto de 2001), <https://www.iab.org/wp-content/IAB-uploads/2011/03/hourglass-london-ietf.pdf>.
35. Keller, Daphne. "Global Right to Be Forgotten Delisting: Why CNIL is wrong". *The Center for Internet and Society (blog)*, 18 de noviembre de 2016, <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2016/11/global-right-be-forgotten-delisting-why-cnil-wrong>.

36. Kleinwächter, Wolfgang. Towards a Holistic Approach for Internet Related Public Policy Making. *Global Commission on the Stability of Cyberspace Thought Piece*, 2018, 7-8, <https://cyberstability.org/research/thought-piece-towards-a-holistic-approach-for-internet-related-public-policy-making/>.
37. Malcolm, Jeremy. "Is Multi-Stakeholder Internet Governance Dying". *Electronic Frontier Foundation, Deeplinks (blog)*, 20 de diciembre de 2017, <https://www.eff.org/deeplinks/2017/12/multi-stakeholder-internet-governance-dying>.
38. Reventlow, Nani Jansen, Vivek Krishnamurthy y Christopher T. Bavitz. "A French court case against Google could threaten global speech rights". *The Washington Post*, 22 de diciembre de 2016, https://www.washingtonpost.com/news/global-opinions/wp/2016/12/22/a-french-court-case-against-google-could-threaten-global-speech-rights/?utm_term=.001a3a5056d6.
39. Scott, Mark. "Google Details Problems with Handling Right to Be Forgotten Requests". *The New York Times*, 31 de julio de 2014, <https://bits.blogs.nytimes.com/2014/07/31/google-details-problems-with-handling-right-to-be-forgotten-requests/>.
40. Trimble, Marketa. "D.C. Circuit Makes Geoblocking De Facto Mandatory for Copyright Law Purposes-Spanski v. TV Polska". *Technology & Marketing Law Blog (blog)*, 8 de marzo de 2018, <https://blog.ericgoldman.org/archives/2018/03/d-c-circuit-makes-geoblocking-de-facto-mandatory-for-copyright-law-purposes-spanski-v-tv-polska-guest-blog-post.htm>.
41. Zittrain, Jonathan. "Don't Force Google to 'Forget'". *The New York Times*, 14 de mayo de 2014, <https://www.nytimes.com/2014/05/15/opinion/dont-force-google-to-forget.html>.