

REVISTA IBEROAMERICANA DE DERECHO INFORMÁTICO (SEGUNDA ÉPOCA).
FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE ASOCIACIONES DE DERECHO E INFORMÁTICA.
ISSN 2530-4496 – AÑO 1, N° 1, 2016, PÁGS. 17-28

El derecho al olvido en la ley del marco civil de Internet brasileña y el problema de la responsabilidad civil de los proveedores.

The right to oblivion by the brazilian law of the civil rights framework for Internet and the issue of the provider's civil liability

ALEXANDRE FREIRE PIMENTEL

MATEUS QUEIROZ CARDOSO

PALOMA MENDES SALDANHA

RESUMEN

El presente artículo aborda el problema del derecho al olvido a partir del análisis del derecho comparado y de la ley brasileña del marco civil de Internet, la cual, además de asegurar el derecho al olvido, reglamenta la responsabilidad civil de los proveedores de internet.

PALABRAS-CLAVE

Derecho al olvido; marco civil de Internet; responsabilidad de los proveedores.

ABSTRACT

This article addresses the issue of the right to oblivion from the analysis of comparative law and the new Brazilian Law of the Civil Rights Framework for Internet, which, besides to ensure the right to be forgotten, regulates the civil liability of the internet providers.

KEYWORDS

right to oblivion; civil rights framework for internet; liability of providers.

I. NOTAS INTRODUCTORIAS: INTERNET Y EL DERECHO AL OLVIDO

La provocativa expresión “Internet means the end of forgetting”, utilizada por Jeffrey Rosen en un artículo publicado en el 10 de julio de 2010 para el New York Times, por sí solo, pone en destaque el cuestionamiento pertinente al hecho de internet poder ser un estupendo mecanismo de difusión del conocimiento y de socialización interpersonal y, sin embargo, también de angustia y sufrimiento, en la medida en que informaciones e imágenes personales pueden permanecer indefinidamente en la red contra la voluntad de su titular, en un espacio abstracto y de control personal y estatal ineficiente o nulo. Jeffrey Rosen registró con propiedad la paradoja por el cual:

It's often said that we live in a permissive era, one with infinite second chances. But the truth is that for a great many people, the permanent memory bank of the Web increasingly means there are no second chances — no opportunities to escape a scarlet letter in your digital past. Now the worst thing you've done is often the first thing everyone knows about you.¹

La problemática del derecho al olvido en internet está directamente relacionada con la velocidad de la difusión de la información telemática y, sobre todo, con la dificultad de supresión de los contenidos publicados por terceros y por el propio usuario. Es, precisamente, la instantaneidad informativa en el espacio virtual que estampa en cada uno de nosotros una casi indeleble característica, o nuestra preferencia sexual, religiosa o ideológica.

La dificultad en se efectivizar el derecho al olvido se agrava en razón de la ausencia de fronteras virtuales en la difusión de la información que se transmite por centenares de países y, además, por el factor económico en lo que respecta al coste operacional de ponerse en práctica la supresión de datos virtuales. En ese sentido, Viktor Mayer-Schonberger explica que en el ambiente digital es más difícil

¹ ROSEN, Jeffrey. *Disponível em:*

http://www.nytimes.com/2010/07/25/magazine/25privacy-t2.html?pagewanted=all&_r=1&>. En: 8 out. 2013.

olvidar que recordar: “With the help of digital tools we – individually and as a society – have begun to unlearn forgetting”.²

En la era tecnológica, el acto de guardar datos en memorias virtuales se demostró más rentable de que librarse de ellas. Como constató Pierre Lévy, en internet: “as informações podem viajar diretamente em sua forma digital, através de cabos coaxiais de cobre, por fibras óticas ou por via hertziana (ondas eletromagnéticas) e, portanto, como ocorre quando usam a rede telefônica, passar por satélites de telecomunicação”.³ Así, el almacenamiento de datos ocurre en un plan abstracto que no implica en el gasto económico que los demás medios de comunicación requieren para hacerlo. Con eso, la preferencia por el uso de la Internet es cada vez más recurrente y uniformizada. Además de ese espacio virtual (por veces inalcanzable) hay diversos dispositivos de hardware seguros y portátiles que igualmente se prestan para el almacenamiento de informaciones y, de esa forma, para dificultar el derecho al olvido.⁴

Por ello y en consideración a la propagación de proveedores que prestan servicio gratuito de “cloud computing”, la internet se constituyó como un medio muy atractivo de guardia de archivos informáticos para todos los que buscan más practicidad en su cotidiano.

En la actualidad, el papel de la Internet se extiende para más allá de un simple medio de comunicación, por cuanto pasó a formar parte de la propia vida en sociedad como facilitador y mantenedor de relaciones humanas. Ese aspecto de la cybercultura pone de manifiesto la influencia de la Internet en la vida en colectividad, la cual resta caracterizada por el exceso de transparencia, por la volatilidad de la información y, a la vez, por una especie de perpetuidad de contenidos difundidos.

Así, en la medida en que la internet facilita la difusión de la información, marcadamente por la facilitación de acceso y exposición gratuita de los usuarios en las redes sociales, ella también provocó una especie de eternización voluntaria e ingenua de datos personales, muchas veces con contenidos íntimos, cuyo acceso ilimitado podrá influir negativamente en la vida futura profesional y personal de los usuarios. Esa controversia refleja un posible conflicto entre el derecho a la información y las garantías constitucionales pertinentes a la privacidad y otros aspectos de la personalidad humana, en razón de los cuales se debe garantizar el derecho a la supresión de la información.

II. CONFLICTO ENTRE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

A partir de esa dinámica relacional-virtual, surgen cuestiones que ponen en conflicto el derecho a la información y los derechos de la personalidad, tales como la honra, el imagen y a la privacidad, los cuales se corporifican como garantías constitucionales y que pueden servir de base para la protección del individuo adelante de abusos decurrentes de la publicidad o del exceso de la publicidad de la información. El problema es que, como observó Walter Ceneviva, esas dos categorías de derechos poseen en Brasil estatus de tutelas constitucionales e integran los llamados derechos fundamentales, sin em-

² *MAYER-SCHONBERGER, Viktor. Delete: the virtue of forgetting in the digital era. Princeton: Princeton University Press, 2009. p. 2. O texto entre aspas: “Com a ajuda de ferramentas digitais que – individualmente e como sociedade – começamos a desaprender a esquecer”.*

³ *LEVY, Pierre. Cybercultura. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999. p. 35.*

⁴ *Volvendo a Levy: “A informação digital pode ser armazenada em cartões perfurados, fitas magnéticas, discos magnéticos, discos óticos, circuitos eletrônicos, cartões com chips, suportes biológicos etc. Desde o início da informática, as memórias têm evoluído sempre em direção a uma maior capacidade de armazenamento, maior miniaturização, maior rapidez de acesso e confiabilidade, enquanto seu custo cai constantemente”. Cybercultura, p. 34.*

bargo los valores que revisten cada uno de esos dos grupos (derechos de la personalidad y libertad de expresión y comunicación) muchas veces son opuestos.⁵

Por más esenciales que sean los derechos a la libertad de expresión y de comunicación, por un lado, y los derechos de la personalidad, por otro, no debe cualquiera de ellos ser considerado como un derecho absoluto. Y, al entraren en conflicto, solamente encuentran sus límites por medio de la técnica hermenéutica de ponderación de los valores en cuestión .

Con internet, la sociedad se hizo acentuadamente “líquida”, en el sentido de Zygmunt Bauman, es decir, caracterizada por una mutabilidad constante y muy fuertemente marcada por la lógica del consumo y del “descarte”. En esa senda, logran fuerza teorías que buscan en los principios jurídicos y en la argumentación jurídica una alternativa para una solución conflictual, otorgando al derecho un carácter “dúctil”, como observó Zagrebelsky: “En el tiempo presente parece dominar la aspiración a algo que es conceptualmente imposible, pero altamente deseable en la práctica: en el la prevalencia de un sólo valor y de un sólo principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente”.⁶

Pues bien, el derecho a la información se quedaba insertado en un contexto de democratización que clamaba por la transparencia de las acciones del Estado y se presenta, actualmente, como un verdadero derecho fundamental y un importante instrumento de legitimación de la ciudadanía.

El derecho a la información a un solo tiempo abarca la garantía de acceder al contenido de la información y al derecho, de los vehículos de comunicación, de repasarla al público. De un lado se ha la libertad decurrente de la libre manifestación del pensamiento (art. 5º, IV, de la CF), la cual se imbrica directamente con la libertad de expresión (art. 5º, IX, CF); de otro, las barreras atrincheradas en los derechos de la personalidad.

Siguiendo esa directriz constitucional, la Ley del Marco Civil de Internet (LMCI: Ley nº 12.965/2014), al cuidar de los principios que deben orientar el uso de la red, adoptó esas dos categorías de derechos ora examinados como verdaderos “principios” jurídicos. De entrada, dispuso en su art. 3º que “la disciplina del uso de Internet en Brasil debe observar a los siguientes principios: I- garantía de la libertad de expresión, comunicación y manifestación del pensamiento, en los términos de la Constitución Federal [...]”. El art. 4º de la LMCI añade, todavía, que el derecho al acceso a la información constituye uno de sus objetivos.

Por su parte, los derechos de la personalidad poseen características propias que también los ponen en destaque, son derechos esenciales o fundamentales, que otorgan al individuo la prerrogativa de ejercerlos tan solamente en razón de la reglamentación en el Texto Constitucional.⁷ Entre los derechos de la personalidad, la LMCI, en el mismo art. 3º, que disciplina sus principios, destacó, en el inciso II, a “protección de la privacidad” como un principio vector.

En el contexto de la vida virtual, la preocupación con la protección de la identidad digital alcanzó una importancia tan grande que hoy se hizo un nuevo sector mercadológico, que cuenta con la actuación de empresas especializadas en “limpiar” el imagen de alguien en internet, con la promesa de retirada de informaciones indeseadas, a ejemplo de las empresas Reputation Defender y la Integrity Defenders.

⁵ CENEVIVA, Walter. *Informação e privacidade. XVIII Conferência Nacional dos Advogados: Cidadania, Ética e Estado*. Salvador, 2002. *Anais*. Brasília: OAB, 2003. p. 1513.

⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1997. p. 16.

⁷ AFFORNALI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. *Direito à própria imagem*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 50.

Los servicios prestados varían desde la simple y única limpieza de informaciones inconvenientes de las primeras páginas de webs de búsqueda (por cada retirada en página diferente de la web de búsqueda el precio aumenta) hasta la prestación de servicio continuado mediante el pago de una tasa mensual.⁸

Al confrontarse los derechos anteriormente referidos, es posible vislumbrar situaciones en que uno de ellos prevalecerá sobre el otro. Así, los medios de comunicación de masa, al divulgaren las noticias, críticas u opiniones, pueden invadir la esfera privada de las personas. O sea, se puede decir que es posible haber la colisión entre esos derechos, cuando determinadas opiniones o hechos relacionados al ámbito de protección constitucional de categorías como la honra, la intimidad, la vida privada y el imagen, no pueden ser divulgados de forma indiscriminada en nombre del derecho a la información.

La problemática acerca de esa colisión de derechos es reforzada por Luiz Gustavo de Carvalho, cuando realza que ninguno de ellos puede ser objeto de contención por ley infra constitucional:

[...] Nenhum, além de outros direitos que a mesma Constituição assegura. As normas transcritas têm, pois, eficácia plena, não admitindo qualquer tipo de contenção por lei ordinária, a não ser meramente confirmativa das restrições que a própria Constituição menciona nos incisos do art. 5º e no art. 220.⁹

La LMCI no podría disponer de modo diferente. Erigió a la categoría de principios tanto la garantía de la libertad de expresión, comunicación y manifestación de pensamiento, de una parte, y, de otra, la protección de la privacidad. En la colisión entre ambos grupos, la solución procesal impone el uso de la técnica de la ponderación de valores, sirviéndose, como orienta la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, del principio de la proporcionalidad.¹⁰ Para tanto, es necesario procederse, a la luz de cada caso concreto, a la atribución de pesos distintos a los valores en choque a partir de la intensidad con que determinado principio deberá solaparse a otros.¹¹

En ese escenario de conflictos entre principios y valores, el derecho al olvido se presenta como una categoría normativa insertada en el rol de los derechos de la personalidad, sobre todo en el ámbito de la garantía constitucional de la privacidad, razón por la cual consideramos que, si bien su tratamiento dogmático restríngase explícitamente al contexto normativo infra constitucional, se cuida, en la verdad, de una extensión del derecho constitucional de la privacidad, por lo tanto, de dignidad también constitucional.

⁸ GIBSON, Megan. *Repairing your damage online reputation: when is it time to call the experts?* Disponible en: <<http://content.time.com>>. En: 22 out. 2013.

⁹ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 50-51. Não se pode admitir, no entanto, como anota Novelino, que sob qualquer pretexto ou qualquer título o princípio da dignidade da pessoa humana possa vir a ser sobrepujado, pois representa “[...] um dos fundamentos do Estado brasileiro, constitui-se no valor constitucional supremo em torno do qual gravitam os direitos fundamentais” (NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. São Paulo: Método, 2008. p. 248). Semelhantemente, Edilson Farias considera que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se na “[...] fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, o princípio que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais”. FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 63.

¹⁰ O fato de a nossa Constituição não albergar expressamente o princípio da proporcionalidade não constitui óbice à sua aplicação, sobretudo porque é admitido pela construção pretoriana do STF, como pontualmente anota Gustavo Santos, para quem este princípio presta-se “[...] para mediar grandezas e harmonizar valores distintos”. SANTOS, Gustavo Ferreria. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 107.

¹¹ A respeito da questão, Sarmento considera necessário ao julgador encontrar o peso genérico que a ordem constitucional confere a determinados princípios e ao peso específico atribuído no caso concreto, de modo que o nível de restrição de cada interesse será inversamente proporcional ao peso que representar. SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 104.

III. EL DERECHO AL OLVIDO (EN INTERNET) EN EL DERECHO COMPARADO

El derecho al olvido fue originariamente formulado en la jurisprudencia francesa bajo el título de *droit à l'oubli*. En 2016 el Parlamento europeo, por su parte, reglamentó el derecho al olvido como una garantía de que todo ciudadano debe poseer delante de los proveedores de acceso a la Internet, el derecho a ver retirados datos personales que ya no más sean necesarios para los fines por los cuales fueron recolectados o procesados; o cuando las personas sobre las cuales las informaciones fueron vehiculadas expresan que no consienten con la permanencia de las mismas informaciones en la red; así como cuando simplemente las personas se opongan con la publicación de datos que le digan respeto en razón de alguna inconveniencia, o, por fin, cuando determinado hecho vehiculado no más esté adecuado con los tiempos actuales.¹²

Sin embargo, no se trata de un derecho absoluto que autorizaría a todos reescribieren sus historias constantemente sin cualquier criterio. El derecho al olvido digital se refiere a la tomada de conciencia de los usuarios de Internet de que ellos disponen de derechos personales sobre sus propios datos y que el reparto respectivo es una opción personalísima.

En verdad, a mediados de mayo de 2014, el Tribunal de Justicia europeo ya había reconocido el derecho al olvido en una demanda promovida por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) contra el Google. En la decisión, el Tribunal (TJUE) consideró que las webs de búsqueda en internet deben “eliminar” de su lista de resultados los links para sitios y páginas publicadas por terceros que contengan informaciones relativas a la persona que solicitar la retirada de informaciones que les digan respeto. El Tribunal en esta ocasión ya había aclarado que el derecho al olvido no es absoluto. Por ello, declaró que si acaso los proveedores discordaren de las alegaciones de los usuarios de Internet, estos pueden recurrir a la Judicatura para así resolver la cuestión.¹³

En Estados Unidos, el derecho al olvido es designado por la expresión *eraser law*, y fue reglamentada por una Ley del Estado de California, de 23 de septiembre de 2013 (Ley SB-568). También conocida como “Ley Apagadora”, esa ley garantiza a los niños el derecho de borrar informaciones embarazosas constantes de webs de Internet, principalmente de las redes sociales, tales como Facebook, Twitter y Tumblr. Además, prohíbe la publicidad de productos como armas, alcohol, tabaco y productos de dieta en webs de uso mayoritario por adolescentes más pequeños de 18 años.

La ley esa busca proteger un grupo de personas que son vulnerables y (in)capaces de tomar decisiones que podrían llevar a una autosabotaje (futura o presente) tanto desde el punto de vista personal cuánto profesional por medio de fotos comprometedoras de uso abusivo de alcohol, de momentos de intimidad con contenido sexual explícito y otras tantas posibilidades que, en general, no son llevadas en cuenta

¹² En este sentido, ha observado Aline Pinheiro: “A regulamentação não especifica como esse direito vai ser aplicado no caso de notícias jornalísticas, já que aí a linha que separa o direito individual e a liberdade de imprensa é bastante tênue. Isso deve ser discutido aos poucos tanto pelos órgãos da UE como por cada país. A partir da publicação da nova lei, os países do bloco terão dois anos para adaptar sua legislação interna às novas regras europeias”. PINHEIRO, Aline. *Direito ao esquecimento para usuários da internet vira lei na União Européia*. Revista Consultor Jurídico, 18 de abril de 2016, 12h31.

¹³ “Toute personne devrait avoir le droit de faire rectifier des données à caractère personnel la concernant, et disposer d'un ‘droit à l'oubli numérique’ lorsque la conservation de ces données n'est pas conforme au présent règlement. En particulier, les personnes concernées devraient avoir le droit d'obtenir que leurs données soient effacées et ne soient plus traitées, lorsque ces données ne sont plus nécessaires au regard des finalités pour lesquelles elles ont été recueillies ou traitées, lorsque les personnes concernées ont retiré leur consentement au traitement ou lorsqu'elles s'opposent au traitement de données à caractère personnel les concernant ou encore, lorsque le traitement de leurs données à caractère personnel n'est pas conforme au présent règlement”. UNIÃO EUROPEIA. *Parlement Européen. Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures. Projet de Rapport*. Disponible en: <<http://www.europarl.europa.eu>>. En: 8 out. 2013.

en un primer momento.¹⁴ Esa Ley es también resultado de estudios e investigaciones acerca del llamado cyberbullying,¹⁵ que ha tomado grandes contornos en la sociedad norteamericana. Se trata del uso de la Internet para causar restricciones morales y personales a partir de hechos o rumores.

Ese comportamiento es muy usual entre los jóvenes y dentro de las instituciones escolares y universitarias. El cyberbullying es considerado como un agravamiento del bullying tradicional por tres razones: internet hace las agresiones permanentes cuando antes quedaban restringidas a los momentos y locales en que ocurrían, como en las escuelas o en las calles; el uso de la Internet ha aumentado bastante entre los jóvenes; y la tecnología permite el anonimato del agresor creando una sensación de impotencia para el ofendido.¹⁶ Esta Ley norteamericana es otro marco en la lucha por la reglamentación del Derecho al Olvido, pero solamente entró en vigor en el día 1º de enero de 2015.

IV. LA LEY BRASILEÑA DEL MARCO CIVIL DE LA INTERNET Y EL DERECHO AL OLVIDO

Antes incluso de la vigencia de la Ley nº 12.965/2014 (Ley del Marco Civil), la jurisprudencia brasileña ya admitía el derecho al olvido para los casos en que los hechos vehiculados se muestran ofensivos a los derechos de la personalidad o hechos no verídicos, fuera del contexto de la Internet. Sin embargo, delante de acontecimientos verdaderos, hay precedentes que invocan el interés público en la toma de conocimiento de los hechos aunque la diseminación de los datos contribuya para la deterioración del imagen de determinada persona.

En junio de 2013, el Superior Tribunal de Justicia juzgó dos recursos especiales sobre el “Derecho al Olvido”, habiendo sido la primera vez que un tribunal superior brasileño discutió el tema.¹⁷ Sin embargo, en la misma senda del Tribunal Europeo, el Superior Tribunal de Justicia brasileño aclaró que el derecho al olvido no tiene carácter absoluto, habiendo de ser balizado por la ponderación de los valores envueltos. En el juicio del HC 256210/SP, sin embargo, el tribunal ha optado por el derecho al olvido y lo asoció al derecho a la esperanza.¹⁸

La jurisprudencia anterior a la Ley del Marco Civil sobre el derecho al olvido se restringía a contenidos

¹⁴ MANSON, Melanie; MCGREEVY, Patrick. Brown OKs bill allowing minors to delete embarrassing Web posts. Disponível em <<http://www.latimes.com/local/la-me-brown-bills-20130924,0,2798285.story#axzz2kKymFg00>>. En: 11 nov. 2013.

¹⁵ BAZELON, Emily. How to stop the Bullies. Disponível em: <<http://www.theatlantic.com/magazine/archive/2013/03/how-to-stop-bullies/309217/>>. En: 11 nov. 2013.

¹⁶ SANTOMAURO, Beatriz. Cyberbullying: a violência virtual. Disponível em: <<http://revistaescola.abril.com.br/crianca-e-adolescente/comportamento/cyberbullying-violencia-virtual-bullying-agressao-humilhacao-567858.shtml>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

¹⁷ REsp 1334097/RJ, Recurso Especial nº 2012/0144910-7, Rel. Min. Luis Felipe Salomão (1140), Órgão Julgador T4, Quarta Turma, J. 28.05.2013.

¹⁸ Recientes julgados de esta Corte (REsp 1.334.097/RJ y REsp 1.335.153/RJ, publicados en 09.09.2013), relatados por el Ministro Luis Felipe Salomão, aplicables en la órbita del derecho civil? máxime en aspectos relacionados al conflicto entre el derecho a la privacidad y al olvido, de un lado, y el derecho a la información, de otro enfatizan que “Recientes julgados desta Corte (REsp 1.334.097/RJ e REsp 1.335.153/RJ, publicados em 09.09.2013), relatados pelo Ministro Luis Felipe Salomão, aplicáveis na órbita do direito civil – máxime em aspectos relacionados ao conflito entre o direito à privacidade e ao esquecimento, de um lado, e o direito à informação, de outro – enfatizam que “[...] o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana”. HC 256210/SP, Rel. Min. Rogerio Schiatti Cruz (1158), Órgão Julgador: T6, Sexta Turma, J. 03.12.2013, Data da Publicação/Fonte DJe 13.12.2013.

calumniosos o difamatorios, sin embargo, en el ámbito de la Internet, él está relacionado con la prerrogativa personalísima que debe poseer un ciudadano de borrar sus datos personales aunque verdaderos e independientemente de ilícito penal o civil.¹⁹ En ese panorama, la Ley del Marco Civil de Internet (LMCI), al tratar de los derechos y deberes de los usuarios de Internet, aseguró, en el apartado I del art. 7º, el derecho a la “inviolabilidad de la intimidad y de la vida privada, su protección e indemnización por el daño material o moral decurrente de su violación”. Dispone explícitamente sobre el derecho al olvido al verberar que es derecho del usuario la exclusión “definitiva de los datos personales que haya suministrado a determinada aplicación de Internet, a su requerimiento, al término de la relación entre las partes, resaltadas las hipótesis de guardia obligatoria de registros previstas en esta Ley”.

Diferentemente de la propuesta de ley europea, la LMCI brasileña no condicionó el ejercicio del derecho al olvido a la comprobación de cualquier requisito que no fuera la gana del titular del derecho. Se presenta, por lo tanto, como un derecho subjetivo de naturaleza potestativa, en la medida en que su ejercicio no depende de la voluntad del sujeto pasivo. La relación jurídica mantenida entre el usuario y el proveedor de aplicaciones de Internet puede ser rescindida inmotivadamente a cualquier tiempo por el usuario.

El derecho al olvido solo no detiene carácter absoluto porque la LMCI registra que los proveedores no pueden excluir listamente todas las informaciones de los usuarios, pues deben observar otros preceptos relativos a la guardia de datos, prescritos por la propia ley, los cuales imponen que los registros relativos a la conexión de los usuarios a la Internet deben quedar preservados por el plazo de un año , así como los pertinentes a los accesos de los usuarios a las aplicaciones de Internet, los cuales deben ser mantenidos por el plazo de seis meses.

Sin embargo, es relevante destacar que la guardia de los registros de los accesos de los usuarios por los proveedores de conexión y de aplicaciones de Internet debe respetar la privacidad. En ese sentido, el art. 23 resalta que cabe al juez adoptar “las providencias necesarias a la garantía del sigilo de las informaciones recibidas y a la preservación de la intimidad, de la vida privada, de la honra y de la imagen del usuario, pudiendo determinar secreto de justicia, inclusive en cuanto a las solicitudes de guardia de registro”.

4.1 De la responsabilidad civil de los proveedores de aplicaciones de internet

En el tocante a la responsabilidad civil derivada de la violación de las reglas del derecho al olvido, la LMCI adopta normas distintas para los proveedores de conexión a la Internet y proveedores de aplicaciones de Internet. Los primeros solo ofrecen los medios técnicos necesarios para hospedar webs que, a su vez, ofrecen servicios y para que los usuarios puedan acceder a internet; mientras que, los segundos, hacen la disponibilidad de servicios de aplicaciones de Internet, tales como WhatsApp, Twitter etc.

Al hacer esa distinción, la LMCI, en el capítulo que trata de la responsabilidad por daños decurrentes de contenido generado por terceros, optó por no responsabilizar los proveedores de conexión a la Internet por ilícitos practicados por terceros: “Art. 18. El proveedor de conexión a la Internet no será responsabilizado civilmente por daños decurrente de contenido generado por terceros”.

Diferentemente, con relación a los proveedores de aplicaciones de Internet, el art. 19 adoptó la regla de la responsabilidad civil, sin embargo “condicionada” a la existencia de previa orden judicial, pues

¹⁹ FLEISCHER, Peter. *Right to be forgotten, or how to edit your history*. Disponível em: <<http://peterfleischer.blogspot.com.br/2012/01/right-to-be-forgotten-or-how-to-edit.html>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

la ley expresamente vedó la censura anticipada a los contenidos virtuales. La responsabilidad de esos proveedores es condicionada porque, de entrada, la LMCI excluye la imputabilidad directa de los proveedores de aplicaciones por la generación instantánea de contenidos creados por terceros, o sea, habiendo violación a derecho subjetivo, los proveedores de aplicaciones de Internet deben ser certificados por orden judicial para proceder a la retirada de determinados contenidos en plazo razonable fijado por el juez. Solamente serán responsabilizados los proveedores de aplicaciones de Internet que continúen a publicar los contenidos vetados por la decisión jurisdiccional.

Después, el *caput* del art. 19 resalta que la responsabilidad por los actos de los proveedores de aplicaciones de Internet es, aún, dependiente del ámbito y de los límites técnicos de sus servicios. En ese caso, la ley laboró en la adopción de una cláusula legal abierta, cuyo contenido será llenado por el juez delante de las especificidades del caso concreto. Pero, para no ser responsabilizados por ese motivo, los proveedores de aplicaciones de Internet tienen la carga de probar al juez que no pudieron atender a la orden judicial en razón de imposibilidad técnica comprobada o porque la determinación se relaciona con alguna providencia que se revela fuera del ámbito de su servicio .

Además, el orden judicial que determina la retirada de contenidos de la Internet debe rellenar los requisitos establecidos en el § 1º del art. 19, bajo pena de nulidad, es decir: “La orden judicial de que trata el *caput* deberá contener, bajo pena de nulidad, identificación clara y específica del contenido apuntado como agresivo, que permita la localización inequívoca del material”.

Los usuarios que tuvieren sus contenidos indisponibles por los proveedores de aplicaciones de Internet deben ser certificados (por los proveedores). Determina el art. 20, acerca de la retirada de contenidos, que

[...] cabrá al proveedor de aplicaciones de Internet comunicarle los motivos e informaciones relativos a la indisponibilizaçã de contenido, con informaciones que permitan el contradictorio y la amplia defensa en juicio, salvo expresa previsión legal o expresada determinación judicial fundamentada en contrario.

Esos usuarios que tengan contenidos indisponibilizados pueden solicitar a los proveedores de aplicaciones de Internet que los sustituyan por texto explicativo que aclare las razones de la supresión, quiere haya se dado por impulso propio del proveedor o por orden judicial, consonante establece el párrafo único del art. 20.

El art. 21 trae una excepción a la regla de la responsabilidad condicionada de los proveedores de aplicaciones de Internet, a la previa orden judicial que le determine la retirada de contenidos. En los términos del art. 21, siempre que los proveedores de aplicaciones de Internet publiquen contenidos generados por terceros que consistan en divulgación “[...] de imágenes, de vídeos o de otros materiales conteniendo escenas de nudos o de actos sexuales de carácter privado [...]”, sin autorización de los participantes, podrán ser “notificados” extrajudicialmente por el ofendido o su representante legal para que promuevan, de forma diligente, en el ámbito y en los límites técnicos de su servicio, la indisponibilizaçã de los contenidos respectivos.

En ese caso la ley facultó al ofendido el ejercicio de una verdadera acción material extrajudicial, a la cual los proveedores estarán compelidos a atender, bajo pena de arcaren con las sanciones legales aplicables.

En otra punta, la notificación extrajudicial no es condición de la acción procesal judicial, o sea, el ofendido puede, se preferir, ingresar directamente en la justicia independientemente de haber, o no, notificado el proveedor. La diferencia consiste solo en el hecho de que, si el ofendido accionar el proveedor en el poder judicial sin notificarlo previamente, él solo será responsable se no cumplir la orden judicial en el plazo establecido por el juez. Distintamente, cuando el ofendido notifica extrajudicial-

mente el proveedor y este no le atiende, su responsabilidad restará configurada desde ese momento. Resta aclarar sobre la posibilidad de responsabilidad solidaria entre el proveedor de aplicaciones de Internet y el tercero causador del daño. Antes de la vigencia de la LMCI, la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia había si firmado en el sentido de que el proveedor debería responder solidariamente con el tercero causador del daño, si no retirara el contenido ofensivo inmediatamente .

En la sistemática de la LMCI, sin embargo, la responsabilidad solidaria de los proveedores de aplicaciones de Internet restó restringida. A principio, la responsabilidad será exclusiva del tercero causador del daño, sin embargo responderán solidariamente con el tercero causador del daño los proveedores de aplicaciones de Internet que no atiendan el orden judicial (cuando exigible) que determina la retirada del contenido ofensivo especificado (art. 19, caput). La ilicitud es reparable solidariamente entre los proveedores y terceros, tanto moralmente cuanto materialmente hablando. Pero, si cumplieran la decisión judicial, remanecerá la responsabilidad del tercero que causó el daño.

También podrá ocurrir la responsabilidad solidaria del proveedor de aplicaciones con el tercero causador del daño, cuando aquel no atender a la notificación extrajudicial, en la hipótesis prevista por el art. 21 de la LMCI, pudiéndose hablar, en ese caso, en responsabilidad solidaria entre el proveedor y el tercero causador del daño, independientemente de orden judicial de retirada de contenido.

Y más, con relación a los proveedores que solo ofrecen servicios de conexión a la Internet, estos no tienen responsabilidad alguna por los daños relativos a contenidos generados por terceros (art. 18). Los Tribunales de Justicia de São Paulo y Minas Gerais, incluso antes de la LMCI, ya entendían, acertadamente, que, cuando los proveedores de conexión a la Internet solo hacían el papel de hospedar webs que ofrecían servicios, no poseían responsabilidad por los daños decurrente de los contenidos generados por estos últimos.

FUENTES DE INFORMACIÓN

AFFORNALI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. Direito à própria imagem. Curitiba: Juruá, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BAZELON, Emily. How to stop the Bullies. <<http://www.theatlantic.com/>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CENEVIVA, Walter. Informação e privacidade. XVIII Conferência Nacional dos Advogados: Cidadania, Ética e Estado. Salvador, 2002. Anais. Brasília: OAB, 2003.

FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

GIBSON, Megan. Repairing your damage online reputation: when is it time to call the experts? <http://content.time.com>>. Acesso em: 22 out. 2013.

LEVY, Pierre. Cybercultura. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999.

MANSON, Melanie; MCGREEVY, Patrick. Brown. OKs bill allowing minors to delete embarrassing Web posts. <http://www.latimes.com>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

MAYER-SCHONBERGER, Viktor. *Delete*: the virtue of forgetting in the digital era. Princeton: Princeton University Press, 2009.

NOVELINO, Marcelo. Direito constitucional. São Paulo: Método, 2008.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. O direito à liberdade de expressão e direito à imagem. <http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Gustavo_imagem.doc>. Acesso em: 1º nov. 2013.

ROSEN, Jeffrey. Internet means the end of forgetting: <<http://www.nytimes.com>>. Acesso em: 8 out. 2013.

SANTOS, Gustavo Ferreria. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Madrid: Trotta, 1997.

SOBRE LOS AUTORES

ALEXANDRE FREIRE PIMENTEL es Máster y Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de Recife (FDR-UFPE). Profesor de Derecho Procesal Civil de Programa de Post-grado (PPGD) de la Universidad Católica de Pernambuco (UNICAP). Post-doctorado por la Universidad de Salamanca - España. Investigador becario de la CAPES.

Su correo electrónico es: alexandrefreirepimentel@gmail.com

MATEUS QUEIROZ CARDOSO es abogado por la Facultad de Derecho de Recife de la Universidad Federal de Pernambuco, en Pernambuco, Brasil.

PALOMA MENDES SALDANHA es abogada, Máster en Derecho por la Universidad Católica de Pernambuco - UNICAP. Becaria CAPES / PROSUP. Especialista en Tutela Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales por la Universidad de Pisa / Italia. Especialista en Derecho de las Tecnologías de la Información por la Universidad Cândido Mendes / RJ. Abogada.

Este trabajo fue recibido el 24 de junio y aprobado el 14 de julio de 2016.