



¿Pueden internet y los medios acusarnos para siempre?

EL DERECHO AL OLVIDO COMO LÍMITE A LA SANCIÓN SOCIAL PERMANENTE

▶ Aunque los expertos coinciden en que el olvido absoluto es prácticamente imposible en internet, el 21 de enero de 2016 la Corte Suprema acogió un recurso de protección que sentó precedentes jurídicos relevantes para Chile, donde no existe legislación específica. El fallo judicial señala que es necesario “evitar la diseminación de información personal pasada que, habiendo dejado de cumplir su finalidad, es capaz de producir un daño a la persona”.

▶ Por **Cristián Irrarázaval Z.**,
abogado Departamento de Estudios y Proyectos,
Defensoría Nacional.



“Cada vez que encontraba un trabajo pasaban cosas raras: estaba unos días contratado y después me echaban” (Cristián López, acusado falsamente de cometer delitos sexuales. Sobreseído definitivamente debido a que se probó su inocencia por examen de ADN).

“La vinculación entre el derecho al olvido y el derecho a la reinserción social de quienes han sido condenados por un delito constituye, tal vez, uno de los supuestos más relevantes de aplicación de este derecho. Es en este tipo de casos en los que entra en juego de manera más evidente la libertad de comenzar de nuevo sin estar atado al pasado” (Luis Javier Mieres Mieres, académico español, en *“El derecho al olvido digital”*).

¿Qué tienen en común las dos frases citadas?

Tanto el inocente procesado por un delito, como el condenado que cumplió su condena, se ven actualmente impedidos de reinserirse socialmente, debido a que sus nombres aparecen ligados en internet a los procesos penales que en algún momento fueron dirigidos en su contra, cualquiera haya sido el resultado posterior de los mismos.

PERSONAS ABSUELTAS Y SOBRESÉIDAS

Respecto de los inocentes, el escenario actual es dramático: las miles de personas que son absueltas o sobreseídas definitivamente en nuestro país están expuestas, porque si sus nombres son buscados en los motores de búsquedas de la web, usualmente aparecen inmediatamente vinculados a los hechos que en algún momento les fueron injustamente imputados.

Así, muchas denuncias falsas o imputaciones infundadas se traducen en una absolución judicial que, sin embargo, va acompañada de una condena social que -peor aún- es permanente, en la medida que la información habitualmente subsiste indexada en los buscadores.

► “Respecto de los inocentes, el escenario actual es dramático: las miles de personas que son absueltas o sobreesueltas definitivamente en nuestro país están expuestas, porque si sus nombres son buscados en los motores de búsquedas de la web, usualmente aparecen inmediatamente vinculados a los hechos que en algún momento les fueron injustamente imputados”.

La situación es más grave aún si se considera que el reproche judicial y social infundado, por regla general, resulta impune para el Estado y los terceros responsables. Prueba de ello es que la Corte Suprema de Chile sólo en una ocasión¹ ha acogido un requerimiento de declaración previa de error judicial, que conforme al art. 19 N° 7 letra i) de nuestra Constitución Política, habilita para solicitar la indemnización al Estado por los correspondientes perjuicios patrimoniales y morales.

Paralelamente, diversos estudios² demuestran que la publicación de la noticia de la absolución o sobreesueltamiento no necesariamente elimina el efecto negativo causado por noticias previas sobre el proceso (formalización, prisión preventiva, juicio, etc.).

Ello sucede porque los primeros resultados que arroja un motor de búsqueda tienen un tráfico de visitas muchísimo mayor que aquellos que aparecen más rezagados. Por ejemplo, en el caso de *Google*, el primer resultado del buscador arroja un flujo de tráfico promedio de 32,5 por ciento, el segundo un 17,6 por ciento, el tercero un 11,4 por ciento y así desciende sucesivamente, hasta llegar a un flujo de 0,4 por ciento en el resultado N° 15³.

1 Causa Rol N° 1579-2015, respecto de imputado formalizado por violación, y sometido a prisión preventiva, que luego resultó absuelto.

2 Entre ellos, el estudio de *Chitika online advertising network*, “*Chitika Insights: The Value of Google Result Positioning*”, del 7 de junio de 2013. Disponible en <https://cdn2.hubspot.net/hub/239330/file-61331237-pdf/ChitikaInsights-ValueofGoogleResultsPositioning.pdf>

3 Estudio de la consultora *Chitika online advertising network*, disponible en <https://chitika.com/google-positioning-value>

Si a ello se agrega que los buscadores indexan la información en forma desordenada, sin consideración a la actualidad de los datos –pudiendo la absolución figurar, por ende, en un resultado menos visitado que la formalización-, la consecuencia es evidente: hay un alto riesgo de que una persona acusada infundadamente pueda permanecer en la web –y, por tanto, en el imaginario colectivo- como culpable.

¿Qué posibilidad tiene entonces, una persona como Cristián López, falsamente acusado de un delito sexual, de conseguir trabajo o entablar nuevas amistades?

De allí la importancia de iniciativas como el “Proyecto Inocentes”, que permiten a personas que fueron procesadas arbitraria o erróneamente acceder a una plataforma que les facilite –al menos parcialmente- reconstruir su imagen, exponiendo las dificultades que tienen para encontrar trabajo y reconstruir su vida personal, de manera tal de sensibilizar a la sociedad frente a casos semejantes.

¿Qué puede hacer el ordenamiento jurídico para resguardar los derechos de los afectados, ante una web que ‘no perdona’?

La respuesta del derecho comparado ha sido la doctrina del llamado ‘derecho al olvido’. Cabe tener presente que éste no sólo se aplica en relación a procesos penales, sino que frente a cualquier información del pasado que, si bien fue veraz, su publicación actual carece de interés público y perturba derechos constitucionales del afectado.

En efecto, la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el hasta ahora caso más relevante en la materia, *Google contra la Agencia Española de Protección de Datos* -fallo que reconoció el derecho al olvido en Internet, atribuyendo a los motores de búsqueda la responsabilidad de eliminar, en ciertos casos, los vínculos de algunos resultados al nombre del interesado-, la reclamación buscaba que se eliminaran de la lista de resultados del buscador los enlaces a dos anuncios oficiales, publicados años atrás en un periódico, relativos a la subasta de inmuebles del afectado respecto de deudas con la Seguridad Social⁴.

La importancia de este fallo fue crucial para el reconocimiento del derecho al olvido en la normativa de la Unión Europea. Así, el Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, aprobado el 27 de abril del presente año,

4 Revista de Internet, Derecho y política, *Universitat Oberta de Catalunya*: <file:///D:/Users/cristian.irrazaval/Downloads/303399-425861-1-PB.pdf>, p. 18.

recoge expresamente la doctrina del *derecho al olvido*, en la misma línea de la sentencia citada, en su artículo 17⁵.

¿Cómo ha operado el derecho al olvido en el derecho comparado?

La jurisprudencia de la Corte de Casación italiana⁶ considera que, en caso de ser procedente el derecho al olvido, ello tiene o puede tener implicancias tanto respecto del medio de comunicación que publicó la información, como respecto de los buscadores que la indexan, multiplicando y facilitando el acceso a la misma.

Así, mientras al medio que publica se le puede exigir la contextualización de la noticia, actualizándola cuando corresponda -cuestión especialmente relevante en caso de personas no condenadas-, al buscador se le puede requerir la desindexación de la noticia, siempre que no se trate de un personaje público, con el objeto de evitar una propagación desmedida de información pretérita sin relevancia pública, que obstaculiza la reinserción del afectado.

La Agencia Española de Protección de Datos, en tanto, considera que el derecho al olvido no debe implicar la modificación retroactiva de la noticia -sea por su contextualización u otras vías-, dado que ello afectaría la libertad de expresión; sino que lo esencial es impedir la difusión ilimitada de la misma a través de los buscadores, los cuales, por consiguiente, deben desindexar la información personal dañina que carezca de relevancia pública.

¿Cómo ha reaccionado nuestro sistema jurídico frente al derecho al olvido?

Esta doctrina ha sido rápidamente recepcionada en Chile. En fallo dictado en causa Rol N° 22.243-2015, con fecha 21 de enero de 2016, la Corte Suprema acogió un recurso de protección fundado en la publicación de una noticia en el sitio web emol.com, que daba cuenta del auto de procesamiento al que fue sometido el recurrente, habiendo transcurrido más de 10 años desde la dictación de la condena. El recurrente, un ex funcionario de Carabineros, había sido sometido a proceso y condenado en el marco del denominado “caso Spiniak”.

En su tercer considerando, el fallo citado indica “que dado que el recurrente no impugna la veracidad de la noticia que



apunta, el asunto radica esencialmente en determinar si tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico -y en este caso con afectación de una garantía constitucional- de lo que en doctrina se ha dado en llamar el ‘derecho al olvido’ y que se refiere sustancialmente a que una persona pueda aspirar a la eliminación de una información desfavorable sobre sí misma que le provoque perjuicios actuales y que se contenga en los sistemas informáticos disponibles, y ello por una razón plausible. En este caso se invoca, como se advierte, la antigüedad de la noticia; y como perjuicio actual, el menoscabo sobre todo síquico y laboral, tanto para sí como para una familia única y de apellido estigmatizable”.

El citado fallo de la Corte Suprema ha abierto la puerta al derecho al olvido en Chile. Justamente, haciéndose cargo del contenido de ese fallo, en abril del presente año un grupo de diputados presentó una moción que “modifica la ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada, para efectos de garantizar, al titular de los datos personales, el derecho al olvido”.

El proyecto pretende insertar en el art. 2° de la referida ley las definiciones de “derecho al olvido” y de “motor de búsqueda”, modificando a su vez el art. 12° del mismo cuerpo legal, regulando en dicho precepto el derecho del titular de los datos a exigir su cancelación o disociación al motor de búsqueda, invocando el derecho al olvido.

5 Fuente: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=FR>

6 Sentencia en causa 5525-2012, del 5 de abril de 2012

7 Boletín N°10608-07, ingresado a la Cámara el 7 de abril de 2016, disponible en https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11029&prmBoletin=10608-07

Si bien hay aspectos ausentes en el proyecto, entre ellos la instauración de un órgano administrativo que supervise en forma eficaz la protección de los datos personales⁸ y la señalización de los parámetros que permiten el ejercicio del derecho, sin duda se trata de un enorme avance en la dirección correcta.

Por último, el fallo referido ha incentivado la interposición de nuevos recursos de protección apelando al derecho al olvido. Entre ellos destaca el recurso interpuesto ante la Corte de Apelaciones de San Miguel por Roxana Godoy, viuda de un hombre que fue investigado por el homicidio de Hans Pozo Vergara⁹.

El homicidio ocurrió en 2006 y el principal sospechoso -marido de la recurrente- se suicidó el mismo año, tras lo cual la causa concluyó por sobreseimiento definitivo en 2013. El recurso tiene por objeto que se dejen de difundir reportajes y fotografías -que se volvieron a publicar en la televisión con motivo de los 10 años del homicidio-, en que la recurrente y a sus hijas aparecen junto al sospechoso indicado, en atención tanto al tiempo transcurrido como al daño a la integridad síquica y el derecho al honor y vida privada de la recurrente

Este recurso plantea una arista interesante, puesto que si una persona tiene derecho al olvido respecto de actos que le fueron imputados en el pasado, con mayor razón debieran tener dicho derecho sus familiares u otros terceros cercanos, que se ven directamente afectados por la reproducción innecesaria de dicha información años después de la ocurrencia de los hechos.

¿Por qué deben tener también derecho al olvido las personas condenadas? ¿Cuál es el contenido de este derecho y qué parámetros delimitan su aplicación?

Tal como hizo la Corte Suprema en el fallo antes citado, la jurisprudencia y doctrina europea han reconocido el derecho al olvido también respecto de personas condenadas. Cabe entonces preguntarse, ¿por qué alguien que fue condenado tiene derecho a que información declarada verídica por la justicia sea eliminada de los motores de búsqueda de internet? ¿Cómo se conjuga ello con el derecho a la libertad de expresión?

8 Este tipo de organismos cumplen un papel principal en la protección de los datos personales y la garantía del ejercicio del derecho al olvido en varios países europeos. Entre ellos se cuentan la francesa *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL), la italiana Garante per la protezione dei dati personali y la Agencia Española de Protección de Datos.

9 Recursos de protección presentado el 30 de marzo de 2016 ante la Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 962 - 2016

Luis Mieres describe con precisión el fundamento principal de este derecho, relacionándolo con el paso del tiempo. Señala el autor que “en principio, para poder considerar lesionado el derecho al honor, los hechos difundidos deben ser falsos o inveraces, pero también la verdad puede dañar, especialmente si no es una verdad contemporánea sino pretérita. Así, puede considerarse que la publicación actual de una información pasada puede suponer un falseamiento de la imagen actual de una persona, al conectarla con hechos lejanos que no se corresponden con la realidad presente. Una información verdadera, pero intempestiva por obsoleta, puede afectar la vida de relación del afectado, al situarle bajo una luz falsa que comporte que sea objeto de valoraciones o juicios de otros que le perjudiquen”¹⁰.

El fallo de la Corte Suprema que reconoce el derecho al olvido vincula explícitamente este derecho con posibilitar la reintegración del condenado a la sociedad, fundándolo jurídicamente en la garantía constitucional del derecho a la vida privada y a la honra (art. 19 N°4 de la Constitución Política), así como en el Decreto Supremo N° 64 de 1960 (que permite borrar los antecedentes penales después de un tiempo) y otras normas análogas.

La Corte determina así que se debe “evitar la diseminación de información personal pasada que, habiendo dejado de cumplir su finalidad, es capaz de producir un daño a la persona”.

De esta manera, el factor tiempo -vinculado a la posibilidad de reinserción- se constituye en el principal fundamento de este derecho. Ello no es ninguna novedad en nuestro sistema jurídico: en efecto, en él encontramos múltiples instituciones -especialmente en el ámbito del derecho penal- que se fundan en el mismo criterio.

Entre ellas, se destacan la prescripción de la agravante de reincidencia, la no consideración de condenas antiguas para efectos de las penas sustitutivas de la Ley N° 18.216 y las normas que permiten borrar antecedentes penales (el ya citado D.S. N° 64 y el Decreto Ley N° 409).

Todas estas disposiciones tienen por objeto permitir que el condenado, una vez cumplida su condena, pueda rehacer su vida, apartándose de una conducta delictual. Pero para lo-

10 Luis Javier Mieres Mieres, “El derecho al olvido digital”, pág. 16. Disponible en el sitio web http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/eod97e985163d78a27d6d7c23366767a.pdf



gar una reinserción efectiva el condenado requiere no sólo ser, sino que también parecer un ‘ciudadano honrado’, lo cual no es posible sin derecho al olvido.

Como parámetro para evaluar la procedencia del derecho al olvido, la Corte consideró en el fallo en análisis que el plazo transcurrido entre el hecho y la noticia en él recaída -más de 10 años- es más que suficiente, atendido que ese lapso es incluso superior a la prescripción de delitos graves.

No obstante, el mismo fallo señala también que “los medios de comunicación social deben actuar en coherencia con la intención de proporcionar al penado la posibilidad de desarrollar una vida acorde con el respeto a sus garantías constitucionales una vez transcurrido el tiempo de condena”, lo cual da a entender que el derecho al olvido incluso es procedente una vez que el sujeto haya terminado de cumplir la sanción que se le ha impuesto por el hecho.

Y ello es razonable, considerando que, una vez que el sujeto cumple la pena, no tiene sentido continuar publicando información sin trascendencia pública que mantenga vigente un ‘castigo social’.

Asimismo, la Corte considera que la eliminación del registro informático de la noticia, en ejercicio del derecho al olvido, no coarta la libertad de expresión, en la medida en que subsista la posibilidad de conocer la noticia mediante el “ejercicio investigativo profesional”.

¿Y cómo se garantizaría la posibilidad de dicho ejercicio investigativo, si se elimina el registro digital de la noticia? El fallo señala que “el acceso a la misma debe ser circunscrita a las fuentes oficiales de la información, de manera que puedan ser siempre consultadas por quien tenga un interés real en conocerla y con alguna finalidad específica”.

EL PRINCIPIO DEL FIN DE LA ‘SANCIÓN SOCIAL PERMANENTE’

La mencionada sentencia de la Corte Suprema le ha arrojado al derecho al olvido consecuencias más amplias que las que le han atribuido hasta ahora los organismos de la Unión Europea: mientras que éstos se limitan a exigir la contextualización/actualización de la noticia al medio que la publica, o bien la desindexación de la misma a los motores de búsqueda, nuestra Corte dictaminó directamente la posibilidad de eliminar el registro informático, tratándose de hechos antiguos cuya mantención como hechos noticiosos carece

► “La respuesta del derecho comparado ha sido la doctrina del llamado ‘derecho al olvido’. Cabe tener presente que éste no sólo se aplica en relación a procesos penales, sino que frente a cualquier información del pasado que, si bien fue veraz, su publicación actual carece de interés público y perturba derechos constitucionales del afectado”.

de interés público y que afectan la reinserción o los derechos constitucionales de los afectados¹¹.

La solución adoptada por la Corte es la correcta, permitiendo un resguardo más efectivo del derecho a la honra y otorgando reales posibilidades de reinserción. Más importante aún es que el reconocimiento del derecho al olvido en los términos expresados respecto de una persona que fue condenada va a abrir la puerta a que miles de casos de personas inocentes -como Cristián López- y cientos de familiares de condenados o inculcados, como Roxana Godoy, puedan finalmente tener la posibilidad de recuperar su derecho a la imagen y a la honra, poniéndole término a una sanción social infundada y permanente.

De esta manera, finalmente se vislumbra la posibilidad de que el Estado se haga responsable de uno de los efectos colaterales más gravosos del proceso penal, evitando que los medios de comunicación e internet inflijan una sanción social indefinida, tanto a quienes en el pasado se vieron enfrentados al sistema punitivo como a sus familiares. Al parecer, internet ya no podrá acusarnos para siempre, salvo que tenga motivos fundados.

¹¹ Si bien la Corte Suprema no se refiere en este fallo a la posibilidad de desindexar la noticia de motores de búsqueda -por ejemplo, Google-, atendido que ello no fue solicitado por la recurrente, los tribunales ya han adoptado soluciones de esa naturaleza en casos de vulneraciones del derecho al honor. Ejemplo de ello es la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en la causa Rol N° 228-2002 (Abbott contra Google), en que se resolvió “que el buscador “google.cl” establezca, computacionalmente, los filtros necesarios para evitar publicaciones que presenten inequívocamente publicaciones (sic) de carácter injurioso, o de cualquier tipo y bajo cualquier circunstancia, siempre que en esa publicación se incurra en una afectación constitucional como la mencionada”.