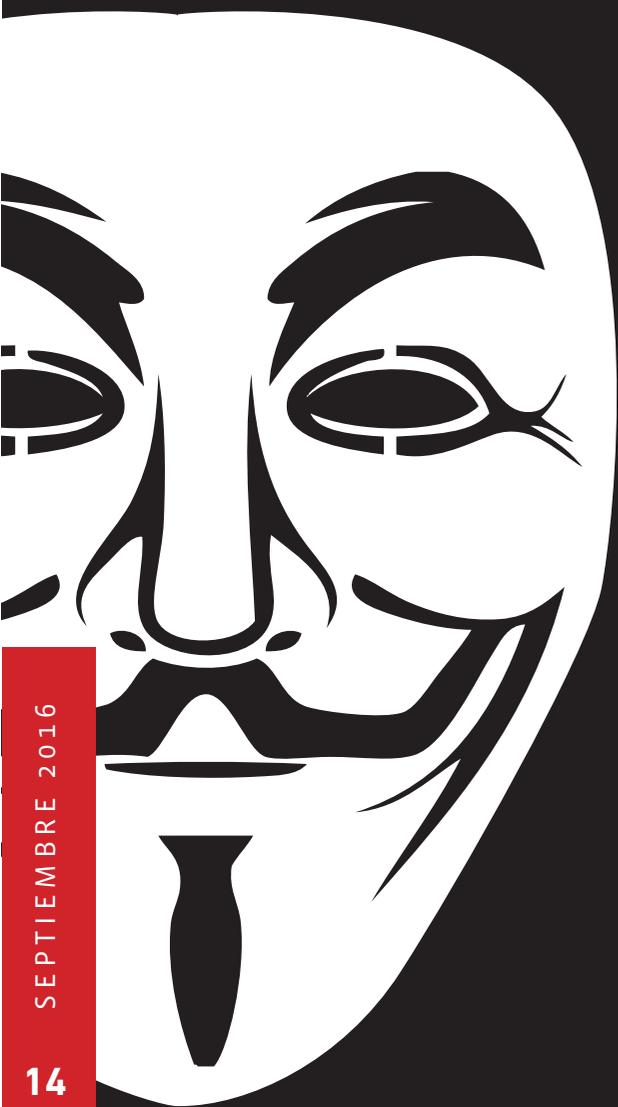


93

Art. 93. Derechos y garantías del imputado.



INTERNET
OLVIDO
DIGNIDAD



EDITORIAL	02
Dignidad en internet. Por Andrés Mahnke M.	
DUDA RAZONABLE	04
El derecho al olvido como límite a la sanción social permanente. Por Cristián Irrarrázaval Z.	
EXAMEN Y CONTRAEXAMEN	10
Lorena Donoso: “Tenemos una ley de protección de datos que es la ley de la selva”. Por Cristián Irrarrázaval Z.	
A CONFESIÓN DE PARTE	20
Rodrigo Ferrari: “Los investigadores violaron todos mis derechos de privacidad”. Por María Eugenia González I.	
LA GENTE HABLA	27
Dignidad, información pública y derecho al olvido. Por Elisa Forever (@Nellatronic) y Pancho Defensor (@panchodefensor).	
TALIÓN	30
Consensos para un derecho al olvido digital. Por Romina Garrido I. y Jessica Matus A.	
EXTRATERRITORIALIDAD	40
Actualidad del derecho al olvido en Latinoamérica. Por José Tomás Herreros N.	
TABLA DE EMPLAZAMIENTO	44
Derecho al olvido y nuevas formas de información: el caso de Wikipedia. Por Marco Correa P.	
La presunción de inocencia en la era de la vigilancia. Por Claudio Ruiz G.	47
Tensión entre derecho a la información y derecho a la protección de datos personales. Por Patricia Reyes O.	50
ALEGATO DE CLAUSURA	54
La hora del olvido. Por Carlos Reusser M.	
GUARDAR SILENCIO	58
Guillermo Ceroni: “Acá no tenemos nada, estamos en pañales”. Por Marcelo Padilla V.	
BAJO PROMESA	63
‘Manos Libres’, Arte en prisión.	
OBJECCIÓN	66
Fiscal Nacional, Jorge Abbott: “Tenemos la deuda de instalar adecuadamente la presunción de inocencia”. Por Marcelo Padilla V.	



DIGNIDAD EN INTERNET

► Por **Andrés Mahnke M.**,
Defensor Nacional.

“Cada vez que encontraba un trabajo pasaban cosas raras: estaba unos días contratado y después me echaban”. El caso de Cristián López -acusado falsamente de violación, sometido a prisión preventiva y sobreesido tras un examen de ADN que probó su inocencia- no es aislado.

Es lo que vive la mayoría de las personas que son expuestas ante la comunidad como supuestos autores de un delito, pasados antes los medios de comunicación y condenados anticipadamente por la sociedad, sin ponderar que deben presumirse inocentes, como lo señala la ley.

Algunos, como él, son incluso privados de libertad mientras se les investiga y cuando se logra establecer su inocencia (por sobreesimiento o absolución), deben tratar de retomar sus vidas y enfrentar el prejuicio de haber pasado por la cárcel.

Esto se hace más difícil en una sociedad en la que internet recoge y difunde la información de los medios de comunicación. Los motores de búsqueda de la red son, actualmente, la mejor herramienta para acceder al conocimiento y cada vez que queremos saber sobre hechos o personas *googleamos* nuestras dudas y obtenemos instantánea respuesta.

Quizás por lo mismo, las personas confían en lo que aparece en la primera página de estos buscadores. De hecho, más del 60 por ciento del flujo de tráfico de *Google* se lo llevan los primeros tres resultados. Cada vez que se realiza una búsqueda se crea una nueva realidad.

Sin embargo, la mayoría de nosotros no tenemos siquiera conciencia de que mucha de la información que encontramos allí puede corresponder no sólo a datos personales protegidos, sino además ser antigua, parcial o descontextualizada. Pese a todo, confiamos en ella.



Por lo mismo, y pese a haber sido sobreesido por un ADN que acreditó su inocencia, Cristián López enfrenta todavía portadas y notas de prensa que muestran la imagen de su detención con apelativos como ‘el violador de Ñuñoa’. Son estos resultados, antiguos y descontextualizados, los que hacen que dure poco tiempo en sus trabajos o que algunas personas que lo conocen actúen con prejuicio ante él.

Es este el motivo por el que la Defensoría Penal Pública comenzó a hablar de la necesidad de buscar formas para solucionar este problema, poniendo en el debate público la discusión sobre si es necesario o no legislar sobre el derecho al olvido en Chile.

La intención de la Defensoría es bastante clara. Creemos que la dignidad de estas personas es vulnerada y por eso en 2013 lanzamos el “Proyecto Inocentes”, que busca precisamente reparar el daño moral que sufren los inocentes que han sido injustamente encarcelados. Ellos merecen poder retomar sus vidas sin ser estigmatizados por la información que aparece sobre ellos en internet.

Hay que recordar, eso sí, que mucha de esta información emitida a través de los medios de comunicación no es errónea. De hecho, la mayoría es veraz y sólo da cuenta de hechos ocurridos dentro de una investigación penal. El problema no está en la información, sino en el orden en que ésta aparece en el buscador, donde muchas veces la absolución no está en la primera página, sino que en las últimas, mientras que la detención previa figura dentro de los primeros resultados, porque el hecho antiguo se actualiza cada vez que un nombre es buscado en internet.

La legislación chilena actual no contempla mecanismos para resolver el problema de los inocentes y dependemos de la voluntad de privados (medios de comunicación o buscadores) para resolverlo.

► “La legislación chilena actual no contempla mecanismos para resolver el problema de los inocentes y dependemos de la voluntad de privados (medios de comunicación o buscadores) para resolverlo”.

Las siguientes páginas demuestran, en todo caso, que ésta es sólo la punta de un *iceberg* mucho más profundo, que involucra no sólo un debate global entre derecho a la información y derecho al olvido, sino también sobre la reparación a personas cuya honra ha sido dañada en internet, sobre la protección de datos personales aún en ciernes en el país y sobre un escaso avance legislativo en torno a materias tan relevantes, pues los expertos consultados coinciden en que la Ley N° 19.628 es, a lo menos, insuficiente.

Las historias contadas aquí por el Fiscal Nacional, Jorge Abbott, y por el abogado Rodrigo Ferrari, entre otros, ofrecerán también al lector una muestra precisa de cuánto nos falta avanzar como país en este tema, contexto en que la presente edición de “Revista 93” espera ofrecer un aporte a la discusión pública. 93



¿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 Irrázaval 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 sobreesueltos 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”.



► Experta en derecho e informática, la abogada Lorena Donoso expone aquí los elementos del debate de fondo entre derecho a la información y derecho al olvido, conceptos que se quedan cortos para describir el problema que ella observa en Chile: “Tenemos una visión superficial de todos los problemas y una forma reactiva de legislar. Tratamos de eliminar la capita de arriba y pensamos que con eso se va a resolver hacia abajo. Pero no, para abajo se acumula”, advierte.



► **LORENA DONOSO**, experta en derecho digital y protección de datos:

"TENEMOS UNA LEY DE PROTECCIÓN DE DATOS QUE ES LA LEY DE LA SELVA"

► Por **Marcelo Padilla V.**, periodista Unidad de Comunicaciones, y **Claudia Castelletti F.**, abogada Departamento de Estudios, Defensoría Nacional.

Lorena Donoso Abarca sabe mucho sobre seguridad de datos. Tanto, que aunque muestra un bajo perfil público, todo el mundo la conoce y ha dejado su huella en los más diversos ámbitos.

Abogada de la Universidad de Chile, magister y doctora (C) en informática y derecho de la Universidad Complutense de Madrid, esta profesora universitaria de derecho procesal no sólo tiene decenas de publicaciones académicas sobre protección de datos personales, transparencia y redes electrónicas -entre otros temas-, sino que ha asesorado a diversos ministerios en estas materias y preside el Instituto Chileno de Derecho y Tecnologías.

Como experta, es tajante para afirmar que en Chile estamos totalmente en pañales en este ámbito. Dice, por ejemplo, que la Ley N° 19.628 de protección de datos personales "es insuficiente" y que legislar sólo sobre 'derecho al olvido' es "inocente" o "naïf", porque lo que el país necesita es una reforma estructural, que incluya Constitución, leyes generales, normas sectoriales y reglamentos específicos. "En Chile no hay nada", asegura.

-¿Cuáles son los tópicos más reconocibles en el debate mundial en torno al derecho al olvido?

-Uno de los temas que está en el centro del debate es que las nuevas tecnologías cambiaron tanto los paradigmas, que la gente se vio obnubilada y no se dio cuenta que hay muchas cosas que ya están reguladas. El derecho al olvido no es otra cosa que la regulación de éste. La prescripción, la amnistía, el borrado de antecedentes penales son todas instituciones de olvido ya establecidas en nuestro derecho desde hace tiempo, cuya función esencial es la pacificación social, para que las sociedades puedan mirar hacia adelante y avanzar. Las personas son beneficiadas con la prescripción, la amnistía, incluso con la quiebra, que en las personas naturales se llama 'rehabilitación de persona natural'. En el fondo, la sociedad acuerda cómo va a olvidar, para poder seguir adelante.

El tema es que internet y las tecnologías asociadas hacen prácticamente imposible el olvido o la aplicación práctica de estas instituciones tradicionales, porque reidentifican y re-victimizan permanentemente a las personas. Inicialmente, se dijo que el derecho al olvido se relaciona directamente con la

cancelación de datos y, por tanto, se le vinculó con la protección de éstos. Sin embargo, lo que hoy se discute es que el olvido es imposible. Entonces, lo que tenemos que hacer es acordar cómo vamos a hacer como que olvidamos y cómo vamos a construir los bloqueos necesarios para que parezca que olvidamos o para que le digamos al mundo que lo haremos por consenso, lo mismo que con la prescripción. Es replicar, por acuerdo, lo que ya está definido, ahora para este nuevo escenario.

-¿Cómo conecta esto con el derecho a la información?

-La libertad de expresión es un derecho muy complejo, que involucra el derecho de un ser a expresarse y el derecho de otro ser a enterarse de lo que el primero está expresando y luego tener un proceso cognitivo interno, de conocimiento y decodificación de esa expresión, que lo transforma en información, para poder tener una opinión propia. La libertad de expresión involucra ambas caras. En el fondo, es un círculo entrópico, que pasa naturalmente porque el que se informa pueda tener acceso a distintas fuentes de información, para poder formar su opinión.

En realidad, el choque del derecho al olvido con la libertad de expresión o el derecho a la información ya estaba presente en la sociedad. Lo grave hoy son tres cambios de escenario fundamentales: primero, hay una salida del control ético de los medios de comunicación, entendidos como canales de difusión. Segundo, existe una hegemonización de un discurso en los medios tradicionales, que están deslegitimados por los canales informales. O sea, es tan evidente que el medio formal no entrega la información adecuada o correcta, que el canal informal -las redes sociales-, sin estos controles y sin la conciencia del acto informativo que hacen, vacían información en la red, que termina siendo más cierta para la gente que lo que publican los medios.

-¿Por eso vaciamos las bencineras cuando dicen en *Twitter* que se agotará la gasolina?

-Claro. Y se produce esta distorsión de la realidad. Suma un tercer principio básico... ¿te acuerdas de 'la televisión penetra'? Bueno, la pantalla penetra. Todo lo que la gente ve en pantalla, por un efecto psicológico, tiene un nivel de credibilidad mucho más alto que cualquier otro canal... Entonces, el medio de comunicación de las redes sociales, el canal informal, es la pantalla. Y si le sumas lo demás, todo termina sien-

► “Lo que tenemos que hacer es acordar cómo vamos a hacer como que olvidamos y cómo vamos a construir los bloqueos necesarios para que parezca que olvidamos o para que le digamos al mundo que lo haremos por consenso, lo mismo que con la prescripción”.

do un caldo de cultivo para que no sean satisfechos los derechos informativos de la persona en un régimen de armonía, para que las instituciones hagan su pega como corresponde. La gente da por cierto lo que ve en *Facebook*, no lo que ve en los diarios. Actúa en consecuencia y eso explica, por ejemplo, que las personas consideren que el Transantiago es un mal servicio, aunque no sean sus usuarios, porque vieron en internet las quejas del resto

Este derecho a la información, que es un derecho social, no se opone al derecho al olvido, sino que al derecho de que la sociedad olvide ciertas cosas de mí, para yo poder seguir adelante. En el fondo, el conjunto de derechos de las personas se ve atropellado, porque la sociedad no olvida. Así, el descontrol informativo, asociado a la nula posibilidad de hacer desaparecer una información, termina siendo un atentado o un riesgo para el conjunto de derechos fundamentales de la persona y para la pacificación de toda la sociedad. En Chile estamos metidos en este caldo de cultivo, que hace un tremendo daño a la convivencia social. Todas las filtraciones que hay en materia penal son un reflejo de eso, porque la información sigue ahí para siempre. Es muy difícil sacarla.

RELEVANCIA INFORMATIVA

-¿Cuál es el conflicto entre ambos derechos? ¿Cuáles son los bienes jurídicos en juego?

-En materia de libertad de expresión y derecho a la información rigen una serie de principios, asociados a la relevancia informativa. El hecho que se informa debe ser informativamente relevante, es decir que la gente se pueda formar opinión a partir de él. Segundo, la calidad informativa: cuando informas algo, debes hacerlo con un nivel de calidad suficien-



te para que la gente tenga conciencia real y oportuna de lo que estás informando, tema en que estamos muy al debe en Chile. Tercero, la proporcionalidad de la información. Es decir, informar aquello que la gente es capaz de procesar en este estado del desarrollo de los hechos, no tirar toda la carne a la parrilla, porque eso genera desinformación. Y cuarto, la ponderación de derechos, es decir informar aquello que causa un bien mayor que el daño que genera informarlo.

Cuando mal usas esta tabla de ponderación o la ignoras, terminas afectando indebidamente los derechos de otros. La colisión de derechos se produce por la mala aplicación de todo esto. ¿Es relevante que un parlamentario *tuitee* o mande *Whatsapp* durante una sesión parlamentaria? A lo mejor sí, pero si es sobre su tendencia sexual, no es tema. Eso es destemplado. En cambio, si envía mensajes al dueño de Corpesca, preguntando cómo debe votar, ahí la información tendría valor público, relevancia informativa y relación con la labor parlamentaria. Sería una información de calidad para que la gente se forme opinión sobre la labor parlamentaria. Lo que ese señor hace en sus horas libres o con quién se acuesta no tiene valor. Ahí es donde se genera la colisión y el daño a los derechos.

Lo bueno de casos como éstos es que un tema que estaba totalmente invisibilizado se releva y aparece, porque hay montón de gente sin voz a la que le pasa esto. Sus derechos fundamentales se ven amenazados o atacados porque una información no cumple con estas reglas básicas. No hay capacidad general de filtro y por eso genera sicosis ver en un matinal a monjes brasileños prediciendo un terremoto.

A esto hay que sumar otro caldo de cultivo: los medios de comunicación tradicionales están perdiendo visionado, audiencia e ingresos. Y, por tanto, han encontrado espacio en el sensacionalismo. Qué mejor que informar hechos criminales para encontrar audiencias que reporten recursos. Se resumen una serie de hechos claramente sensacionalistas, para nutrir artificialmente el interés de la audiencia hacia esos medios y conservar o custodiar el avisaje publicitario, en perjuicio de los contenidos y de todos los chilenos.

Lamentablemente, la chilena es una sociedad castigada y condenada a tener mala información en los medios. Poca cultura, mala información. Los hechos penales se informan sin señalar en qué etapa procesal están y cuál es la implicancia

de eso. Se faranduliza la justicia. Todo eso genera afectaciones a los derechos fundamentales, por no cumplir estos cuatro principios tan básicos.

“LA CONSTITUCIÓN FALLA”

-Habla usted de reequilibrar la libre circulación de información con la autodeterminación personal... ¿Cuál diría que es la ecuación correcta? ¿Cómo debiera legislarse?

-Esto parte desde la Constitución. El artículo 19 N° 12 consagra el derecho a la libertad de expresión, pero no el derecho a la información. Internacionalmente, la primera incluye el derecho de las personas a buscar noticias o hechos. Segundo, a construir noticias y, tercero, a decidir si las difunden o no. Aquí sólo está consagrado el derecho del propietario del medio a expresar lo que quiera. Se les olvidó el derecho de la gente a informarse, a formarse opinión, a construir noticias y difundirlas.

Segundo, la Constitución consagra la imposibilidad de construir monopolios estatales, pero nada dice de los monopolios privados. Nuestro país tiene incluso monopolio radial. Es un poquito más diverso, pero la propiedad está copada igual por conglomerados. Hay muy pocas voces. Nuestra Constitución no estableció lo que se llama pluralismo externo, transversal a los medios, con límites a la propiedad cruzada de éstos. Algo impensable.

Otra cosa curiosa: el control del papel periódico. Se supone que la empresa estatal tiene que entregarle la misma cantidad de hojas a todos los conglomerados. Si bien el papel periódico ha perdido algo de relevancia, esto no ha sido total, porque al final lo que la gente ve en la prensa escrita es lo que tiene más visionado en otros medios.

Entonces una primera falla es la Constitución, que debe contemplar las dos caras de esta moneda: el derecho a informarse y el derecho a expresarse. Segundo, en las leyes de prensa y generales debe establecerse un sistema de responsabilidades que permita realmente sanear la vida de la gente. Cuando metes la pata informando algo, tiene que haber incentivos suficientemente poderosos para revertir el error. No basta que publiques en el mismo nivel, que en realidad nunca se hace. El derecho a rectificación queda deslucido, porque sale súper barato matarle el prestigio a alguien, total después basta una notita, no más. El sistema de reparación no incentiva suficien-

temente tener cuidado con lo que informa. Una ley debería establecerlo adecuadamente.

Tercero, la culpa es como en el chiste: no la tiene el chanco, sino quien le da el afrecho. La culpa no la tiene *Google*. El problema es que la gente no se hace cargo de sus contenidos. Si publico algo tuyo y lo etiqueto como tuyo, *Google* lo mantendrá ahí mientras yo no elimine ese contenido y su etiqueta. O sea, la responsabilidad es del que publica. Por eso *Google* es tan duro en su posición, en cuanto a que no puede intervenir contenidos que no son suyos, que no están en su servidor, sino en el del autor, pues ellos sólo proveen las carreteras por las que circula esta información y, en definitiva, ellos son proveedores de medios. Es decir, el dueño de la carretera no es responsable de los autos que circulan por ella ni de lo que transportan. Lo que tienes que hacer es atribuir la responsabilidad del contenido a su dueño, de modo que lo baje cuando afecte derechos de terceros.

En nuestra Constitución deberíamos tener una norma que diga que tales o cuales sitios van a tener inhibidores de señales, o que no podrán ser informados tales o cuales puntos geográficos específicos, por ejemplo la casa de la Presidenta, por razones de seguridad. Algo súper objetivo.

En materia de información penal, los ‘principios de Heredia’ -aprobados por los poderes judiciales de toda la región- deberían estar establecidos en el Código Procesal Penal, en las leyes orgánicas del Ministerio Público y de Carabineros, en la Ley de Prensa. Pero si no atacas la fuente, no sacas nada con meterte en ésta última norma. Pero si la fuente tiene la in-

► “Este derecho a la información, que es un derecho social, no se opone al derecho al olvido, sino que al derecho de que la sociedad olvide ciertas cosas de mí, para yo poder seguir adelante. En el fondo, el conjunto de derechos de las personas se ve atropellado, porque la sociedad no olvida”.

formación libre, ¿qué puedes hacer? Estos principios fueron acordados por los poderes judiciales de todos los países de la región.

Para qué decir la discriminación por omisión. Por ejemplo, todos los casos en que una persona imputada fue conducida en cámara al vehículo policial y su caso no apareció nunca más. Es la criminalización de grupos objetivos. Por ejemplo, la nota dice: crece el narcotráfico en Antofagasta, pero te muestra a puros inmigrantes colombianos. Es una discriminación por omisión, porque la conclusión implícita es que ‘todos los colombianos son traficantes’. Todo esto debe consagrarse en las normas referidas a las fuentes, porque si no el olvido no será posible. No sacas nada con que exista el derecho al olvido. Al dueño del contenido debes hacerlo responsable de lo que dice y del borrado que corresponda.

-Para hacer el balance de derechos caso a caso que usted menciona, la jurisprudencia europea establece como criterios de relevancia informativa el ‘interés periodístico’, el ‘interés histórico’ y el ‘interés público’ ¿Hay algún otro elemento necesario?

-Los derechos fundamentales involucrados en los hechos que se informan. Es decir, balance de derechos... el derecho a conocer, a saber o a informarse, versus todos los derechos fundamentales que podrían ser afectados por la información. Y la racionalidad de la información. Doctrinariamente, eso está resuelto hace muchos años.

‘DEFENSORES DE AUDIENCIAS’

-Si ocurriera el cambio normativo y constitucional que usted plantea, ¿quién se encargaría de hacer este balance? ¿Los propios tribunales?

-Los países civilizados -no el nuestro- tienen unas instituciones llamadas ‘Defensoría de las audiencias’ o ‘veedorías de los medios’, que están entre la sociedad y el medio. Reciben las quejas de los ciudadanos, los argumentos de los medios, median las posiciones y discriminan cuándo se debe rectificar o reinformar. Eso funciona operativamente hace mil años. Es fantástico y súper fácil. Son gente reconocida por sus méritos, no operan por cuoteo político, sino con sesgo profesional. Son financiados por los medios, con lo cual no hay financiamiento público estatal, de modo que no hay censura estatal a lo que se hace y son independientes de los medios



En Chile es muy difícil que pase algo así, porque no tenemos ni defensor del pueblo. El otro día nos reunimos con el defensor de la BBC, una de las cadenas informativas más serias del mundo, quien nos decía 'mira, para que algo salga en nuestro noticiero tiene que pasar por cinco consejos: el consejo de lo penal, el consejo del riesgo reputacional, el consejo social... y luego por mí. Y todo eso tiene que pasar en el día. Una vez que se tienen todas las visiones se decide cómo se informa. Pero, en paralelo, recibimos los reclamos de la gente y mediamos con la sala de prensa, para poder, en la primera oportunidad posible, rectificar todo aquello que, después de todos estos controles, se nos haya pasado.

En el caso de Japón, su defensor de medios nos decía que esta institución se creó después de dos hechos muy trágicos. El primero fue que un medio publicó que un juguete equis tenía plomo... El jefe de área de esa compañía se mató y a la semana los informes químicos demostraron que no era verdad, sino que un empleado despedido había ensuciado una partida de juguetes. Al señor muerto ya no lo podías resucitar. Segundo, otro medio informó sobre una violación de una niña y mostró una foto de unos señores -típica imagen descontextualizada- siendo detenidos. Evidentemente, a ellos los lincharon en su pueblo, porque pensaron que eran los autores, aunque el medio había puesto imágenes de archivo a esa noticia, porque no tenían otra imagen. Sin pensar que eso se iba a viralizar, que la gente iba a decir 'ellos violaron a la niña' y los iba a atacar.

Si miras *Facebook*, está plagado de estas informaciones: 'Este es el idiota que atropelló a mi perro'... Es tan fuerte, que la gente los funa o los agrede. Si pasa con el tipo que no le dio el asiento a la embarazada, imagina lo que puede pasar con hechos que tienen una connotación social más crítica. Frente a estos dos casos, que causaron gran conmoción en Japón, en tres meses tenían a estos defensores instalados. Y el ejercicio de balance lo hacen diariamente. Entonces, para que no sea censura previa, para que no sea el Estado el que impone a los medios lo que informar o no, estos defensores deben ser autoridades independientes. En Chile hay un ejemplo, que es el Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria (Conar), que podría ser semejante, pero funciona como quiere, porque no hay una ley detrás.

LEY DE LA SELVA

-La autodeterminación informativa ha sido reconocida en Europa como un derecho, a través de la protección de los datos personales. ¿Cuál es la situación en Chile, a partir de la Ley N° 19.628?

-Tradicionalmente, en todo el mundo existen las leyes de protección de datos, que por regla general no se aplican al derecho a la información. Eso es súper importante, porque se entiende que el derecho a la información tiene una garantía constitucional específica, con estas dos caras. Por tanto, las leyes de protección de datos no se aplican a la captura de datos para fines informativos. Ahora, donde sí se produce una

aplicación crítica es en la vulgarización de la información. En el fondo, si como persona natural acopio datos y no estoy sujeta a los controles de responsabilidad de los medios... ahí sí se junta con la ley de protección de datos.

En Chile la distorsión se produce en que si bien se basó en los principios de protección de datos de la autodeterminación informativa y la libertad informática, nuestra ley de protección de datos no previó los mecanismos de *enforcement* necesarios para que esos principios se cumplan. Tenemos una ley de protección de datos que es la ley de la selva. Dice que hay principio de calidad de los datos, pero nadie controla si los datos que subo en la *web* son buenos o malos. Y ni siquiera hablo de los medios. Fonasa tiene un banco de datos sin ninguna regla de seguridad y con escasas normas de calidad. Esa información la puede tomar cualquiera y hacer uso de ella como le plazca. Si eso lo toma un medio de comunicación, queda inmune respecto de la Ley N° 19.628, porque la información se usa para fines informativos, aunque toda la información que se publique venga de estas bases de datos descontroladas o desprotegidas, sin ningún órgano que controle lo que se mantiene en ellas.

Entonces, se produce una fuga, desde el ámbito de protección de la ley de protección de datos, hacia la libertad de expresión, con información de mala calidad. Por eso es una ley incompleta. Lo único que hicieron fue establecer una serie de principios, regular el mercado de los datos económicos, bancarios, comerciales, para bajar el riesgo país en materia comercial.

►“Lamentablemente, la chilena es una sociedad castigada y condenada a tener mala información en los medios. Poca cultura, mala información. Los hechos penales se informan sin señalar en qué etapa procesal están y cuál es la implicancia de eso. Se faranduliza la justicia. Todo eso genera afectaciones a los derechos fundamentales, por no cumplir estos cuatro principios tan básicos”.

El otro día le decía a la gente del Poder Judicial que me parece fantástica la carpeta judicial electrónica, en la medida que no se le ocurra a alguien crear una suerte de Dicom judicial, como ya está ocurriendo... Si el Poder Judicial pone sus bases de datos abiertas, para que cualquiera haga este Dicom y después se ampare en la Ley de Prensa... Sin duda, va a pasar en dos minutos. Les advertimos que se van a robar los datos y van a generar subproductos de esa base de datos. Va a quedar la escoba... la mitad de la gente sin encontrar pega y a la otra mitad sin que les reciban a los hijos en el colegio o les den un seguro.

De hecho, ya hay páginas en las que pones un RUT y sacas toda la información, cualquier cosa que tengas o hayas tenido, ni siquiera como justiciable, sino como imputado. Y debes pagar si quieres que la página explique tu rol en esas causas. Genera una sospecha, porque la gente ve eso y no busca más

La Ley N° 19.628 tiene el problema fundamental de que nació como una base de principios sin aplicación práctica concreta. De hecho, no establece sanciones. Entonces, subo una base de datos a internet y que la copie cualquiera, total no pasa nada.

¿A nivel del Estado no hay discusión o debate sobre estos temas pendientes?

-Es muy complejo, porque la OCDE le exige a Chile desde su ingreso que arregle la ley de protección de datos. Es grave, porque hay mucha gente tomando malas decisiones sobre la base de información mala. Los últimos tres gobiernos han mandado un proyecto de ley sin ningún ánimo de tramitarlo, haciendo como que cumplen. Todos los agentes incumbentes, bancos e instituciones financieras, quieren que se arregle la ley, porque son ellos los que están dando crédito a gente endeudadísima, que no va a poder pagar. La información vigente es pésima, porque no hay ningún parámetro de calidad de los datos que se pueda cumplir.

Los bancos compran bodegas de datos a gente que los roba. Pero son datos no actualizados, pura porquería. En la Cámara de Comercio de Santiago, dueña del Boletín Comercial, nos decían: ‘Estamos haciendo el loco, porque le rogamos al Ejecutivo que nos regule y al Estado no le importa’.

Lo que piden las leyes de protección de datos es que yo pueda saber, desde la buena fe, qué información tienes tú de mí. Así puedo decirte que tal dato está malo. Pero como no tengo

idea de qué información tienes y no me la muestras -porque no me le pediste, sino que te la conseguiste por ahí-, tú tomas decisiones no más, sin preguntarme si los datos están bien o no.

Un ejemplo: un jefe de departamento de la PDI iba saliendo de vacaciones con su familia y sus colegas le dijeron que tenía una orden de arresto pendiente. Él le había pasado a la oficial civil la nómina de quienes estaban con arresto pendiente y ella, por error, invirtió los campos y lo puso a él como perseguido y a otro como persecutor. Como éstos, hay 500 mil errores en las bases de datos... hijos que no son hijos del que aparece como padre. En la base de datos del Registro Civil hay muertos que siguen vivos...

NO AL OLVIDO AUTOMÁTICO

-Autores europeos hablan de un ‘nuevo derecho al olvido’, que operaría automáticamente, de modo que pasado un tiempo o ciertas contingencias, la información desaparece...

-Sí, pero de nuevo el tema es quién borra el dato. Es súper delicado porque, por ejemplo, cuando se trata de víctimas que hay que encontrar, no las puedes olvidar. Esos datos no pueden desaparecer automáticamente, sino que debe hacerse sobre la base de balance y criterios, porque si no puedes dejar una escoba muy grande: niños desaparecidos, gente perdida... En el fondo, el olvido no es universal y no puede ser automático, que pasados ciertos años, la información se borre. Debe haber un balance caso a caso.

-¿Qué ocurre con los casos del ‘Proyecto Inocentes’ de la Defensoría, por ejemplo?... Personas injusta o erróneamente acusadas y privadas de libertad que no reciben reparación efectiva... ¿Qué se necesita para protegerlas mejor?

-Volvamos al ámbito legislativo. Necesitamos reglas efectivas para exigir el borrado o rectificado de la información en la fuente original que la produjo. En general, las leyes de protección de datos tienen una norma: si tengo una información tuya que después me doy cuenta que está mala y se la informé a un tercero, no sólo tengo la obligación de borrar la información mala, sino también de advertírselo a ese tercero. En materia de derecho a la información, debe establecerse ese círculo virtuoso. No basta que yo borre la información, porque en internet ya está viralizada, copiada en mil partes. Basta que sobreviva en un sitio, en cualquier parte, para que ocurra la reidentificación. Un ejemplo es Gemita Bueno (caso



Spiniak). Cada que vez que alguien la busca y la encuentra en la red, es reetiquetada y reidentificada.

En Europa están viendo que la cancelación de la información es prácticamente imposible, mientras no se elimine en las fuentes originales, porque si no, cada nueva búsqueda es una reidentificación, una nueva etiqueta, una nueva puesta en primera plana de esa información. Para que la gente inocente realmente sea reivindicada, es necesario que exista el ciclo completo de la regulación. No sólo que el buscador la elimine, sino que también lo haga la fuente y que, además, las etiquetas se eliminen y que eso se comunique a todos.

-Entonces, en Chile ni siquiera estamos en pañales. Simplemente no estamos...

-En Chile no estamos. No hay nada. Es como el poema de Brecht... vinieron a buscar a mi vecino, pero no me importó. Aquí cualquiera se puede ver tocado.

LEGISLACIÓN NAIF

-En este contexto, una iniciativa parlamentaria para legislar sobre derecho al olvido parece insuficiente...

-Es infantil. Es *naif*, porque no tienen una conciencia real de cuál es el problema que está detrás. Apuntan sólo al síntoma final, pero esto es más profundo, porque alude a que Chile tiene una visión superficial de todos los problemas y una forma reactiva de legislar. Tratamos de eliminar la capita de arriba y pensamos que con eso se va a resolver hacia abajo. Pero no, para abajo se acumula. Le cortas la puntita al árbol, pero luego reaparece por otro lado, explota igual. Nuestra sociedad, lamentablemente, está adoptando soluciones reactivas, en caliente y tratando de eliminar la fiebre, pero no la infección. Y lamentablemente nuestro sistema, en general, en sus bases, está mal construido...

-¿Qué factores que necesitamos mejorar, entonces?

-Requerimos una reforma constitucional, tanto en la construcción de un principio de inocencia real -porque en Chile es bien *light*, asociado a la libertad de expresión y al derecho a la información, con una fase pública y privada. O sea, el derecho a expresarme, más el derecho a saber.

Las leyes particulares de base de cada ámbito deben establecer las normas de resguardo de la información de base que son capaces de difundir socialmente. Las normas de responsabilidad, por la comunicación de medios y la recomunicación de medios, también tienen que adaptarse. Y, contra lo que se cree, los proveedores de carreteras tienen que estar efectivamente indemnes, porque si no eso sí sería censura, en la medida que no sean proveedores de la información. Eso tiene que estar claro y ellos tienen que comportarse de modo neutro también. Pero es un ejercicio a nivel de Constitución, de legislación, de reglamentos institucionales sobre materias específicas, sumado a una educación social e histórica de la que carecemos. Esto es para ponerse a llorar.

Ahora, hay de dónde afirmarse: ya tenemos prescripción, pero debemos trasladarla a este ámbito. Lo más grave es creer que todo se está fundando de nuevo, que internet es una cosa totalmente distinta al resto de nuestra sociedad. No lo es. Es una nueva plaza pública, una nueva plataforma, pero

le subyacen todos los principios de nuestro sistema jurídico y tenemos que saber leer esta nueva plataforma en ese nuevo escenario. Es actualizar la legislación al nuevo paradigma.

Hablamos de derecho informático, pero en realidad es una nueva forma de concebir el derecho general, poniéndole este sesgo tecnológico. Esto ocurre porque el cambio informático ha sido tan violento, ha sido un cisma de tal magnitud en nuestra sociedad, que hemos tenido que llamarle derecho informático a algo que naturalmente debiera desaparecer, porque en algún momento todo el sistema jurídico debiera estar adaptado a la nueva realidad. Deberíamos llegar a entender que esto no es más que una prescripción, no es más que una amnistía tecnológica, como ya existe respecto del medio tradicional. Qué derecho al olvido ni que nada.

PRIMER PASO

-Apuntar sólo al derecho al olvido no sirve, entonces...

-Es un primer paso. Es meterse en el tema, pero esto es mucho más amplio. En el fondo, es una concepción distinta y hay ciertas plataformas que no te permiten cumplir los principios que tienes, por más que sean muy bonitos. Es súper *naif* pensar en olvidar cuando no tienes cancelación real de la infor-

►“Una primera falla es la Constitución, que debe contemplar las dos caras de esta moneda: el derecho a informarse y el derecho a expresarse. Segundo, en las leyes de prensa y generales debe establecerse un sistema de responsabilidades que permita realmente sanear la vida de la gente. Cuando metes la pata informando algo, tiene que haber incentivos suficientemente poderosos para revertir el error. No basta que publiques en el mismo nivel, que en realidad nunca se hace”.



Política/Ciudad
 PROPOSICIÓN ES IMPULSADA POR EL DEFENSOR REGIONAL OSVALDO PIZARRO

Defensoría busca proteger identidad de imputados en medios de comunicación

La iniciativa impediría que los detenidos por algún ilícito sean exhibidos en los denominados "paseos" en las afueras de los cuarteles policiales Carabineros y la PDI, previo a su traslado a la presencia de formalización en los Juzgados de Antea y/o Letras.

mación, porque así va a reaparecer y reaparecer. Por eso tienes que atacar a la base.

En el Proyecto Inocentes la Defensoría tiene un desafío especial, en el sentido de que la investigación penal existió, existe y tuvo un resultado. Entonces tiene más sentido, porque atiende a una necesidad, en cuanto a que puede que haya un montón de gente que siga manteniendo la información original, pero aquí hay un lugar donde contrastar y, en ese sentido, tiene mucha importancia como espacio de blanqueo. Pero debes tratarlo bien, para evitar el prejuicio de que estas personas 'algo habrán hecho'. Es importante que la Defensoría mantenga este sitio, porque la gente no se hace responsable de lo que sube, olvida esos contenidos y los mantiene ahí, como una bacteria latente, esperando salir...

-En casos como éstos se justifica que un bien jurídico protegido sea más importante que otro...

-Claro, jurídicamente. Y, por otro lado, tienes que poner en la balanza los derechos correspondientes, porque cuando

pones sólo transparencia, pones los derechos asociados a la libertad de expresión, al derecho a la información, al derecho a la petición, pero ¿contra qué derechos los balanceas?

La sociedad chilena entiende que transparencia se contraponen a privacidad. Eso no es verdad. La transparencia se puede contraponer al honor de las personas, al debido proceso, al acceso a la justicia, al principio de inocencia, a la libertad de locomoción. En el fondo, hay múltiples derechos que se pueden ver involucrados en una solicitud de acceso a la información pública, pero si no los ponderas adecuadamente, dejas la escoba.

Es lo que está pasando ahora con las filtraciones. Lo que hacen con ellas es un prejuizgamiento social de una situación que después ni dios va a cambiar. Da lo mismo una sentencia absolutoria, porque como quedó en la sospecha de la prensa, es fatal. Sobre todo considerando que, por las lógicas de las redes de información, esa información no se va a borrar jamás. 



Rodrigo Ferrari,

acusado por Andrónico Luksic de suplantarle en Twitter:

“LOS INVESTIGADORES VIOLARON TODOS MIS DERECHOS DE PRIVACIDAD”

► Por María Eugenia González I.,

Periodista Unidad de Comunicaciones Defensoría Nacional.

- Por primera vez, el abogado Rodrigo Ferrari cuenta detalles de la investigación fiscal emprendida en su contra tras una denuncia del empresario. También cuestiona las irregularidades cometidas al pesquisar su caso por la Fiscalía, la policía y la compañía de telecomunicaciones en que tenía su cuenta.

Jueza sobresee a abogado que creó cuenta Twitter @LosLuksic

El Séptimo Juzgado de Garantía finalizó la causa al establecer que Rodrigo Ferrari no suplantó la identidad del empresario, sino que fue solo una parodia.

LESLIE AYALA C.

“Inexistencia del delito”. Esa fue la causal que acogió ayer la jueza Gabriela Capello —del Séptimo Juzgado de Garantía— para dictar el sobreseimiento definitivo de la investigación en contra del abogado Rodrigo Ferrari a quien se le imputó la

creación de una cuenta de Twitter @LosLuksic.

En su resolución, que aún es apelable, la magistrada señaló que “a todas luces” el contenido de esa cuenta “es a modo de sátira e ironía”. Para dictar la resolución la jueza Capello se remitió a la definición que la Real Academia Española

hecho a modo de ironía y no existe un compromiso de dañar la dignidad”.

Minutos antes de que la magistrada extinguiera definitivamente la acción penal contra Ferrari, el abogado defensor Carlos Ferrás dio cuenta de

posee uno de los

pos económicos. Asimismo, el juez Capello —del Séptimo Juzgado de Garantía— para dictar el sobreseimiento definitivo de la investigación en contra del abogado Rodrigo Ferrari a quien se le imputó la

Yo usaba bastante la plataforma *Twitter* como un divertimento”, confiesa el abogado Rodrigo Ferrari al narrar la historia que lo tuvo a él y a uno de los empresarios más poderosos de Chile como protagonistas. Este episodio es un ejemplo de las fronteras, todavía por definir, entre la protección de la honra y la libertad de expresión, en un contexto marcado hoy por el explosivo desarrollo de las nuevas tecnologías.

El profesional relata que para crear la cuenta parodia que motivó toda esta historia se inspiró en la donación hecha por la familia Luksic en la Teletón especial convocada tras el terremoto y maremoto del 27 de febrero de 2010.

“Hice una cuenta parodia que se llamaba ‘@losluksic’, caracterizada con una foto de los hermanos, que tenía un fondo de pantalla con dólares que caían del cielo. La cuenta se dedicaba a bromear, festinar y también a hacer un poco de crítica política sobre el poder de este grupo económico en Chile. Una crítica que hoy se sigue haciendo: es cosa de ver la TV y los medios informativos”, explica.

Según Ferrari, ese espacio no tenía mucho movimiento. “Cuando aparecía algo en las noticias, lo comentaba. Nunca fue nada ofensivo o difamatorio”, recalca. No obstante, su ‘divertimento’ inicial derivó en un proceso que llevó a este abogado a ser formalizado por usurpación de identidad, tras una denuncia del poderoso empresario.

-¿Cómo te diste cuenta de que algo pasaba?

-A los pocos meses, la cuenta fue cerrada por *Twitter* sin mayor explicación. Traté de ingresar y no pude, así que no le di más vueltas al tema y seguí con mi vida.

-¿El nombre ‘Los Luksic’ dejaba claro que los contenidos u opiniones eran a título personal?

-No. En ese momento la cuenta era ‘Los Luksic’ y la descripción decía: “Tenemos mucha plata”. Nada más. No se mencionaba que era una cuenta parodia. Eso recién ahora comenzó a ser una norma de buenas prácticas. No le di mayor importancia al cierre de la cuenta y nunca más volví a usarla, hasta que dos años después, en octubre de 2012, llegó la PDI a mi departamento.

-¿No te llamó la atención que te cerraran la cuenta?

-Me dio lo mismo. No era algo que yo quisiera defender. Además, tenía otras cosas que hacer. También tengo mi cuenta personal, que usaba sin ningún problema.

-¿Qué ocurrió cuando se presentó la policía en tu casa?

-A las 7:30 de la mañana llegaron tres detectives en una camioneta con balizas encendidas a tocar mi puerta. Los hice pasar y me dijeron que investigaban una querrela por usurpación de identidad de Andrónico Luksic. Me preguntaron si sabía algo. Les dije que conocía la cuenta, pero que no les iba a dar mayor información, porque no correspondía.

-¿Te explicaron cómo y por qué llegaron a tu domicilio?

-Me dijeron que habían hecho una investigación tecnológica y que todo apuntaba a mi persona, que investigaban tres cuentas de *Twitter* denunciadas por la familia Luksic: ‘@andronicoluksic’, ‘@losluksic’ y ‘@luksicandronico’. Dijeron que según toda la información preliminar, el uso y creación de esas cuentas estaban vinculados a mí. Les dije que desconocía el tema y me pidieron ver mi computador, para ver si las IP coincidían. Se los permití. No sé si cometí un error, pero tenía la convicción de que no había hecho nada malo.

-¿El que nada hace, nada teme...?

-Sí. Vieron que las IP no correspondían y, obviamente, no encontraron nada sobre la cuenta en mi equipo. Además, era una cuenta de 2010 y entre ese año y 2012 cambié de computador y la cuenta la habían cerrado. También les permití revisar mi celular: vieron que manejaba cuentas más comerciales y me dijeron que seguirían investigando. Firmé una declaración en la que decía conocer la cuenta, pero que no tenía más información.

SEGUIMIENTOS Y FOTOGRAFÍAS

-¿Qué hiciste después de la visita de los policías?

-Llamé a uno de mis amigos de la ONG Derechos Digitales para que me asesoraran y comenzamos a investigar en la Fiscalía, para ver de qué se traba esto. Llegamos a una carpeta de investigación donde había una querrela que llevaba dos años.

-¿Nunca nadie te notificó de esa querrela?

-Yo no estaba formalizado ni nada. A los pocos días me llegó una citación del fiscal Marcos Mercado, no recuerdo en qué calidad. Fui y ejercí mi derecho a guardar silencio hasta no tener acceso a la carpeta investigativa.

-¿Qué encontraste en la carpeta?

-Había una investigación de dos años de la Fiscalía, que incluía seguimientos a mi persona, como sospechoso. Había fotos tomadas al edificio donde vivo y a mi oficina. Consignaba relatos de mi supuesta rutina diaria de transportes y constaba que había dos detectives de punto fijo viendo qué hacía este sospechoso.

-¿Detectaste irregularidades?

-También tuvimos acceso a la investigación informática, donde se daba cuenta de un montón de irregularidades en la investigación. Por ejemplo: no sé cómo la Fiscalía se contactó con *Twitter* en Estados Unidos. Sin ninguna orden judicial, consiguieron los datos personales vinculados a la cuenta '@losluksic'. Esto quiere decir la IP, el nombre de usuario y el *e-mail* asociado. Como considero legítimo mi actuar, puse mi *e-mail* personal en la cuenta @losluksic, que en ese momento era mi cuenta de VTR. Nunca inventé una cuenta para que nadie me encontrara. Entonces ellos, con ese correo, solicitaron a VTR, nuevamente sin orden judicial, que entregara los datos del suscriptor de este correo electrónico y cliente de VTR, además de las IP que se encontraron como servicio prestado por VTR.

-Es decir, VTR entregó toda la información sobre ti. ¿Qué pasó con la privacidad del cliente? ¿La empresa no la resguardó?

-La empresa entregó nombre, RUT, teléfono y correo electrónico. VTR entregó toda mi información.

-¿Te revisaron los correos?

-No sé si tuvieron acceso, pero sí a los datos: eso está en las cartas que hay en la carpeta. Entonces, básicamente sin ninguna orden judicial violaron todos mis derechos de privacidad y se montó una historia sobre la autoría de estas cuentas en *Twitter*.

-¿Hubo más irregularidades?

- Otra irregularidad es que me imputaban la creación y administración de tres cuentas, pero no pudieron identificar ningún dato sobre la creación y administración de las otras dos -@andronicoluksic y @luksicandronico-, sino sólo de @losluksic. Las otras pertenecían a personas con una IP de Entel y nunca pudieron dar con ellas, por lo que prefirieron obviar ese detalle y me las imputaron a mí.

USURPACIÓN DE IDENTIDAD

-¿Por qué delito te formalizaron?

- Por usurpación de identidad, en febrero de 2013. Fijaron 90 días para investigar. Cuando fui citado, Marcos Mercado y su fiscal adjunto me ofrecieron un trato según el cual podía declararme culpable y me comprometía a hacer talleres de buen uso de *Twitter* en colegios. No acepté, porque en ningún caso me iba a declarar culpable de algo en lo que era inocente. Me llamó la atención la proactividad de estos abogados fiscales para llevar adelante esta causa, probablemente encandilados por el cliente, que era Luksic. Los fiscales estaban trabajando

para este importante empresario, porque no se entendía la inversión de recursos humanos, técnicos y un tiempo de dos años de investigación para algo que no tenía ningún sustento legal.

-¿Por qué usaron la figura de usurpación de identidad?

-Creo que hubo un mal asesoramiento de los abogados de Luksic. A él probablemente lo que le molestó es que alguien estuviera riéndose de él y su familia y no encontraron nada mejor que hacerlo pasar por una supuesta usurpación. Esa figura está pensada para un contexto en el que intento defraudar a otro haciéndome pasar por un tercero. Aquí no ocurrió nada de eso, no había ninguna intención de suplantar a alguien.

-¿Qué ocurrió después?

-Luego de ser formalizado y a los tres meses de investigación fuimos a la audiencia, y los abogados de Luksic me dijeron que estaban dispuestos a desestimar los cargos si les daba un plazo extra para verificar si las otras dos cuentas tenían alguna relación conmigo, porque eso no había quedado acreditado en la investigación. Creo que ahí notaron que las cuentas @andronicoluksic y @luksicandronico eran las únicas que -eventualmente- podrían ser acusadas de usurpación de identidad, pero no fueron creadas ni administradas por mí. En la carpeta no había ningún antecedente que me ligara a ellas. Me dijeron 'si suspendemos la audiencia y se acredita que estas dos cuentas no tienen que ver contigo, desestimamos los cargos'. Les dije que no, porque teníamos suficientes pruebas para decir que este caso no tenía ningún sustento jurídico. En la audiencia dimos cuenta de todos estos antecedentes y de las irregularidades de la Fiscalía, que repitió lo mismo de la formalización, porque no tenía mayores antecedentes. Finalmente, la querrela fue desestimada, la causa fue sobreseída y se declaró mi inocencia por sentencia judicial.

SOSPECHOSO A PÁGINA COMPLETA

-¿Cómo fue el tratamiento de la prensa?

-Junto al proceso judicial estuvo el asedio de la prensa, especialmente el diario *La Tercera*. Ahí hay un periodista, Sebastián Labrín, que hasta hoy escribe ahí, y que reportaba cada paso de la investigación. Fue muy duro tener que ver mi foto en la página 6 de *La Tercera* a página completa, sobre una noticia que no tenía ningún sustento legal y que sólo era noticia por la identidad del querellante.

-¿Alguna vez *Twitter* o VTR tomaron contacto contigo para darte una explicación?

-Nunca. Nadie me llamó.

-¿Qué piensas sobre las normas de privacidad que, según explicas, se pasaron a llevar en tu caso?

-La ley dice que para que se pueda tener acceso a los datos personales debe haber una orden judicial. En este caso nunca hubo una orden judicial, porque fue una investigación llevada sólo por la Fiscalía. No consta en la carpeta ninguna autorización ni otorgamiento judicial para requerir datos para una investigación.

-Entonces, ¿cómo se explica esta violación de datos personales sin orden judicial?

-La Fiscalía se basó en un acuerdo policial entre Chile y Estados Unidos para la persecución de delitos como pornografía infantil o lavado de dinero, donde sí se puede pedir información. Siempre me llamó la atención haber encontrado en mi carpeta de investigación unos papeles de otra causa paralela, en la que efectivamente la Fiscalía pedía a *Twitter* información sobre determinados usuarios, en el marco de una investigación sobre redes en internet.

Creo, y esto es especulación mía, que aprovecharon una solicitud de esa investigación para meter la solicitud de mis datos personales. De otro modo no entiendo qué hacían esos documentos en mi carpeta. Pedí que fueran retirados, porque imagínate: si un periodista tenía acceso al expediente iba a pensar que yo estaba metido en una investigación por delitos bastante más graves. Ellos se valieron de este acuerdo entre las policías para pedir mis datos sin previa autorización judicial.

-Algo muy grave...

-Tiendo a pensar que hubo mucha presión del querellante, de su estudio de abogados en Chile y Estados Unidos, para poder facilitar la solicitud y otorgamiento de datos en Estados Unidos.

-¿Cómo interpretas tantas irregularidades?

-Si el fiscal no es suficientemente claro para decir cómo obtuvo los antecedentes que sustentan su investigación, uno tiene el derecho a especular acerca de la legalidad de sus diligencias, porque claramente el acuerdo entre policías para investigar determinados delitos no entra en el tipo penal que él investigaba contra mí, que era usurpación de identidad. Por tanto, no debería haber podido acceder a la información que manejaba sin orden judicial. En ese contexto, que explique por qué usó un acuerdo que no cabía o si tuvo otros recursos para poder hacer esa investigación.



-¿Pediste explicaciones a VTR, *Twitter* o a los abogados de Luksic por esto?

-No. El contexto, sobre todo laboral de ese momento, me contuvo de hacer muchas cosas, básicamente porque quería que esto se acabara. No quería seguir saliendo en la prensa y convertirme en un tema. Toda mi vida he sido de muy bajo perfil, así que despertarme un día, revisar *La Tercera* y ver una foto mía saliendo de un tribunal con cara de compungido, con un texto que decía ‘abogado formalizado’, fue un choque para mí y para mi familia, que no supieron de esto hasta ese día. Nunca los quise asustar y ellos me apoyaron siempre. Se sumó el asedio de la prensa, de querer que yo hablara sobre el tema. Pero no quería hacer más ruido ni que me afectara laboralmente. Por eso preferí callar. No hice ninguna interpe-lación a *Twitter*: sí mandé una carta a VTR pidiendo explicaciones de por qué se había entregado mi información. Nunca me respondieron y tampoco insistí, porque no quería saber más. Esta es la primera vez que hablo más relajado del tema, porque en el fondo no es fácil defenderse frente a alguien tan poderoso como Andrónico Luksic.

-¿Qué sentiste ante esta ‘proactividad’ de la Fiscalía y la policía en este caso, en que se vulneró la privacidad de un ciudadano?

-Había dos presiones muy fuertes. Una, sentirse perseguido por alguien poderoso, que normalmente hace lo que sea para lograr sus objetivos, y en este caso el objetivo del querellante era que yo fuera responsable de lo que él creía que yo había hecho. Pero quizá lo más chocante fue sentir cómo el Estado estaba sirviendo o estaba cayendo en armar un caso que no tenía sustento. Un abogado joven, con menor experiencia que un fiscal, se daba cuenta de cómo las piezas se ponían deliberadamente en determinados lugares, para que la investigación tuviera un sentido favorable a los intereses del querellante. Y la Fiscalía no va a prestar dos años de recursos, tiempo y

gente para una cuestión que no tiene ningún sustento. A los meses de que esto terminó, el fiscal Mercado renunció a la Fiscalía y se fue al Tribunal de la Libre Competencia. Fue todo muy insólito. Mercado iba un curso más arriba que yo en la universidad y nos conocíamos. Me costaba mucho entender toda esta mesa de cumpleaños que se estaba armando sin ningún sustento.

-¿Alguien te dio disculpas o hubo rectificación en los diarios?

-No. De hecho, el día de la sentencia absolutoria lo único que me dijo el abogado de Luksic fue 'nos vemos en la Corte'. Por alguna razón no apelaron, lo que me llamó la atención, porque estaban muy convencidos de que tenían un caso. No apelaron, la sentencia quedó ejecutoriada y la causa cerrada.

-¿Y el fiscal Mercado te dijo algo, dado que se conocían?

-No. Creo que Mercado estaba absolutamente obnubilado por la posibilidad de llevar a la cárcel a alguien que había osado usurpar la identidad de una persona como Andrónico Luksic. Independientemente de eso, no era yo la persona que tenían que buscar, ni la investigación que tenían que hacer, ni la causa que tenían que armar. Estaba todo mal. Pero insistieron dos años con recursos de todos los chilenos para perseguir, como si hubiese sido un narcotraficante, a una persona que lanzaba bromas por *Twitter*. Se usaron recursos que no corresponden y amoldaron una figura penal a un caso que no tenía nada que ver.

NO SIEMPRE LA SOLUCIÓN ES LEGISLAR

-Tu caso ha sido noticia y en otros lugares muchas personas son perseguidas por casos vinculados con internet e incluso con penas de cárcel. En Chile no hay legislación alusiva. ¿Qué opinas de esto luego de lo que debiste vivir?

-Siempre va ser fácil decir 'hay que legislar'. El tema es que las leyes sirven para poner sobre un papel oficial las normas que tenemos en cuanto a cómo nos comportamos unos con otros. No creo que haya mucha diferencia entre el contexto análogo y digital, en el sentido de que nos comportamos igual en la calle que en internet. En el paseo Ahumada tú escuchas un montón de cosas y en internet ocurre lo mismo. Creo que los medios de comunicación aprovechan mucho la noticia fácil que hay en las redes sociales. Se crea la viralización de la información, se crean las denuncias falsas. Se hace un montón de daño en internet, es cierto, pero no me queda claro cómo regular eso en el contexto de internet.

-¿Crees que las normas necesarias para abordar estos casos ya existen?

-En mi caso, si Luksic sentía que estaba siendo injuriado existe ese tipo penal y él perfectamente se podría haber querellado por la creación y administración de una cuenta que encontraba injuriosa. Y vamos a tribunales y discutimos si es o no injurioso. ¿A qué tengo derecho yo? ¿Tengo derecho a la crítica política? ¿Al humor social? A lo mejor un juez piensa que no y luego lo discutiremos en la Corte y podremos llegar a un tribunal internacional incluso.

Mi problema puntual es que hubo una persona que con el fin de proteger su dignidad, intentó amoldar la ley y el funcionamiento del sistema para la persecución de un fin particular. Luksic quería que el Estado de Chile adaptara las normas para que la persona que según él lo estaba afectando se hiciera responsable de algo, pero de algo que yo no había hecho.

¿Dónde está el problema?

-El problema no es la ley, sino las personas y cómo utilizan los medios. La tecnología es neutra: el tema está en cómo la usamos. Yo perfectamente podría haber creado una cuenta y haberme dedicado a sacarle la madre a Luksic, haberlo difamado, haber 'fotoshopeado' imágenes obscenas para subirlas a *Twitter*. No lo hice porque no es parte de mi manera de ser. Si revisas mi cuenta, no soy de las personas que putea contra todos en *Twitter* y no ando gritando en la calle tampoco. Me gusta discutir con argumentos. Podemos regular las cosas, pero no deja de provocarme muchas aprensiones ver cómo se va a regular y en qué momento comenzamos a construir muros: 'no se puede hacer esto', 'no se puede hacer esto otro'. Un día nos vamos a levantar y vamos estar como encerrados en una pieza, porque hemos construido tantas barreras, tantas murallas...

-¿No crees que es necesario legislar en este ámbito?

-Hay una norma general para eso, que es que todo daño debe ser reparado. Eso te lo enseñan en primer año de derecho y, en ese contexto, el daño que se produce a una persona que fue injustamente imputada deriva en una serie de cosas: apariciones en la prensa, gente que la echaron del trabajo, que pierde su familia. Son daños que, por regla general, tienen derecho a ser resarcidos. Entonces, si queremos especificar sobre los daños que se producen ante una difamación en la prensa por permanencia de información errónea o falsa en redes sociales, me parece bien, pues los medios de comunicación no son lo suficientemente rigurosos para tomar cartas en el asunto y hacerse responsables del daño que se provoca a la gente.

Si los buscadores de internet no son lo suficiente prolijos y éticos para hacerse cargo del daño que producen, por ejemplo poniendo una información errónea o falsa en la red, entonces hay que legislar para que lo hagan obligados por la ley. Por eso digo que existen normas. Uno debe actuar de la forma correcta, pero no porque haya una amenaza de sanción. Si me equivoco, trato de reparar lo que hice y pido perdón.

-En tu caso no hubo reparación...

-De nadie. A los medios les da lo mismo, al Estado le da lo mismo y a Luksic le da lo mismo. En Chile no existe la cultura de hacerse responsable de los daños. Si merezco reparación, debo reclamarla judicialmente y la contraparte siempre que-rrá minimizar su responsabilidad.

-¿No te parece paradójico que, tras acusarte por esta cuenta de Twitter, Andrónico Luksic usara recientemente Youtube para enviar un mensaje masivo?

-Me enterece un poquito la forma en que Luksic tuvo que enfrentarse a las nuevas tecnologías. Hay un dato: su hijo tiene una cuenta de Twitter muy poco conocida, que se conoció cuando salió el video. Esa cuenta la creó, si no el mismo día, la misma semana en que yo hice la cuenta @losluksic. Muy probablemente, cuando él creaba su cuenta, buscó los nombres y vio las cuentas ocupadas, se preguntó “qué es esto de @losluksic”. Quizá le dijo a su padre: ‘Me hice una cuenta en Twitter y mira todas estas cuentas que hay con tu nombre y foto’. Y claro, el señor, sin entender nada, pidió que se hicieran cargo del tema. Ahí pudo venir el mal asesoramiento y luego se armó este tongo sobre la usurpación de identidad.

En una opinión absolutamente personal, estamos ante una persona que está tan desconectada de la realidad de lo que está pasando fuera de su ámbito social... Él vive en su torre de marfil de los negocios, lo que es legítimo, pero vive tan desconectado, que tiene estos comportamientos erráticos que, en el fondo, parecen un poco ridículos, como esa auto entrevista en Youtube.

Si Luksic conociera algo de cómo se manejan las redes sociales, sabría que hacer ese video es una fuente inagotable de bromas para un contexto como el de las redes sociales, donde la gente se ríe, hace parodias y se toma muy poco en serio los temas. De lo único que da cuenta es de su inexperiencia, desconocimiento y, sobre todo, del mal asesoramiento de la gente con la que trabaja.

► “Esta es la primera vez que hablo más relajadamente del tema, porque en el fondo no es fácil defenderse frente a alguien tan poderoso como Andrónico Luksic”.

Yo hice una cosa totalmente legítima: parodia, crítica social. Hay un programa de televisión en el canal de Andrónico Luksic que se dedica a hacer parodia de él mismo (Yerko Puchento, en “Vértigo”). No sé por qué la agarró conmigo, si tiene en su estudio de televisión a un actor disfrazado de él.

-En tu caso, ¿tuviste alguna otra repercusión en tu trabajo, familia, amigos?

-Afortunadamente no, pero implicó un trabajo. Tuve que manejar bien la insistencia y la provocación de mucha gente. En esa época estaban los *talk shows*. Como si me conociera, la doctora Cordero hablaba de este ‘niño hijo de sus papás, tonto, que hace estas cosas’. Todo eso requiere un esfuerzo. Decir: me lo como solito, callado. Es un trabajo que no me afecte. Perfectamente podría haber salido a pelear por Twitter y dar entrevistas para tratar ingenuamente de proteger mi dignidad. Defendí mi integridad y dignidad en tribunales, donde tenía que hacerlo, y ahí quedó demostrado.

MUCHAS EXPLICACIONES

-¿Qué pasa hoy cuando buscas trabajo o te presentas ante otras personas?

-Cuando pido trabajo con cierta exposición o me presento en alguna reunión tengo que hacer un *disclaimer* (discurso). Como he tenido cargos en la administración pública en el ámbito de las comunicaciones y la política, tengo que hacerlo siempre. Participé en esto, soy inocente.

-¿Te has presentado en algún lugar donde te han googleado y hablan del caso?

-No, nunca. Sí fue un muy mal rato que me afectó mucho en la vida cotidiana. Fue levantarse todos los días y ver si el diario venía con alguna noticia sobre uno, pensando que quizá me iban a buscar. Mis papás estaban preocupados. Afortunadamente, en el ambiente que trabajo me conocen mucho y saben que no soy un delincuente.



-¿Qué piensas del derecho al olvido?

-Si hoy no somos capaces, con las normas que tenemos, de hacernos cargo y ser responsables en el actuar, es súper válido plantearnos que existan normas que obliguen a la gente a comportarse responsablemente. Son las tecnologías que avanzan y somos nosotros quienes tenemos que ponernos al día en lo que está sucediendo, para que el principio de que todo daño debe ser reparado se aplique. Esa es la regla.

-¿Qué piensas de la 'huella digital' que conserva incluso información errónea sobre una persona, accesible en un buscador?

-Desconozco las políticas del buscador *Google*, pero si el buscador X quiere funcionar en Chile, tiene que ajustarse a las normas públicas, no sólo a las privadas, y si las públicas son más estrictas que las privadas, hay que cumplirlas. Lo que tiene que existir es voluntad política de querer hacer este esfuerzo, que a lo mejor a *Google* le va a generar menos visitas, porque la gente busca las cosas más polémicas. Para *Google* serían menos *clicks*, menos publicidad y menos plata. Para ellos, borrar una noticia popular pero falsa es un problema, porque deriva en menor tráfico.

-¿El gobierno debería entrar a este debate?

-El Estado debe ser lo suficientemente claro en decir que su prioridad son los ciudadanos, no las empresas que rentan o lucran con el daño que se le puede hacer a un ciudadano. Entonces, nosotros como Estado vamos a hacer todos los esfuerzos posibles y vamos a obligar a todo el mundo a lo que sea necesario para que esa persona esté bien. La vida de una persona que se destruye por una noticia falsa es más importante que los 2 mil diarios que venderán por haber sacado esa noticia, o los dos millones de visitas que tendrá *Google*.

-¿La Tercera nunca te ofreció disculpas?

-No. ¿Por qué podrían hacerlo? Porque hubo un sesgo en cómo reportearon el tema.

-¿Y no pediste rectificación?

-No. Quizá podría haber pedido rectificación, podría haber exigido indemnización a VTR por haber pasado mis datos. Podría pedir recuperar esa cuenta de *Twitter*. No hice un montón de cosas, principalmente por mi trabajo.

-¿En qué ámbitos se debería avanzar en el escenario digital para casos como este?

-Se podría avanzar en las políticas de uso de las redes sociales para prevenir ciertos casos y en el proceso de identificación del usuario. Voy más allá: *Twitter* debería ser más riguroso en sus políticas de uso, para que cuando alguien abra una cuenta lo haga con su nombre verdadero, y si quiere hacer una cuenta parodia lo haga sin tener que esconderse o no necesite ir a 'guerrilla mail' para hacer un perfil. Si alguien hace una cuenta para estafar o difamar, tendrá que hacerse responsable. El que nada hace nada teme: si tengo un comportamiento legítimo y legal en el entorno digital, no debería tener problemas en identificarme y decir quién soy.

No creo que la respuesta para todo sea legislar. Cuando los parlamentarios se ponen creativos terminamos poniéndonos la soga al cuello. Cada uno es responsable en el uso de la tecnología, bajo normas que son mucho más antiguas que internet. Estoy de acuerdo en avanzar en esas normas, y si eso significa aplicar el derecho al olvido, que así sea y que los medios tengan que hacerse cargo pecuniaria y tecnológicamente de resarcir el daño que causan con el interés de querer vender diarios. Legislar me provoca aprensiones, porque no sé con qué sesgo se van a hacer las cosas. Darle la posibilidad a unos pocos, que no hacen muy bien la pega, de definir cómo tenemos que definir nuestras vidas no me da confianza.

-Si hubieras sido el abogado de Luksic, ¿cuál habría sido tu consejo?

-Le hubiera dicho: 'don Andrónico, entiendo que esto le moleste, pero son los costos que tiene que pagar por ser una persona conocida y poderosa. Va a ser objeto de este tipo de cosas o peores, así que no se gaste la plata que pretende gastar en perseguir esta tontera'. 🇨🇱



Por **Por Elisa Forever (@Nellatronic)**
y **Pancho Defensor (@panchodefensor)**.

DIGNIDAD, INFORMACIÓN PÚBLICA Y DERECHO AL OLVIDO

► La posibilidad de borrar datos de internet un tema controvertido por definición, pues implica la colisión de al menos dos derechos muy relevantes, en el contexto de un debate que todavía está en pañales en nuestro país. Por eso, “Revista 93” recurrió a *Twitter* para conocer la posición de distintos líderes de opinión en torno a esta discusión, a partir de tres preguntas centrales:

- 1. ¿Cree usted que la legislación en Chile protege la dignidad de las personas en internet?**
- 2. A su juicio, ¿qué derecho debe primar en internet: el derecho al olvido o el derecho a la información?**
- 3. ¿Dónde cree usted que está el límite de la protección de la vida privada en internet?**



Luis Barrales

@luis_barrales
Dramaturgo y director de teatro.

Luis Barrales @luis_barrales

1. “Me da la impresión de que la legislación no la protege ni siquiera en la vida material. Creo que es todavía un territorio desregulado. Por la inédita posibilidad de ‘igualdad de comunicación’ que genera, ha sido territorio fértil para que los que han sentido alguna vez su dignidad material afectada, se descarguen en contrario”.
2. “Un derecho (al olvido) necesariamente puede ejercerse sólo cuando el otro ya se ha ejercido. Entonces, en mi opinión la prevalencia se manifiesta por sí sola. Sin embargo, el derecho al olvido escasamente es ejercido y no hay garantía al respecto”.
3. “Primero actúa la auto regulación y ésta es, en mi opinión, el límite *a priori* que el resto debiese respetar. Si un sujeto no ha revelado algo de su vida privada, no debiese entenderse como susceptible de ser revelado por los demás. Las excepciones deben existir, por cierto, por ejemplo cuando la vida privada está ligada indisolublemente a la comisión de delitos”.



Ana Piquer

@AnaAmancay
Directora ejecutiva de
Aministía Chile.

Ana Piquer @AnaAmancay

1. “No, no da suficiente protección”.
2. “Ambos están reconocidos como derechos humanos. Es imposible dar una respuesta única, en que siempre uno prime sobre el otro”.
3. “Las injerencias en la vida privada (en cualquier ámbito) deben estar siempre establecidas por ley, tener un fin legítimo y ser necesarias y proporcionales para cumplir ese fin”.



Alberto Precht

@albertoprecht
Director ejecutivo de Chile
Transparente.

albertoprecht @albertoprecht

1. “No contamos con ningún mecanismo específico que nos permita proteger información privada o sensible de las personas en internet. La Ley N° 19.628 no está acorde a los requerimientos de hoy”.
2. “Hay que ponderar cada caso. El derecho al olvido debemos incorporarlo a nuestra legislación, pero protegiendo los espacios en donde el acceder a información es de interés público”.
3. “El límite lo pone cada persona, toda vez que acepta compartir datos personales y decide qué información pone a disposición de terceros”.



Mónica Rincón

@tv_monica
Periodista, conductora de
CNN Chile.

Mónica Rincón @tv_mónica

1. “En general, la legislación en Chile en diversas áreas va más lento que las necesidades de la población (un ejemplo son los delitos de cuello y corbata, que tienen penas ridículas en el caso del soborno y del cohecho, que parten en 61 días, como vender un CD pirata, o que aún exista una ley, que recién se anunció su derogación el 21 de mayo, que permitía pagar menos del sueldo mínimo a las personas con discapacidad mental. Dicho esto, sucede lo mismo con internet y todas las redes sociales: la realidad superó hace rato la legislación existente”.
2. y 3. “Creo que es bueno proteger la intimidad y el derecho al olvido, pero esa protección no puede estar por sobre el derecho a la información. Debe ponderarse caso a caso con ciertos criterios, como que no toda actividad privada es de interés si no afecta el desempeño público de una autoridad, que las autoridades tienen un umbral de protección más bajo que un ciudadano común (y Chile así lo suscribe, desde que derogó las leyes de desacato).



Claudio Nash

@cnashr

coordinador académico del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Claudio Nash @cnashr

1. “La legislación vigente es insuficiente para una protección efectiva del derecho a la dignidad de las personas en el ámbito de los datos personales relevantes que están alojados en medios con acceso abierto. Si bien este es un derecho reconocido constitucionalmente e internacionalmente, su concreción normativa no es adecuada, ya que no existen obligaciones claras para quienes administran esta información y tampoco hay mecanismos para reclamar en caso de que una persona se sienta afectada en su dignidad.
2. “Como en todo conflicto entre principios que consagran derechos, no podemos tener una solución *ex ante*. Habrá que analizar en cada caso el grado de afectación a la dignidad que supone mantener información en red. En el caso penal, la limpieza de imagen o derecho al olvido parece merecer un tratamiento especial, atendida la carga simbólica asociada a la persecución penal. En caso de haberse declarado inocente o habiéndose acogido una revisión, el derecho al olvido no está vinculado únicamente al tiempo involucrado, como ha sostenido la Corte Suprema recientemente, sino que también al interés social de acceder a esa información. Para mantener accesible la información debiera existir un interés social imperativo asociado, de tal entidad que justifique la afectación del derecho a la privacidad de los datos personales. Por ejemplo, en el caso de autoridades públicas ese interés es mayor y, por tanto, el derecho a la información debe prevalecer”.
3. “Las injerencias en la vida privada (en cualquier ámbito) deben estar siempre establecidas por ley. El límite a la protección de la vida privada en internet está en el interés social de conocer ciertas informaciones relativas a un individuo. Si no existe un interés social involucrado, no hay razones para que la persona no pueda acceder a su derecho al olvido. En el caso penal, frente a inocentes que se han visto sometidos a persecución penal, la balanza se inclina a favor del olvido. Cuando hay un interés social (condenados) y ha pasado el tiempo, puede haber olvido, pero se deben tomar medidas para restringir ese acceso a la información, aunque dicha información debe seguir siendo disponible”.



Freddy Stock

@freddy_stock

Periodista, conductor del programa “Palabras sacan palabras” de radio Futuro.

Freddy Stock @freddy_stock

1. “En general, nuestra legislación es anticuada en muchos aspectos. Éste es uno de ellos”.
2. “No veo que sean conceptos antagónicos... más bien los veo complementarios”.
3. “Los límites a la vida privada son impuestos por la sociedad y el interés público. Cosa distinta es el derecho a la intimidad, que es aquello que no has transado en pro de una figuración pública”.



Laura Albornoz Pollmann

@lauralbornoz

Profesora de derecho civil Universidad de Chile.

Laura Albornoz Pollmann @lauralbornoz

1. “Entiendo que la vigilancia en internet es usada en nuestro país con el propósito de resguardar el orden y prevenir el delito, como las llevadas adelante por el Ministerio Público y las policías, especialmente la civil, y respecto de personas que están siendo investigadas. Sin embargo, sobre la base de muchos de los antecedentes que se tienen a la vista, uno podría afirmar que el Estado de Chile estaría afectando el derecho a la privacidad al no cumplir con los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad y pudiendo afectar, además, otras garantías constitucionales, como la libertad de expresión”.
2. “Es relativo y depende de la naturaleza de los hechos. El derecho al olvido es un derecho legítimo, pero no puede significar o constituirse en una cortapisa, por ejemplo del periodismo investigativo, como en casos de corrupción política o económica, del control del accionar de personas, o en el caso de abusos sexuales o de violencia de género. Se pueden borrar de internet transcurrida la condena, pero no de los archivos judiciales”.
3. “En el interés público, demostrado en que algo que produce una persona debe ser puesto en conocimiento de la ciudadanía. Lo que lo determina es el contexto. El límite son las expectativas razonables, dependiendo de la función y el rol que se desempeña, y se construye dependiendo del contexto. La privacidad es contextual, depende del lugar, el momento, la calidad que se ocupa, etc.”.

A close-up, high-angle photograph of a black computer keyboard key with the word "Delete" embossed in white. The key is the central focus, with other keys blurred in the background.

Delete

CONSENSOS PARA UN DERECHO AL OLVIDO DIGITAL

▶ En el siguiente texto, sus autoras desmenuzan los componentes del complejo debate entre derecho al olvido y derecho a la información. Señalan, de paso, que la normativa vigente en Chile es insuficiente, aunque recientes fallos de tribunales parecen apuntar en el sentido correcto.

▶ Por **Romina Garrido Iglesias**
y **Jessica Matus Arenas**,
fundadoras de la ONG Datos Protegidos.



Frente a los derechos de privacidad y protección de datos, internet pareciera implicar más riesgos que beneficios. Cierto es que gracias a la red podemos acceder muy fácilmente a mucha información, pero esa ventaja es directamente proporcional al impacto negativo que provoca en la privacidad, la honra y la reputación de las personas, cuando sus datos son expuestos sin consentimiento o cuando se pierde el control sobre información voluntariamente compartida.

La información es un bien jurídico de extraordinario valor y cuando tiene el atributo personal, se hace indispensable para el desarrollo del sector público y privado, pues mueve intereses económicos.

Para acceder al conocimiento e interactuar con nuestro entorno son necesarias la divulgación, el procesamiento y el acceso a datos¹, muchas veces personales. Internet y los buscadores *web* lo han facilitado, lo que se traduce en lo que el Tribunal Europeo, en la conocida sentencia del caso Costeja -que consagró el derecho al olvido- ha denominado 'hiperaccesibilidad', debiendo equilibrarse esfuerzos de los intereses individuales, privados y públicos, donde una ley -o la tecnología- restaure la posibilidad de control.

Es un asunto muy amplio, con aristas complejas cuando están en juego las libertades de prensa e información y son los medios de comunicación los que justamente difunden datos personales.

Una iniciativa que busca relevar la importancia de consagrar un derecho al olvido digital es el "Proyecto Inocentes" de la Defensoría Penal Pública, que expone la problemática actual de la circulación y difusión de hechos y datos personales en internet en casos muy dramáticos, como acusaciones o informaciones en medios de prensa de personas imputadas que después han sido declaradas inocentes.

¿Cómo compatibilizar el acceso a la información de los medios en internet con las garantías del control de la

información personal? La respuesta pudiera estar en la consagración de un derecho al olvido digital, definiendo claramente su naturaleza, objetivos y quiénes resultan obligados.

NATURALEZA: PROTECCIÓN DE DATOS

Es indispensable reconocer que este particular derecho al olvido digital se articula en el derecho a la protección de nuestros datos personales, es decir a controlar nuestra información personal contenida en medios informatizados o manuales y que, además, sea tratada en condiciones de licitud, lo que se garantiza con el ejercicio de una serie de derechos.

En muchos países americanos y en toda la Unión Europea la protección de datos es una garantía constitucional, desarrollada en leyes generales y ejercitada por autoridades garantes independientes. Pero pese a la penetración y uso de internet y las redes, en Chile este derecho es casi desconocido y muy poco desarrollado. En fallos recientes, el Tribunal Constitucional ha reconocido implícitamente la garantía de protección de los datos personales como la facultad de control de la propia información frente a su tratamiento automatizado, ubicándola en la garantía constitucional a la vida privada y a la honra de las personas.

La protección de datos encuentra su propio marco de acción en la Ley N° 19.628, que no tuvo el tratamiento de una ley de desarrollo de la garantía constitucional de privacidad o intimidad. Su objeto, primero, fue consagrar un sistema de protección civil del derecho a la intimidad, tras reconocer que para el desarrollo de la vida en sociedad es necesario que la información circule libremente, siempre cuidando su manejo, referido a las personas físicas o naturales.

Sin embargo, durante su tramitación quedó claro el interés de quienes participaron por legalizar el mercado del tratamiento de datos personales, en particular los datos tratados por los burós de créditos, abundando la intervención de empresas cuyo modelo y capital de negocio está constituido por los datos personales. Hasta hoy, nuestra ley de datos ha tenido nullos o muy bajos mecanismos de cumplimiento.

¹ Suarez, J. M. A. C. (2003). La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática. *Revista Chilena de Derecho Informático*, (2). Citada por Suarez, J. M. A. C. (2003). La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática. *Revista Chilena de Derecho Informático*, (2).

Segundo, la ley no se refiere a los datos en internet y exige expresamente a los medios de su aplicación. Pareciera desalentadora la situación de que se publique información personal por los medios, sea de un inocente o de cualquiera de nosotros. No obstante, la ley consagra principios y derechos aplicables que deben ejercerse en tribunales, pues Chile no tiene un órgano garante facultado para entregar criterios en el tratamiento de los datos personales en contextos noticiosos.

Tercero: el tratamiento de datos es una actividad libre, que cualquiera puede realizar respetando ciertos límites dados por los derechos de las personas y, en particular, por los contextos de las libertades informativas. En este sentido, la proliferación de los medios en internet desafía el ejercicio de los derechos fundamentales en red, vinculados al honor, la honra, la dignidad y la privacidad porque, como dijimos, la ley chilena prevé como excepción al tratamiento de datos aquellos efectuados en ejercicio de las libertades de opinar y de informar, regulado por la ley a que se refiere el artículo 19, N° 12 de la Constitución.

Recordemos que el tratamiento de datos implica cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, automatizados o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma².

Comprender esta definición es indispensable para determinar quién resulta obligado frente a este derecho al olvido. La ley chilena define entre estas operaciones, las siguientes:

- **Almacenamiento:** operaciones destinadas a la conservación o custodia de datos en un registro o banco de datos.
- **Comunicación o transmisión de datos:** dar a conocer de cualquier forma los datos a un tercero distinto del titular, determinado o indeterminado.
- **Modificación de datos:** todo cambio en los datos contenidos en un fichero o registro de banco de datos.

² Ley 19.628. <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=141599>

“La ley en Chile sólo reconoce la oposición respecto del uso de los datos personales con fines de publicidad, investigación de mercado o encuestas de opinión. Ello parece inadecuado y debe corregirse, dado que restringe una de las facetas del derecho a la protección de datos a una actividad específica”.

- **Procedimiento de disociación de datos:** todo tratamiento de datos personales de manera que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona determinada o determinable.
- **Bloqueo de datos:** suspensión temporal de cualquier operación de tratamiento de los datos almacenados.
- **Eliminación o cancelación de datos:** destrucción de datos almacenados en un registro o banco de datos, cualquiera sea el procedimiento para ello.

Por otra parte, la ley reconoce a las personas una serie de derechos respecto de sus datos personales: a acceder a ellos, a modificarlos, a cancelarlos y a oponerse en ciertos casos a su tratamiento. Así, la protección de datos es un derecho instrumental, pues muchas veces el acceso, rectificación, cancelación u oposición se ejercerán para proteger o ejercer otro derecho: la privacidad, la honra, el acceso a la salud, a la educación y a la identidad sexual, entre otros.

OBJETIVOS DEL DERECHO AL OLVIDO

En lo que interesa, dependiendo del sujeto que resulte obligado, un olvido en internet podrá significar una cancelación o una oposición al tratamiento de datos personales. La cancelación es el borrado o eliminación de datos cuando su almacenamiento carece de fundamento legal o cuando el dato ha caducado. Este derecho está consagrado en los artículos 6 y 12 inciso tercero de la Ley N° 19.628.



La ley también define que un dato caduco es el que ha perdido actualidad por disposición de la ley, por el cumplimiento de la condición o por la expiración de su plazo de vigencia o, si no hubiese norma expresa, por el cambio de los hechos o circunstancias que consigna. El de oposición es el derecho a exigir que se cese en un tratamiento de datos por revocación del consentimiento o porque no hubo consentimiento previo.

La ley en Chile sólo reconoce la oposición respecto del uso de los datos personales con fines de publicidad, investigación de mercado o encuestas de opinión. Ello parece inadecuado y debe corregirse, dado que restringe una de las facetas del derecho a la protección de datos a una actividad específica.

Para ejercer estos derechos, el afectado debe dirigirse al responsable del banco de datos, que es el conjunto organizado de datos personales, y solicitar la eliminación del dato caduco, según el procedimiento señalado en el artículo 16 de la misma norma, siempre y cuando no se trate de un tratamiento amparado por la ley de prensa.

Entonces, ¿de qué hablamos precisamente con ‘derecho al olvido’? Esto debe responderse considerando la mínima afectación de las libertades informativas -cuando estén en juego-, evaluando la necesidad o conveniencia de la perpetuidad de la información personal en la red, versus la afectación de derechos fundamentales. Es decir, cómo logramos mantener la información y reducir la afectación de derechos del individuo, lo que se verifica en mayor medida con la oposición al tratamiento.

Sin embargo, en el entorno de internet ya no hablamos de un responsable y de una base de datos en el sentido de la ley chilena. Hablamos de datos en la nube, en la red, en el ciberespacio. No es un espacio organizado, creado para un procesamiento específico, como tradicionalmente entendemos una base de datos.

Las amenazas para las personas en el manejo de sus datos personales se amplifican a través de diversas acciones u operaciones de tratamiento: rastreo en internet, seguimiento, vigilancia, acumulación de información personal dispersa en la *web*, rastro digital mediante nuestras actuaciones reales o en línea, lo que va acumulando información sobre nosotros.

Dicho rastro tiene la capacidad de interrelacionarse y de esto deriva el problema y la necesidad de reconocer un derecho al olvido digital, debido al efecto multiplicador de los atentados a diversos bienes jurídicos por la hiperaccesibilidad³ de la información.

El nuevo Reglamento Europeo 2016/679⁴, que rige desde el 25 de mayo pasado, dispone en su artículo 17 que las personas tienen derecho al olvido, es decir “a que se supriman y no se traten sus datos personales, en caso de que ya no sean necesarios para los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo, de que los interesados hayan retirado su consentimiento para el tratamiento, de que se opongan al tratamiento de datos personales que les conciernan o de que el tratamiento de sus datos personales no se ajuste de otro modo a lo dispuesto en el Reglamento. Este derecho es particularmente pertinente si los interesados hubieran dado su consentimiento siendo niños, cuando no se es plenamente consciente de los riesgos que implica el tratamiento, y más tarde quisieran suprimir tales datos personales especialmente en Internet” (Párrafo 65).

De su lectura se desprende que se considera en este olvido la supresión de datos o cancelación.

RESPONSABLES: ¿EL MEDIO O EL BUSCADOR?

Para entender el derecho al olvido digital debemos comprender cómo funciona la *web*, que es un conjunto de páginas relacionadas entre sí a través de hipervínculos, almacenados en servidores ubicados en todo el mundo, sobre los cuales se usa un direccionamiento global conocido como *URL* (localizador uniforme de recursos).

Cada página posee contenido representado de diversas formas, al que se accede o que se difunde. Puede tratarse de datos personales, que para estar en internet precisan de operaciones sobre ellos. Dispuestos en la red como contenido de un medio de comunicación, estos datos permitirán el desarrollo de la libertad de información mediante la identificación de personas vinculadas a un hecho relevan-

3 Garriga, D. A. (2013) Derechos Humanos y Protección de Datos Personales en el siglo XXI. Homenaje a Cinta Castillo Jiménez. Punto Rojo.

4 Disponible en línea <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2016:119:FULL&from=ES>



te y noticioso. Esta identificación, a través del nombre, es indexada o capturada por los motores de búsqueda, que facilitan el acceso a la información dispuesta en la red.

El riesgo es que hoy todo lo consignado en una página *web* es susceptible de analizar y estructurar. Existen trabajos diseñados para extraer las opiniones de una persona, en lo que se denomina *web opinion mining*, que permite analizar las opiniones de una persona sobre todo lo imaginable o bien extraer perfiles de alguien mediante la información sobre ella accesible desde la *web*.

Toda esta información está en principio disponible a perpetuidad. Existe imposibilidad de borrar o dificultar el acceso a información en internet. Esa falta de olvido ha sido largamente debatida, con cuestionamientos sobre los responsables, en particular los buscadores como facilitadores, o los medios que disponibilizan la información. Su determinación será la consecuencia del derecho al olvido digital: borrar el dato o dejarlo disponible sin tratar.

En primer término, un motor de búsqueda es un servicio de la sociedad de la información, que provee contenido al ubicar la información publicada o incluida en la red por terceros, indexarla automáticamente, almacenarla temporalmente y ponerla a disposición de los internautas con un cierto orden de preferencia.

El impacto de los buscadores en la privacidad de las personas fue un asunto sobre el cual el grupo sobre protección de datos del artículo 29 se pronunció en 2008, en el Dictamen 1/2008, que reconoce que los proveedores de motores de búsqueda en internet juegan un rol crucial como intermediarios en la sociedad de la información, contribuyen a su desarrollo, son útiles y necesarios. Sin embargo, distingue que como prestadores de servicios a los usuarios,

recogen y tratan gran cantidad de datos. Segundo que, como proveedores de contenidos, contribuyen a que las publicaciones en internet sean fácilmente accesibles, muchas veces republicando datos o almacenándolos en una memoria *caché*.

Revisemos específicamente este último rol del motor como proveedor de contenidos en internet. El Dictamen dice que los buscadores tratan información -incluida aquella personal- explorando, analizando e indexando internet y otras fuentes que pueden explorar y hacer fácilmente accesibles.

Algunos motores también vuelven a publicar los datos en la memoria *caché*. No obstante, el Dictamen dice que “hay que ser conscientes del papel que estos motores desempeñan en el acceso y búsqueda de información en línea, debiendo generarse un equilibrio entre el derecho a acceder a información y el derecho a la privacidad y protección de datos”.

Es llamativo que el Dictamen parta reconociendo que la Directiva Europea de Protección de Datos no hace referencia alguna a los motores de búsqueda, que actúan como intermediarios en la extracción de datos, lo que resulta finalmente decisivo para su aplicación o no.

El grupo del artículo 29 pareciera entender del documento que los buscadores son sólo intermediarios. Luego, analiza si como tales deben o no ser considerados responsables de tratamiento de datos. Para dilucidarlo recurre al principio de proporcionalidad y señala que en la medida que un proveedor de un buscador actúe exclusivamente como intermediario, no debe considerarse responsable principal del tratamiento de datos personales, porque éstos son los proveedores de información.



La responsabilidad formal, jurídica y práctica de los datos personales que incumbe al motor de búsqueda se limita, generalmente, a la posibilidad de retirar datos de sus servidores. Finalmente, dictamina que los propietarios de sitios de internet pueden decidir, *a priori*, no participar en el motor de búsqueda. Con todo, se complementa lo señalado en el Dictamen con el análisis que debe hacerse caso a caso sobre la actividad del motor de búsqueda. Algunos almacenan en sus servidores, por ejemplo, porciones enteras de contenidos de internet, incluidos los datos personales.

Técnicamente, la exploración, análisis e indexación pueden hacerse automáticamente, sin reparar si son datos personales o no. Sin embargo, cada vez hay tecnología más sofisticada para la búsqueda, visualización y acceso a la información por buscadores, casos en que el motor es enteramente responsable, lo que ya fue analizado en la sentencia del caso Costeja.

Frente al motor de búsqueda, el derecho al olvido en Europa se presenta más como una oposición al tratamiento que como la rectificación o supresión de datos, a menos que éstos queden en la memoria *caché*.

En América Latina no hay una legislación homogénea en materia de datos como en Europa. En diversos pronunciamientos, la OEA ha considerado a los buscadores como intermediarios y les ha aplicado el ‘principio de mera transmisión’: ninguna persona que sólo ofrezca servicios técnicos de internet como acceso, búsqueda o conservación de información en la memoria *caché* será responsable por contenidos generados por terceros, siempre que no intervenga específicamente en ellos ni se niegue a cumplir una orden judicial que exija su eliminación.

El filtrado y bloqueo de sitios *web*, direcciones IP, puertos y protocolos de red constituye una medida extrema, que sólo podría justificarse conforme a estándares internacionales, por ejemplo cuando sea necesaria para proteger a menores del abuso sexual. Los sistemas de filtrado impuestos por gobiernos o proveedores de servicios constituyen censura previa.

Respecto de la responsabilidad, la OEA sugiere que las normas que fijen competencias jurisdiccionales para conocer causas vinculadas a los contenidos de internet se

relacionen con aquellos Estados en que existan vínculos estrechos: el autor reside en él, el contenido se publicó desde allí y/o éste se dirige específicamente a ese Estado. Los particulares sólo deberían poder iniciar acciones judiciales en una jurisdicción en la que puedan demostrar haber sufrido un perjuicio sustancial. Toda norma de responsabilidad deberá considerar la necesidad de preservar la función de internet como ‘lugar público de reunión’.

EL TEMA EN CHILE

En Chile este tema tampoco ha pasado inadvertido y cada vez preocupa más la perpetuidad e hiperaccesibilidad de datos y el rol de los medios y buscadores en internet. Revisemos, entonces, el medio como generador de contenidos y datos en la web, el rol del buscador, las reacciones legislativas y la postura de los tribunales.

Luego del fallo europeo que reconoció el derecho al olvido se presentaron mociones parlamentarias que buscan regularlo, pero que no solucionan el problema de fondo -naturaleza jurídica de este derecho- y sin mayor justificación, atribuyen la responsabilidad de la difusión de datos al buscador⁵, reproduciendo el razonamiento europeo contenido en la sentencia *Google Spain v/s Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*.

El régimen jurídico al que se somete un buscador se encuentra, por una parte, en la ley de propiedad intelectual. Desde 2010, con sendas modificaciones a la ley, el legislador actualizó el régimen de sanciones y los sistemas de limitación de responsabilidad de los proveedores de servicio de internet. También fijó un nuevo sistema de excepciones y limitaciones.

En ese contexto, a los prestadores de servicios que, a petición de un usuario, almacenan por sí o por intermedio de terceros datos en su red o sistema, o que efectúan servicios de búsqueda, vinculación y/o referencia a un sitio en línea mediante herramientas de búsqueda de información -incluidos los hipervínculos y directorios-, no serán consi-

⁵ Boletín 9388-03 https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9800&prmBoletin=9388-03, señala: “Al igual que en las legislaciones de otras naciones, estimamos que este ‘derecho al olvido’ o eliminación debe incluirse entre los derechos de titulares de datos personales, con respecto a los motores de búsqueda y sitios web en que aparezca su nombre, y para el caso de denegación, concederles de igual modo, la acción de habeas data contemplada en la misma ley.”

derados responsables de los datos almacenados o referidos, a condición de que el prestador:

- No tenga conocimiento efectivo del carácter ilícito de los datos. Esto supone, entonces, el inicio de una gestión judicial, conforme al procedimiento establecido en el artículo 85 Q de la misma ley.
- No reciba un beneficio económico directamente atribuible a la actividad infractora, en los casos en que tenga el derecho y la capacidad para controlar dicha actividad;
- Designe públicamente un representante para recibir las notificaciones judiciales a que se refiere el inciso final, de la forma que determine el reglamento, y
- Retire o inhabilite en forma expedita el acceso al material almacenado, de conformidad a lo dispuesto en el inciso siguiente.

Así, el régimen de responsabilidad de los buscadores en materia de propiedad intelectual es de meros intermediarios, no siendo responsables por la divulgación de información o datos.

Por otra parte, es necesario definir si los buscadores tratan datos personales, en que, por especialidad y bien jurídico protegido, la norma aplicable es la Ley N° 19.628, que delimita su responsabilidad y marco de acción.

Segundo, los datos personales pueden también formar parte de un relato de un hecho informativo o noticioso en los medios, siendo un elemento de las libertades informativas cuando son de interés social general. En ese sentido, se verifica un tratamiento de datos por el medio que informará de ese hecho.

El hecho noticioso es información fáctica recogida por una persona (puede ser un periodista) y retransmitida por algún medio de comunicación. Implica, por definición, la existencia de un acontecimiento tangible (un aluvión, un robo, etc.) o intangible (hacer una declaración, opinar, aprobar una ley).

Un hecho se transforma en noticia cuando es novedoso, actual, tiene significancia social y genera interés público. En materia de libertad de expresión existen, además, otros

“En Chile este tema tampoco ha pasado inadvertido y cada vez preocupa más la perpetuidad e hiperaccesibilidad de datos y el rol de los medios y buscadores en internet. Revisemos, entonces, el medio como generador de contenidos y datos en la web, el rol del buscador, las reacciones legislativas y la postura de los tribunales”.

criterios que pueden también referirse a la veracidad del relato, no siendo vinculantes o necesarios para difundir un hecho, sino más bien para tener una actitud positiva hacia la verdad, ser un relato honesto.

Sin embargo, esta libertad de difundir no es absoluta, sino relativa, sujeta a diversos límites fijados por la ley o por el principio de razonabilidad, siendo las colisiones entre derechos muy naturales en un Estado democrático de derecho, debiendo delimitarse las formas en que estos derechos vinculados a la personalidad pueden convivir⁶.

Ante el conflicto entre la divulgación de datos personales y los hechos noticiosos es muy importante el rol que han tenido las autoridades de control en materia de datos personales. La española, por ejemplo, ha entregado diversos criterios para su tratamiento en sitios web informativos. Entre ellos, que debe ponderarse la trascendencia, permanencia, accesibilidad absoluta y relevancia pública de conocer los datos personales de los afectados o sujetos del hecho informativo, y si los datos efectivamente aportan como información adicional.

Sobre los medios, ha instruido que “deberían valorar la necesidad de que su actuación se dirija a conciliar, en mayor medida, el derecho a la libertad de información con la aplicación de los principios de protección de datos personales. En primer lugar, debería ponderarse escrupulosamen-

⁶ Nespral, B. (1999). Derecho de la información: periodismo, deberes y responsabilidades. B de F.



te la relevancia pública de la identidad de las personas afectadas por el hecho noticiable para, en el caso de que no aporte información adicional, evitar la identificación mediante la supresión del nombre e incluso, si fuera necesario, de las iniciales a cualquier referencia suplementaria de la que pueda deducirse la identificación”.

En Chile la solución pareciera ser clara: las normas de tratamiento de datos no aplican en contextos regulados por la ley de prensa, en cuyo caso el afectado debe impetrar una acción de protección por vulneración de la vida privada y la honra, y probar la afectación de su garantía fundamental.

Los efectos serán aquellos que derivan de los derechos de cancelación u oposición en protección de datos. Sin embargo, hay mucho de ética periodística en la forma en que un medio difunde y la información personal que entrega, que en ciertos casos puede ser excesiva o impertinente. El rol de las autoridades de control es clave en la entrega de orientaciones, sean vinculantes o no. Por lo tanto, los medios no tienen libertad absoluta cuando su actividad puede infringir derechos garantizados por la Constitución, entre ellos la autodeterminación informativa que buscan garantizar las leyes de protección de datos.

En efecto, la ley de prensa chilena reconoce un derecho de rectificación, cuya naturaleza es distinta al ámbito de protección de datos. El primero busca la aclaración, gratuita e inmediata, ante informaciones en que se ha sido aludido injustamente, cuando se verifica información injuriosa o falsa.

El afectado debe dirigirse al director del medio en el plazo de 20 días desde la emisión, lo que parece bastante acotado y deja en la indefensión casos como la declaración de inocencia de un imputado, en que si bien la imputación de un delito es un hecho verdadero, el tema es la perpetuidad de la información en internet y la colisión de garantías fundamentales.

La rectificación, en este caso, es un derecho urgente, que exige materializarse sin demora. El derecho al olvido es distinto, entonces, al de rectificación, porque éste último busca adecuar los hechos difundidos o descritos, que son inexactos o descontextualizados. No suprime el hecho



descrito ni lo cancela. Es un elemento de contraste informativo, que complementa la libertad de información⁷.

Como se lee en el caso europeo, frente a buscadores y medios de comunicación la pretensión debe dirigirse contra el buscador visto como responsable. En América Latina, los tribunales mexicano y colombiano han dicho que la pretensión debe dirigirse contra el medio de comunicación.

SENTENCIAS RELEVANTES

En Chile hay dos sentencias pertinentes en materia de olvido digital y responsabilidad en el tratamiento por difusión de contenido dañino para la vida privada o la honra en la red.

La primera es un fallo de la Corte Suprema del 21 de enero de 2016, por acción constitucional de un oficial (R) de Carabineros, para eliminar de los buscadores una publicación de un medio de comunicación del 14 de agosto de 2004, donde se le sindicaba como presunto autor de abusos sexuales contra menores.

⁷ Nespral, B. (1999). Derecho de la información: periodismo, deberes y responsabilidades. B de F.



Según el actor, dicha publicación vulnera sus garantías constitucionales, pues no le ha permitido reinsertarse en la vida social en paz, al resultar estigmatizado con la información, lo que no sólo lo ha afectado a él, sino a toda su familia. Expone que, a cambio de eliminar la noticia, que lleva 10 años publicada después de ocurridos los hechos, los abogados del medio le pidieron firmar una renuncia a su derecho a ejercer acciones legales contra esa empresa.

Si bien no se impugna la veracidad de la noticia, el tribunal entiende que debe resolver si se da cabida al derecho al olvido, referido esencialmente a que una persona pueda aspirar a la eliminación de una información desfavorable que le provoque perjuicios actuales y que se contenga en los sistemas informáticos disponibles. En este caso se invoca la antigüedad de la noticia y, como perjuicio actual, el menoscabo síquico y laboral, tanto para sí como para una familia única y de apellido estigmatizable.

La Corte reconoce que en la normativa vigente no existe una solución legislativa expresa, aunque no es difícil advertir en ella un compromiso con la protección del honor, la dignidad y vida privada de las personas, consagradas en el artículo 19 N° 4 de la Constitución. Con todo, recurre al razonamiento de integrar el ordenamiento jurídico existente, donde se consagra la supresión de informaciones en resguardo de la vida privada y la honra.

Así, el ordenamiento jurídico chileno reconoce la eliminación de anotaciones penales o el vencimiento de registros informáticos bancarios y la Ley N° 19.628 contempla, entre otras cosas, la caducidad del almacenamiento de datos por expiración del plazo para su vigencia.

Según el fallo, “no cabe duda que nuestro ordenamiento jurídico protege el honor y vida privada de las personas (...) y que sistemáticamente ha venido recogiendo la ten-

dencia mundial de reconocer el derecho al olvido para conductas reprochables de las personas -sean éstas penales, civiles o comerciales- después de un lapso, como una forma de reintegrarlas al quehacer social”.

Aplicando el criterio de ponderación, la Corte reconoce que el difundir mediante buscadores un delito de relevancia social “en el que el afectado tuvo participación (...) evidentemente constituye un legítimo ejercicio de su derecho a expresión. Sin embargo, después de todo ese tiempo, la colisión entre dos derechos constitucionales como los aludidos, aún si llegara a existir, debería ceder actualmente en beneficio del derecho a la reinserción social del que ha delinquirido y de su derecho a mantener una vida privada que la posibilite, como asimismo el derecho a la honra y privacidad de su familia, en este caso de apellido fácilmente abordable y única, según se aduce.

“Todavía no se divisa el beneficio actual para la libertad de expresión de mantener un registro digital detectable por cualquier motor de búsqueda informático, de una noticia que de todos modos puede ser consultada por métodos análogos mediante el ejercicio investigativo profesional de quien esté interesado en ello. De lo que se trata no es que la noticia deje de existir, sino de no brindar accesos automáticos y facilitadores que hagan más difícil o imposible la recuperación y reinserción social del individuo y de su familia, caso este último que no debería afectarse jamás”.

Finalmente, la Corte ordena al medio a eliminar en tres días el registro informático de esta noticia, sin pronunciarse sobre la actividad del buscador, como tampoco lo hace el voto disidente de la ministra Egnem, quien pondera el interés público de la noticia, una condena por abuso de menores cumplida en 2013, que es un hecho de alta connotación social, donde debe analizarse la doctrina del



derecho al olvido versus la información periodística de carácter judicial. Destaca que los criterios en la materia reconocen el interés periodístico de dichas informaciones y que procede la aplicación de herramientas técnicas de desindexación y no el borrado de datos (caso Colombia y caso *Google Spain*).

En otro fallo, que si bien no trata propiamente del derecho al olvido, la Corte de Apelaciones de Valparaíso se pronunció implícitamente sobre el tratamiento del buscador *Google.cl* y le ordenó establecer computacionalmente los filtros necesarios para evitar publicaciones que presenten inequívocamente carácter injurioso, o de cualquier tipo y bajo cualquier circunstancia, siempre que en esa publicación se incurra en una afectación constitucional como la mencionada.

En este caso había publicaciones injuriosas que afectaban la vida privada del actual Fiscal Nacional y su familia (**ver Objeción**). También se ordenó el borrado de todas ellas. Al parecer, en este fallo la Corte entiende que el buscador puede y es responsable de ejecutar acciones frente a datos que no son veraces.

LA NECESIDAD DE CONSENSOS

Es indispensable restablecer el equilibrio entre herramientas tecnológicas y derechos humanos, limitando la hiperaccesibilidad de la información y, en otras, amparando la solicitud de retiro de todas las informaciones alojadas en la red⁸ que afecten los derechos de las personas.

El derecho al olvido repondría esta posibilidad de control, mediante las herramientas que derivan de la protección de datos, delimitando la manera de controlar la información cuando las garantías informativas están en juego, lo que nos permite construir nuestra identidad en la red.

Como conclusión, creemos que el derecho al olvido tiene una naturaleza similar a la rectificación, pues busca restablecer el equilibrio de las libertades informativas, pero no es el derecho a reescribir una historia⁹. Se inserta en el ámbito de la protección de datos, responde a esa naturaleza

instrumental, como herramienta de control y amparo de otros derechos fundamentales.

Siempre que sea posible, y más aún respecto de información difundida en medios informativos, no debe propenderse al borrado desde la fuente, sino a la oposición del tratamiento de datos, que mantiene intacto el hecho informativo y permite la coexistencia armónica de ambos derechos fundamentales, libertad de información y protección de datos.

El responsable es quien pueda ejecutar la oposición al tratamiento, es decir desindexar la información. Indexar es incluir una palabra en el índice que generan los rastreadores de palabras en la *web*, gracias a que quien ha puesto la información en internet permite que ésta sea encontrada por éstos e incluida en el índice. Lo anterior permite buscar palabras y obtener la URL de las mismas con su ubicación en la *web*. El buscador enriquece el índice mediante algoritmos, para mejorar la experiencia de búsqueda.

Así, si se trata de información noticiosa que ha perdido actualidad y que ha sido difundida por diversos medios, la pretensión debe ejercerse contra quien maneje los índices, puesto que éste verifica un tratamiento de los datos posterior a su publicación, y será muy difícil que el afectado pueda abordar la difusión de la información en todos ellos.

Pero los editores de páginas *web* deben atender, cuando proceda, las solicitudes de derecho al olvido, pues son responsables de bloquear el tratamiento de datos cuando la noticia esté archivada en la hemeroteca digital. Este criterio ha sido fijado por el tribunal constitucional español y es especialmente novedoso, porque hace frente a la idea errónea de que los motores de búsqueda deberían ser los destinatarios preferentes de toda solicitud dirigida a eliminar o limitar la difusión de información personal publicada en internet. Establece la posibilidad de exigir al editor adoptar medidas para lograr ese objetivo. Se advierte, acertadamente, que no corresponde en solitario a los motores de búsqueda la función de canalizar el conjunto de solicitudes de derecho al olvido¹⁰.

8 Chalezquer, C. S., Prieto, V. D., García, F. J., Hidalgo, M. G., Conesa, C. P., Carrasco, J. R., & Capitán, E. R. J. (2014). La protección y seguridad de la persona en Internet: aspectos sociales y jurídicos. Editorial Reus.

9 Rojas, S. Z. (2013). La problemática entre el derecho al olvido y la libertad de prensa. *Derecom*, (13), 1.

10 <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Supremo-reconoce-el-derecho-al-olvido-digital-de-dos-procesados-implicados-en-un-caso-de-drogas-en-los-ochenta>



ACTUALIDAD DEL DERECHO AL OLVIDO EN LATINOAMÉRICA

► Por **José Tomás Herreros N.**,
egresado de derecho, postulante Unidad de Corte
Defensoría Nacional.

Pese a que los conflictos provocados por la llamada “huella de internet” llegaron hace años a los tribunales y cortes de justicia de América Latina, pocos países de la región han legislado para regular el derecho al olvido. La siguiente nota expone estos casos y las diferencias entre tales legislaciones.



El llamado ‘derecho al olvido’ se entendió, en sus orígenes, como aquel que faculta a las personas a solicitar a los motores de búsqueda la eliminación de determinados enlaces que atenten contra su privacidad o al libre ejercicio de sus derechos fundamentales.

Se considera que el origen del concepto se remonta a un fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea publicado en mayo de 2014 y que puso fin al denominado “caso Costeja”¹. Desde la dictación de dicho fallo, *Google* recibió más de 188 mil solicitudes para que se eliminaran más de 684 mil URLs.

La discusión cruzó precipitadamente el Atlántico y se instaló en Latinoamérica, territorio que no era ajeno a este tipo de controversias. En Argentina, por ejemplo, ya en 2007 varias modelos y personalidades públicas emprendieron una batalla legal contra *Google* y *Yahoo!* Argentina, solicitando la eliminación de resultados arrojados por los motores de búsqueda, y a quienes en definitiva se consideró responsables.

¹ La sentencia buscaba resolver el caso del español Mario Costeja, cuya pretensión consistía en que el buscador de *Google* dejara de mostrar entre sus resultados una nota del diario *La Vanguardia*, en que constaba que sobre el actor pesaba un embargo de inmuebles por mantener deudas con la Seguridad Social, el que estaba resuelto desde 2010 (asunto C131/12).

Pese a que la idea original se refería a la información que el Estado y las entidades de crédito (bancos) poseen sobre un individuo, hoy el concepto se ha extendido a toda clase de datos existentes sobre una persona y que sean publicados en internet.

Ante el advenimiento de un concepto ilimitado de derecho al olvido, la pregunta relevante que surge en Latinoamérica es si en países con bajos niveles de desempeño en transparencia y elevados niveles de corrupción, el olvido digital acabará protegiendo a políticos, empresarios o ciudadanos envueltos en actos de cohecho y conflicto de interés.

Resolver la baja de la información sin antes ponderar las implicaciones en la vida pública puede afectar el derecho a la información y convertirse en un acto de censura, lo cual resulta más evidente cuando este derecho se establece a través de actos administrativos.

Por último, la discusión sobre el derecho al olvido en América Latina presenta un factor adicional: frente a leyes de amnistía que indultaban los delitos de funcionarios y dictadores autoritarios, la memoria -actualmente construida en gran parte por el acceso a la información en la red- se configura como una antítesis a la impunidad y se convierte en un aspecto crucial en la reconstrucción de nuestros procesos democráticos.

ARGENTINA

Como ya se dijo, Argentina fue pionero en esta materia. Sin embargo, el reconocimiento de este derecho se mostró inconstante: la Corte Suprema de Justicia rechazó, a fines de 2014, la demanda de María Belén Rodríguez contra *Google* y *Yahoo!* promovida por la modelo, porque su imagen aparecía en las listas de resultados vinculada a sitios de contenido sexual, erótico y pornográfico².

El fallo de la corte consideró que era responsabilidad del titular, quien es el creador del contenido y no los buscadores, “protegidos por la libertad de expresión”.

Desde 2014 a la fecha se han elaborado nueve proyectos de ley relativos al derecho al olvido, algunos utilizando expresamente dicho concepto y otros apuntando al régimen para proveedores de los servicios de internet.

La normativa contenida en uno de estos proyectos, a modo de ejemplo, permitiría eliminar “datos que conciernen a su persona o a personas cuya representación legal ejerza, que no afecten a terceros o al interés público”.

Ese párrafo se puede interpretar para abarcar a prácticamente toda la información, lo que habilitaría a cualquier persona a eliminar los datos que no le gustan sobre él o ella. Si se aplicara la ley, un funcionario que pida que se eliminen los datos de su historia política (y la justicia ordinaria rechace el pedido) podría hacerlo con un simple trámite.

MÉXICO

Si bien en México no se reconoce explícitamente un derecho al olvido, éste se ha interpretado dentro la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (LFPDPPP). En su artículo 2º, este reglamento establece los llamados derechos ARCO, es decir, los derechos al acceso, rectificación, cancelación y oposición al uso que hagan las organizaciones de la información de cualquier ciudadano mexicano.

Sin embargo, no toda la información puede ser borrada: existirán excepciones como la información relacionada con contratos vigentes y la usada durante algún procedimiento judicial.

² Caso Rodríguez, María Belén c/ *Google Inc.* s/daños y perjuicios.

Actualmente se discute en el Congreso de ese país la aprobación de la Ley General de Protección de Datos Personales. Uno de los principios considerados en este proyecto es la figura del derecho al olvido.

Este derecho es interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como “el derecho de las personas a solicitar la eliminación de referencias personales que puedan afectarles en buscadores de internet, con el fin de proteger la privacidad, la imagen y el honor”.

Distintas organizaciones de la sociedad civil llamaron la atención del Estado mexicano para que no apruebe la Ley General de Protección de Datos Personales en los términos que fue presentada por el Senado de la República.

BRASIL

En Brasil, la tesis del derecho al olvido se adoptó en dos fallos conocidos por la Cuarta Sala Especial de la Corte Superior de Justicia. Las decisiones, unánimes, recayeron sobre dos recursos presentados en contra de TV Globo, por dos reportajes relacionados con casos penales de gran resonancia.

La Comisión de Constitución y Justicia (CCJ) de la Cámara de Representantes aprobó en 2015 el proyecto de ley (PL) 215/20125, que modifica el marco civil de internet y permite el derecho al olvido, estableciendo que todos los asuntos relacionados con los datos de los ciudadanos serían abordados en juzgados de Brasil, aunque se tratara de servicios ofrecidos por compañías extranjeras.

Esta iniciativa fue más allá de ciertos límites que se establecieron para la legislación europea. En el caso de Brasil, la información simplemente desaparece, mientras que en Europa se han orientado a la desindexación. En Europa, como en otros lugares, el derecho al olvido no se aplica a personas que tienen el carácter de personalidades públicas, mientras que en Brasil sí.

URUGUAY

El artículo 15 de la Ley N° 18.331 de Protección de Datos vigente en Uruguay brinda el “derecho a solicitar la rectificación, actualización, inclusión o supresión de los datos personales que le corresponda incluidos en una base de datos, al constatar error o falsedad o exclusión en la información de la que es titular”.



En ese país, sin embargo, todavía no hay un nivel de demandas considerable como para pensar en la reforma legislativa, de modo que se ha optado por la resolución caso por caso.

COLOMBIA

En un caso de gran relevancia, la Corte Constitucional de Colombia le ordenó al diario El Tiempo adoptar medidas tecnológicas para evitar la indexación por los buscadores y limitar el acceso a una nota que vinculaba a una mujer con un caso de trata de blancas. El fallo le ordenó, además, actualizar la información ya publicada³.

Si bien la Corte Constitucional considera que estas informaciones pueden perjudicar el libre ejercicio de los derechos fundamentales de la solicitante y que se debe dificultar la búsqueda -sin la necesidad de eliminar la información original- libera al buscador (*Google*, en este caso) de responsabilidad alguna, distanciándose de la solución europea a este tipo de conflictos.

El tribunal considera que es el propio medio que publica la información el responsable de tomar las acciones pertinentes para desindexar este contenido, de modo que deje de estar enlazado por los motores de búsqueda. Se ha observado con preocupación la posibilidad de que se apliquen obligaciones desmedidas sobre los medios de comunicación.

Es destacable el hecho de que el derecho al olvido *online* no se aplica a personalidades públicas, funcionarios del Estado, en casos de crímenes de lesa humanidad o en casos de violaciones de los derechos humanos.

COSTA RICA

En Costa Rica el derecho al olvido se encuentra regulado expresamente a través del Reglamento a la Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales (Decreto Ejecutivo publicado en marzo 2013).

Se introduce el concepto de “autodeterminación informativa”, entendida como el derecho fundamental que tiene toda persona de controlar el flujo de informaciones que conciernen a su persona en cualquier medio, derivado del derecho a la privacidad. El consentimiento de la persona titular de los datos deberá constar en forma expresa y por escrito, sea en

documentos físicos o electrónicos, y podrá ser incluso revocado.

Se exceptúa dicho consentimiento, por ejemplo, cuando exista una orden fundamentada dictada por autoridad judicial competente, o datos obtenidos de fuentes “de acceso público general”.

El derecho al olvido, en su artículo 11, se limita a establecer el plazo de conservación de datos personales que puedan afectar a un titular, por diez años (en Europa, generalmente, se ha fijado en dos años).

NICARAGUA

En Nicaragua, la Ley de Protección de Datos Personales N° 787, aprobada el 21 de marzo de 2012, es anterior al famoso “fallo Costeja”. Esta ley estableció de manera explícita, en su artículo 10, el “derecho al olvido digital,” que fue descrito como sigue: “El titular de los datos tiene derecho a solicitar a las redes sociales, navegadores y servidores que se supriman y cancelen los datos personales que se encuentren en sus ficheros”.

Esto implica que Nicaragua ha optado por un régimen de eliminación de datos más intenso que la mera desindexación, solicitud que debe realizarse directamente a los prestadores, descritos genéricamente como “redes sociales, navegadores y servidores”. 

³ Sentencia T-277/15.



Derecho al olvido y nuevas formas de información: el caso de *Wikipedia*

► Por **Marco Correa P.**, licenciado en ciencias jurídicas y sociales U. de Chile, presidente de *Wikimedia Chile*.

El debate sobre la aplicación del derecho al olvido supone una tensión importante entre el derecho a la autodeterminación informativa y al derecho a la privacidad, por un lado, y el derecho al acceso a la información y a la libertad de expresión, por otra.

Esta discusión *de lege ferenda* en varias legislaciones, sobre todo dentro de la esfera europea, ha planteado un desafío importante tanto a los proveedores de contenidos como a los proveedores de búsqueda en internet, respecto del alojamiento e indexación de datos personales, pues el derecho al olvido busca que dicha información no esté disponible de forma ilimitada o perpetua mediante los medios electrónicos.

La posición de consenso en la materia parece ser que el derecho al olvido debe restringirse a los proveedores de búsqueda y enlaces, como *Google* o *Yahoo*, más que a los proveedores de contenidos propiamente tales, como la prensa u otros sitios web.

Mientras que el borrado de enlaces de buscadores permitiría efectivamente inhibir el acceso a información personal obsoleta, logrando el “olvido” de ésta, el borrado de los

archivos originales estaría afectando el derecho a la información, e incluso sería un arma con la que se podría intentar “reescribir la historia”, al más puro estilo del Ministerio de la Verdad creado por Orwell en su libro “1984”. En un país con un pasado dictatorial reciente como el nuestro, esta posibilidad no debería pasar inadvertida.

Sin embargo, este debate ha dejado de lado otros medios que escapan de los paradigmas tradicionales de creación de contenidos. Desde la masificación de internet han surgido medios que rompen con el esquema clásico (heredero de la tecnología analógica) de la creación de contenidos en forma vertical y unidireccional, donde solo la prensa o la industria editorial producían información que era consumida por el público. Con la era digital, la relación entre los medios clásicos y el público ha devenido en horizontal y bidireccional, pues ambos núcleos se retroalimentan mutuamente de contenidos.

Frutos de este cambio de paradigma son los contenidos generados por los usuarios (*user generated content*, UGC), cuyas principales manifestaciones son los *blogs*, foros de discusión, redes sociales como *Twitter* o *Facebook*, plataformas como *YouTube*, y las *wikis*.



LAS PARTICULARIDADES DE WIKIPEDIA

Éstas últimas son las que revisten de mayor interés porque, a diferencia de los medios tradicionales, la información en una *wiki* no es estática, sino que muta en el tiempo. En otras palabras, una *wiki* está en constante evolución, nunca se considera una obra finalizada.

La *wiki* más conocida es *Wikipedia*, una enciclopedia libre creada el 15 de enero de 2001, y que actualmente es administrada técnicamente por la Fundación Wikimedia, con sede en California, Estados Unidos. Esta enciclopedia digital no ha estado ajena de la discusión del derecho al olvido, pues sus contenidos han sido objeto de solicitudes de borrado realizadas tanto al proveedor del alojamiento (la Fundación Wikimedia), como a los buscadores de internet.

Uno de los primeros casos en que se solicitó judicialmente la bajada de contenidos desde *Wikipedia* fue la de los ciudadanos germanos Wolfgang Werlé y Manfred Lauber, condenados en 1990 por el asesinato del conocido actor Walter Sedlmayr (el “caso Sedlmayr”).

Tras obtener la libertad condicional, en 2009 acudieron a los tribunales de su país para que se borrarán las alusiones a sus nombres en el artículo sobre Sedlmayr en las ediciones de *Wikipedia* en alemán e inglés, basándose en una sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania de 1973, donde se garantizaba el derecho de sus ciudadanos de mantener su intimidad tras haber cumplido condena.

Al estar basada en los Estados Unidos, la *Fundación Wikimedia* se amparó en la Primera Enmienda a la Constitución de ese país, que protege la libertad de expresión y la libertad de prensa, y no bajó los contenidos.

Sin embargo, no fue hasta el fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Google Spain SL y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González*, de mayo de 2014, que el derecho al olvido tuvo una protección explícita en la Unión Europea, cuando se estableció que la Directiva 95/467/CE de 1995, relativa a la protección de datos personales, permitía exigir a los gestores de búsqueda la desindexación de contenidos que incluyeran ese tipo de datos.

Así, sólo un mes después de dictada dicha sentencia, *Google* recibió más de 50 solicitudes de borrado de enlaces

a artículos de *Wikipedia* en varios idiomas. Al 30 de junio de 2016, esa cifra había aumentado a 318 notificaciones de desindexación, 18 de las cuales corresponden a artículos de *Wikipedia* en español.

Ello provocó que el fundador de *Wikipedia*, Jimmy Wales, reaccionara con duras críticas al derecho al olvido, afirmando que “en Europa no hay un derecho al olvido, sino que más bien un derecho a censurar cierta información que no es de tu agrado”.

Sin embargo, y quizás por el impacto que en su momento el derecho al olvido causó en la misión de la *Fundación Wikimedia* -velar por el acceso libre al conocimiento-, Wales no tuvo en cuenta que *Wikipedia* y las plataformas *wiki* en general pueden ser una de las fuentes de contenido más coherentes con el derecho al olvido.

Esto, porque los contenidos en las *wikis*, al ser dinámicos, siempre pueden ser modificados, ampliados o incluso reducidos por la comunidad de usuarios, lo cual lógicamente puede involucrar a datos sensibles que requieran de un “olvido” ante su obsolescencia. En otras palabras, sería totalmente factible que un dato personal que esté obsoleto sea modificado o incluso eliminado de manera fácil por cualquier persona, incluso por el propio afectado.

En 2009, por ejemplo, se dio un particular caso en la biografía del periodista David Rodhe -en la *Wikipedia* en inglés-, quien había sido presuntamente secuestrado por los talibanes, situación que, como era de suponer, fue añadida al artículo. Sin embargo, esta información, aparte de no estar completamente confirmada, era altamente sensible, pues podía incrementar la exposición del periodista y el interés de los talibanes por retenerlo, lo cual dificultaría un eventual rescate. La comunidad de usuarios decidió, entonces, omitir la información del secuestro, hasta que se confirmó que Rodhe estaba a salvo.

Similar cuestión ocurrió en el “caso Sedlmayr”, antes explicado, donde los voluntarios de la *Wikipedia* en alemán decidieron -a pesar de la posición de la *Fundación Wikimedia*- borrar los nombres de ambos autores del delito, con el fin de evitar posibles litigios.

TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES

Además de su naturaleza cambiante, otra de las ventajas de *Wikipedia* frente a los medios tradicionales (estáticos) para tutelar un derecho al olvido es que la comunidad de usuarios ha definido una serie de políticas que se relacionan con el tratamiento de datos personales.

En primer lugar, *Wikipedia* es una enciclopedia y busca abarcar la suma del conocimiento humano, lo cual, si bien implica que todas las temáticas son abordables, sin existir temas previamente censurados ni tabúes, debe tener un estándar de relevancia enciclopédica. Cualquier información que no se sustente en este principio de relevancia, como podría ser información íntima sobre un individuo, no tiene cabida y debe ser eliminada.

En segundo lugar, todos los artículos de *Wikipedia* deben seguir el punto de vista neutral. Es decir, deben reflejar todos los puntos de vista sobre un tema de manera equilibrada y no sesgada. En las biografías de personas esto resulta vital, ya que un artículo sobre un personaje público podría ser fácilmente acaparado por visiones críticas u opositoras, lo cual muchas veces implica el uso o difusión de datos personales o sensibles del individuo.

En tercer lugar, existe una política sobre biografías de personas vivas, que se sustenta en tres principios: además de ser neutral, la información debe ser verificable y no debe constituir una fuente primaria. En *Wikipedia* se afirma que “no nos corresponde ser sensacionalistas o ser el vehículo primario de difusión de afirmaciones picantes sobre la vida de la gente. Las biografías de personas vivas deben escribirse conservadoramente en lo que respecta a su privacidad”.

Finalmente, cabe señalar que *Wikipedia*, y las *wikis* en general, tienen como ventaja que es la misma comunidad de usuarios la que verifica y revisa de manera constante la información para hacer cumplir las políticas anteriormente descritas. Ello no ocurre muy a menudo en la prensa u otros medios tradicionales.

Estas políticas parecen suficientes para resguardar la información privada de los individuos en *Wikipedia* y que se mantenga sólo la información que sea de interés público y que esté suficientemente apoyada por fuentes o referen-

“Además de su naturaleza cambiante, otra de las ventajas de *Wikipedia* frente a los medios tradicionales (estáticos) para tutelar un derecho al olvido es que la comunidad de usuarios ha definido una serie de políticas que se relacionan con el tratamiento de datos personales”.

cias externas. El único problema surge cuando el derecho al olvido se (ab)usa para para esconder hechos que fueron de relevancia y notoriedad pública, como las condenas en el “caso Sedlmayr”.

También vale la pena tener en cuenta que el derecho al olvido es un arma de doble filo, ya que por intentar hacer que desaparezca un hecho de los historiales de internet, éste puede resurgir y difundirse más que antes.

Este fenómeno es conocido como “efecto Streisand”, por la demanda de la cantante Barbra Streisand a un sitio web en 2003, exigiendo que se retiraran las fotografías de su mansión desde una galería de fotos. Sin embargo, logró el efecto contrario, haciendo que miles de sitios replicaran la imagen. *Wikipedia*, al ser uno de los sitios web más visitados del mundo, podría tener -y lo ha tenido- el mismo efecto a la hora de intentar quitar una información mediante el derecho al olvido.

Sólo queda esperar que el derecho al olvido no pase de la desindexación al borrado de contenidos, ya que ello dificultaría que *Wikipedia* y otros sitios *wiki* sigan recopilando información y conocimiento de manera colaborativa y libre. 



La presunción de inocencia en la era de la vigilancia

► Por **Claudio Ruiz G.**,
director ejecutivo del capítulo América Latina
ONG Derechos Digitales

Solemos asociar la idea de debido proceso con la aplicación de principios formales, que permiten entregar garantías mínimas de imparcialidad de parte de un órgano adjudicador. Esta idea, fundamental para la construcción de un estado democrático de derecho, tiene implicancias que van más allá de la mera aplicación de estos principios en sede procesal y supone tomar medidas de distinta índole para garantizar a los ciudadanos un juicio justo e imparcial.

En el marco de las comunicaciones electrónicas, sin ir más lejos, la ley requiere autorización judicial previa para que terceros tengan acceso a ellas. Sin embargo, la masificación de las nuevas tecnologías ha supuesto nuevos desafíos para los principios procesales del pasado.

No sólo buena parte de nuestras interacciones sociales están mediadas hoy por tecnologías digitales que suponen el almacenamiento constante de ellas por privados, en muchos casos, como un eficiente modelo de negocio. Tecnologías como la instalación de globos con cámaras de alcance militar en comunas acomodadas, que permiten seguimiento y almacenamiento de dicha información por privados sin orden judicial previa, suponen un desafío mayor para garantizar el debido proceso en el entorno en línea.

Se trata de una desigualdad anterior a la decisión de un caso concreto: dependiendo de cuál es la información conocida sobre una persona o un hecho, ésta alterará necesariamente la percepción de agentes sin deber de imparcialidad.

Respecto de los funcionarios de los que sí se espera imparcialidad al sopesar información, como es el caso de los jueces, hipotéticamente no existiría un riesgo de ceder ante el sesgo de la información parcial. No obstante, la práctica parece mostrar que en distintos momentos de la persecución penal, la selectividad sobre la información que se recoge y la que se utiliza pudiera condicionar el resultado de tal proceso, aún más que la idea de la verdad judicial.

Así, la sola idea de un juicio condicionado por la percepción sobre la información disponible se exagera en aquellos casos en que una de las partes en una disputa concentra una cantidad ingente de información sobre la otra y, a su vez, es capaz de seleccionar aquella útil a su narrativa.

ACUMULACIÓN COMPULSIVA DE INFORMACIÓN

En teoría, contar con más y mejor información permite obtener mejores decisiones. En el ámbito del combate del delito, esto significa contar con información suficiente para su uso en la prevención de conductas delictivas. Ya

“El uso creciente de herramientas tecnológicas por policías -apoyado por el Estado mediante la ley o la venia de los tribunales- permite así un amplio poder para acumular y usar esa información, dentro de un amplio rango de discreción, sujeto solamente a limitaciones fácticas en lugar de normativas”.

dentro de la investigación criminal, es contar con datos que permitan construir una historia, a fin de elaborar una hipótesis sobre los hechos constitutivos de delito (y las circunstancias que modifican la responsabilidad penal). Siguiendo esta idea, una mayor cantidad de datos sobre la población equivaldría a una mayor cantidad de herramientas disponibles, tanto para prevenir como para perseguir el delito.

Es dentro de esa lógica que se enmarcan las prácticas de vigilancia masiva y acumulación compulsiva de datos. Se manifiesta en ejemplos concretos, como la medida de mantener un ojo sobre la población, mediante los globos de videovigilancia que violan impunemente la privacidad de habitantes y transeúntes de Las Condes y Lo Barnechea para grabar sus movimientos.

También en medidas como la obligación de mantener registros de actividad de todos los usuarios de internet, retención declarada como contraria a los derechos humanos en la Unión Europea y plenamente vigente en Chile (a través del artículo 222 del Código Procesal Penal).

Lo común a estos dos tristes ejemplos no es la supuesta utilidad potencial del registro continuo, sino su falta de distinción entre lo que parece ser insumo para las labores policiales y lo que, en rigor, es información que concierne a personas naturales.

Información de distinto nivel de complejidad, desde el número que identifica a un computador y a los sitios con que se conecta, hasta el registro digital del rostro de su due-

ño. Información que, creemos, es objeto de control por los titulares de esos datos personales, pero que por deber o vacío legal está en manos ajenas.

Esa recolección, además de vulnerar los intereses de los titulares de esos datos, se convierte en una herramienta altamente poderosa para quienes mantienen la información. No solamente en el sentido de acumular la información de todos, sino también de la posibilidad de aislar a un elemento de ese conjunto, una persona, y centrar arbitrariamente el poder de procesamiento de información en ella, sin su conocimiento.

INFORMACIÓN, DATIFICACIÓN Y ASIMETRÍA PROCESAL

Como explica amplia literatura, la noción de que los datos no mienten oculta el carácter contextual de la información: la sola selección de un elemento de información relevante, el solo hecho de la elección de un dato, es una decisión humana. Y aun si un dato “no miente”, tampoco cuenta la historia completa: se requiere de otros datos, cuya selección para su posible uso es, de nuevo, una decisión humana.

El uso creciente de herramientas tecnológicas por policías -apoyado por el Estado mediante la ley o la venia de los tribunales- permite así un amplio poder para acumular y usar esa información, dentro de un amplio rango de discreción, sujeto solamente a limitaciones fácticas en lugar de normativas.

Y en ello radica uno de los más graves problemas de la vigilancia masiva en relación con la prevención y persecución del delito: aunque parece tratarse de prácticas que afectan a toda la población, tanto la selección de información como el procesamiento de la misma están salpicados de arbitrio humano, que apunta no solamente a individuos, sino a grupos vulnerables completos.

Una reciente investigación dio cuenta de que los modelos predictivos de comportamiento delictual, automatizados en *software* y basados en datos supuestamente objetivos¹, abrumadoramente muestran a minorías raciales como merecedoras de atención policial, aun antes de la comisión de delitos.

¹ <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>



Pero no es necesario ir tan lejos en geografía ni tecnología para ver ejemplos similares: uno de los globos de vigilancia masiva en Santiago, específicamente en Lo Barnechea, insiste en concentrar su atención en el Cerro 18, zona estigmatizada como origen de delincuencia, pero donde viven muchas otras familias que circulan bajo sospecha. Este control arbitrario sobre la población, manifestado y retroalimentado de recolección de información, carece hoy de controles suficientes. No solamente se aleja de los fines de la persecución penal, sino que profundiza en los temas donde radica buena parte del problema de la delincuencia: la segregación socioeconómica.

Este ciclo se vuelve determinante una vez dentro del proceso penal con investigados individualizados: la capacidad de obtener cantidades ingentes de información es controlada por quienes tendrán la misión de convertirla no en justicia, sino en condena.

La selección de ‘datos’, hecha de forma intensiva -dadas las herramientas tecnológicas- y discrecional, dada la falta de controles, resulta útil para la persecución, incluso en aquellos casos donde la información yerra, sometiendo a personas a la tensión del escrutinio del sistema penal aun en la inocencia.

Sin pruebas en contra, más que su historial en redes sociales, Bryan Seguel fue detenido en 2014, acusado de agredir a un carabinero². Si “evidencias” circunstanciales recogidas de internet son usadas por la persecución en casos distintos, con el éxito que no tuvieron en el caso del estudiante, es algo que desconocemos y que -aparentemente- no es parte del trabajo evaluar.

EL ROL DEL DEBIDO PROCESO

Los elementos ya indicados deben complementarse con el lamentable estado de la discusión pública en materia de seguridad y derecho penal en Chile. Haciendo vista gorda de estadísticas concretas para tomar decisiones de política pública, integrar la variable ‘sensación de inseguridad’ se vuelve un requerimiento popular, orientando la acción de parlamentarios y del Ejecutivo hacia una agenda penal agresiva, donde garantías del estado de derecho se confi-

guran como un obstáculo -y no un punto de partida- para facilitar la acción de los órganos encargados de la persecución criminal.

En este contexto, es especialmente relevante volver a revisar garantías procesales cuando se trata de la utilización de medios tecnológicos para la persecución de delitos. Probablemente, nunca antes en la historia de la humanidad hubo tantas oportunidades para que dichos organismos puedan realizar sus funciones.

Almacenamiento casi sin límite de información personal por privados, almacenamiento obligatorio por los prestadores de servicios de internet de números IP de sus abonados por más de un año, cámaras de videovigilancia sin políticas de almacenamiento y tratamiento y la carencia de un marco regulatorio serio que proteja los datos personales demuestran el dramatismo del estado actual de las garantías procesales básicas en el entorno en línea.

En lugar de avanzar hacia un modelo de prácticas persecutorias que se enmarquen en el respeto a los derechos fundamentales, el modelo chileno avanza peligrosamente a un modelo de discrecionalidad y arbitrariedad de órganos persecutores, con la venia de una política pública contextual y orientada más por encuestas que por la evidencia empírica.

Los problemas anunciados no derivan solo de la falta de regulación. Tampoco son problemas que se ilustren, al menos meramente, en una legislación penal que se mueve al vaivén de la contingencia. Son problemas mucho más profundos y que tienen que ver con el control, los pesos, los contrapesos de la autoridad y la arbitrariedad en democracia.

Cuando el avance tecnológico del que somos testigos diariamente se conecta con esta arbitrariedad perdemos autonomía y la posibilidad de enfrentar el poder del Estado en condiciones mínimas. Este inusual e inesperado tándem contribuye a la construcción de una sociedad de sospechosos, donde la presunción de inocencia y el debido proceso son un estorbo molesto y no la garantía para una sociedad con un trato un poco más igualitario. 

² <http://www.24horas.cl/nacional/sospechoso-de-ataque-a-carabinero-queda-en-libertad-1239313>



Datos gubernamentales abiertos y derecho al olvido:

Tensión entre derecho a la información y derecho a la protección de datos personales

► Por **Patricia Reyes O.**, profesora Escuela de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso.

La sociedad ha cambiado significativamente en los últimos años. En palabras del sociólogo español Sáez Vacas (2005)¹, estamos viviendo en un nuevo entorno tecnosocial, que revela una transformación significativa de las estructuras sociales, económicas, culturales y, por supuesto, del poder.

Esta transformación, con causa fundamental en la emergencia y evolución de las tecnologías de información y comunicación (TIC) y de internet, ha generado una verdadera revo-

lución y cambio de paradigma, en términos de Thomas Khun (2005)².

En este nuevo contexto, la información se constituye en una infraestructura básica, imprescindible para la vida en sociedad, y su comunicación en un servicio que debe ser provisto a los individuos.

El proceso informativo deviene en esencial para la democracia, pues permite un debate libre e informado, componente jurídico previo a la toma de decisiones públicas y necesario para la legitimación de las mismas.

¹ SÁEZ VACAS, Fernando. *El poder tecnológico de los infoc Ciudadanos. Diarios y conversaciones en la Red Universal Digital*. En: Revista Telos N° 65. Madrid. Octubre-Diciembre 2005. [Consulta: junio 2016]. En línea: <http://sociedadinformacion.fundacion.telefonica.com/telos/articulocuaderno.asp?idarticulo=4&rev=65.htm>

² KHUN, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de Cultura Económica de España. 1971. 318 p.



En la práctica, se toma cada vez mayor conciencia de que una ciudadanía bien informada garantiza que mejores representantes serán elegidos. Es un componente crucial de la fiscalización gubernamental y presupuesto para una mayor participación ciudadana que refuerce la innovación, la colaboración y la competitividad.

A partir de ello, se puede afirmar hoy que un estado democrático debe fundarse en el principio general de la publicidad y en el derecho de los ciudadanos a la información y que, por tanto, el secreto, la reserva y la confidencialidad deben ser excepcionales y justificados.

En este marco, y siendo la información un bien básico que debe estar al alcance de cualquier ciudadano, será determinante la necesidad de una infraestructura amplia y segura, que otorgue acceso a cada uno de este bien básico bajo estándares de apertura, gratuidad, calidad y permanencia, entre otras. Sólo cuando ello sea efectivo se dará eficacia jurídica al derecho a la información, que garantiza a todo ser humano el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones, ideas y opiniones según establece el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)³.

APERTURA DE DATOS

Bajo estas premisas surgió, hace ya algunos años, un movimiento que reconociendo el enorme valor de la información y del derecho a ella, intenta crear conciencia e incentivar el conocimiento abierto o la apertura de datos (*open data*), compeliendo a los responsables de la información a crear un acceso a la misma que cumpla con ciertos estándares que permitan que los datos puedan, además, ser usados, reutilizados y redistribuidos por cualquiera que acceda a ellos.

Es posible ver cómo la apertura de datos se concibe entonces como una verdadera filosofía o doctrina que, basada en el derecho humano a la información, propugna de manera tangible la “democratización de la información”. En su más avanzada conceptualización, esta doctrina establece que los datos pasan por un ciclo de vida y/o flujo de procesamiento, en el cual son recogidos, estructurados, *linkeados* o enlazados por los distintos agentes, para permitir su distribución

“El paradigma de los datos gubernamentales abiertos supone que cualquier motor de búsqueda encuentre e indexe la información, permitiendo posteriormente a los individuos usarla, reutilizarla y redistribuirla, provocando estos procesos informacionales una separación de la información desde su fuente primaria hacia múltiples e incluso desconocidas fuentes secundarias y terciarias”.

oportuna e incentivar luego la supervisión y/o corrección por el público que los utiliza.

Esta conceptualización recibe el nombre de datos abiertos enlazados (*open linked data*) y constituye la esencia de la *web* semántica o *web* de datos. En efecto, este nuevo paradigma exige datos abiertos, ojalá enlazados por los usuarios o por máquinas, los que son leídos e indexados por los motores de búsqueda, permitiendo así el más amplio intercambio de información.

En consonancia y como especificidad de este concepto de datos abiertos aparece el de datos gubernamentales abiertos (*open government data*)⁴, que afirma que, tratándose de información pública, ésta debe ser fundamentalmente abierta, permitiéndose ampliamente su uso, reutilización y redistribución, atendido especialmente su alto valor público (Moore, 1998)⁵.

Hoy se puede afirmar que esta apertura de datos gubernamentales es un fenómeno global, adoptado por numerosas administraciones públicas, y considerado crucial en la agenda política de los países, como un instrumento eficaz para lograr la transparencia, el intercambio de conocimientos, la participación y la cooperación, y también recomendado en la

³ Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948. [Consulta: junio 2016]. En línea: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

⁴ *Open Government Data*. [Consulta: junio 2016]. En línea: <http://opengovdata.org/>

⁵ MOORE, Mark. *Gestión Estratégica y Creación de Valor en el Sector Público*. Barcelona: Paidós. 1998. 438 p.

lucha contra la corrupción y las malas prácticas administrativas dentro del sector público⁶.

Al respecto, la Comisión Europea ha declarado que la adecuada apertura de datos gubernamentales fortalece la transparencia, la eficiencia y la rendición de cuentas de los gobiernos y contribuye a la potenciación de los ciudadanos⁷.

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Sin embargo, la misma comisión ha visto con creciente preocupación el efecto de la apertura y reutilización de la información pública, amparada en el derecho a la información, en lo que concierne al derecho a la protección de los datos personales, que reconoce a los titulares de los datos el derecho sobre ellos y el poder de controlar el uso que los terceros hacen de los mismos.

Lo anterior, especialmente si consideramos que el Estado es el mayor detentador de información de los individuos a partir de las numerosas bases de datos y sistemas de información pública que administra, por lo que su apertura para uso, reutilización y redistribución sin condiciones puede tener graves consecuencias en la protección efectiva de este derecho de las personas sobre sus datos.

Un ejemplo de ello se puede observar a la luz de lo que el Tribunal Europeo de Justicia, en la ya famosa sentencia a favor del ciudadano español Mario Costeja (2014)⁸, recogió como derecho al olvido, al reconocer claramente la existencia del derecho de una persona para ver en todo momento sus datos personales representados correctamente, de acuerdo con la veracidad de los hechos y su contexto.

⁶ REYES, Patricia. *Gobierno Abierto. Una plataforma para un efectivo derecho de acceso a la información pública*. En: Reyes, Patricia (Coord.). Ciudadanas 2020. El gobierno de la Información. Santiago de Chile: LOM. 2013. p. 221 a 240.

⁷ Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, relativa a la reutilización de la información del sector público. [Consulta: junio 2016]. En línea: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1467645860517&uri=CELEX:02003L0098-20130717>

⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 13 de mayo de 2014. *Google Spain SL y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González*. [Consulta: junio 2016]. En línea: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES>

Vemos aquí cómo este reconocimiento del derecho al olvido plantea una cuestión crítica, a la luz de la comprensión del derecho a la información representado por la doctrina de la apertura de datos gubernamentales.

Por un lado, tal como hemos dicho, el paradigma de los datos gubernamentales abiertos supone que cualquier motor de búsqueda encuentre e indexe la información, permitiendo posteriormente a los individuos usarla, reutilizarla y redistribuirla, provocando estos procesos informacionales una separación de la información desde su fuente primaria hacia múltiples e incluso desconocidas fuentes secundarias y terciarias.

Por otro lado, en materia de protección de datos personales, se reconoce tanto el principio de finalidad del tratamiento, que establece que los datos personales no deben ser procesados posteriormente a su obtención de una manera incompatible con los fines determinados, explícitos y legítimos para los que se recogieron; como el derecho de los titulares de los datos a solicitar en todo momento la rectificación, cancelación e incluso a oponerse a un tratamiento ilegítimo de sus datos.

Conciliar ambos aspectos se transforma así en una cuestión trascendental en un estado constitucional de derecho. Para el logro de este objetivo se propone considerar la aplicación de las siguientes acciones:

APERTURA VERSUS PROTECCIÓN

Como cuestión fundamental, las políticas de apertura y las de protección deben tener objetivos similares, esto es crear un ambiente legítimo y justo para la circulación y el tratamiento de los datos.

Seguidamente, es fundamental que los organismos del sector público adopten un enfoque proactivo en la apertura de los datos para su reutilización, asegurando condiciones y garantías específicas respecto de los datos personales involucrados. Entre ellas destacamos⁹:

⁹ SAARENPÄÄ, Ahti. *Legal well-being and Legal Informatics- the View from the University of Lapland*. Finlandia. 2012. (Texto proporcionado por el autor).



1. Evaluación previa de la información que pone a disposición, para determinar claramente la información que contiene datos personales y el riesgo involucrado.
2. Actualización constante del conjunto de datos publicado (*dataset*), en conformidad con las actuales circunstancias del individuo, considerando en dicha actualización tanto la fuente primogénita como las indexaciones en los buscadores.
3. Anonimización de la información previo a su tratamiento, a fin de mitigar los riesgos.
4. Exigir medidas de seguridad de protección de datos personales contenidos en la información del sector público que se aperturice, a través de detalladas licencias de uso y reutilización, que incluyan entre otras condiciones, por ejemplo, la prohibición de re-identificación de los individuos y la reutilización de los datos personales; cláusula de protección de datos personales cada vez que se reutilizan; exigencia de evaluación de impacto sobre los datos personales y aclarar que la reutilización debe estar supeditada a la finalidad de su recogida; y exigencia de anonimización y desindexación de los motores de búsqueda una vez compartida.

Concluyendo, se debe señalar que además de operativizar el derecho a la información, es evidente el potencial de la apertura de los datos gubernamentales, ya que ella produce un flujo innovador de información en la nueva economía digital y, si consideramos su incidencia en la transparencia y rendición de cuentas, resulta también un elemento relevante para el juego democrático.

Sin embargo, este régimen también exige medidas de seguridad para la eficaz protección de los datos personales contenidos en la información pública que se apertura para ser usada, reutilizada y redistribuida, pues constituye un derecho fundamental que debe ser protegido, en la medida que ésta permite el pleno desarrollo del individuo y la no conculcación de otros derechos fundamentales.



En definitiva, debemos entender que el derecho a la información y la protección de datos personales son realidades que se inscriben como derechos fundamentales y gozan de los atributos de universalidad, inalienabilidad, progresividad, imprescriptibilidad e interdependencia, cuya tutela, garantía y difusión son, sin duda, una condición *sine qua non* para que las democracias contemporáneas cumplan con ese estándar que les exige la dignidad de la persona humana, en el marco de un estado constitucional de derecho. 



Medios de comunicación y noticias criminales:

LA HORA DEL OLVIDO

► Según el autor, más allá de la reconocida relevancia del derecho a la información y de la libertad de expresión para la democracia, si los medios de comunicación no incorporan a los contenidos de internet los mecanismos de olvido que toda sociedad requiere para sobrevivir, pueden transformarse en una grave amenaza para la paz social.

► Por **Carlos Reusser M.**,
abogado y magíster en informática y derecho,
Consejero del Instituto Chileno de Derecho y Tecnologías.





Durante decenas de años, en las escuelas de derecho se nos ha enseñado que la libertad de expresión y el derecho a la información son principios y derechos cardinales de las sociedades democráticas. Ya en 1976 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos relevó el rol de la libertad de expresión, señalándolo como “uno de los principales fundamentos de una sociedad democrática y una de las condiciones más importantes para su progreso y el desarrollo individual”¹. Y esta libertad se concreta, tradicional pero no exclusivamente, en la labor que desarrollan los medios de comunicación en general.

Tanto es así, que incluso en la mayoría de las legislaciones -incluida la chilena-, en principio el derecho a la protección de datos cede ante el derecho a la información, dada su relevancia y preminencia para el desarrollo de una democracia libre e informada.

Subyace a lo anterior el sano ejercicio del periodismo, esa actividad que consiste en descubrir temas relevantes, investigarlos y, mediante una metodología que permita contrastar el hecho con la información que se tiene de ellos, darlos a conocer mediante su publicación, cuando poseen interés público, como suele ser la situación de algunos casos de persecución penal.

Pero, como ustedes saben, con el paso del tiempo los medios de comunicación comenzaron a ofrecer versiones digitales de las noticias, para luego disponibilizar esas ediciones en forma permanente al público a través de internet y, también, a los motores automatizados de indexación de información.

Y así los medios de comunicación sufrieron una radical conversión: de vehículos que hacían posible la difusión e intercambio de noticias e ideas, facilitando la discusión de los grandes y pequeños temas, han devenido en una grave amenaza a la paz social.

¿Por qué? Porque todo nuestro entramado de relaciones sociales está basado en el hecho de que, por nuestras naturales limitaciones, en un relativo corto plazo la memoria cederá, olvidaremos muchas situaciones, los recuerdos serán vagos y dejaremos de reprocharnos mutuamente nuestras faltas, nuestras acciones y omisiones.

¹ STEDH de 7 de diciembre de 1976, en caso *Handyside vs Reino Unido*, el primero que versó sobre derecho de la información.

“Los medios de comunicación sufrieron una radical conversión: de vehículos que hacían posible la difusión e intercambio de noticias e ideas, facilitando la discusión de los grandes y pequeños temas, han devenido en una grave amenaza a la paz social”.

El sistema jurídico funciona con idéntica lógica: los delitos prescriben, se dictan amnistías, los plazos precluyen, caducan las acciones, etc. Es decir, después de cierto tiempo la consigna es olvidar, tanto por certeza jurídica como por pacificación social.

OLVIDAR PARA SOBREVIVIR

¿Por qué? Porque como dice Serrat en una canción sobre la plasticidad de la memoria, hay que sobrevivir. Porque nadie puede pasarse la vida recordándonos los errores o aciertos del pasado. La vez que no ayudaste a alguien que lo necesitaba. El día que hurtaste un caramelo del supermercado. Una deuda antigua. El día en que, pasado de copas, te trezaste a golpes con tus amigos y terminaste conociendo las profundidades de un calabozo. E incluso cuando fuiste acusado o condenado por ello.

Pero en el frenesí de la digitalización, los medios de comunicación hacen disponibles en internet antiguos hechos, noticias e imágenes de los cuales ya no quedaba rastro en la memoria colectiva ni en la personal. El pasado vuelve al presente como si todo hubiere ocurrido ayer, destruyendo a su paso la imagen y honra de las personas y sus familias, como también anulando las posibilidades de reinserción social de quienes fueron acusados o condenados judicialmente.

¡Ni perdón, ni olvido! es la consigna mediática. Aquellas cosas que debieron ser olvidadas, porque no hay buenas razones para recordarlas, afloran -inmunes al paso del tiempo- a través de la indexación de los contenidos que hacen los motores de búsqueda y en nombre de la libertad de expresión.

“¡Ni perdón, ni olvido! es la consigna mediática. Aquellas cosas que debieron ser olvidadas, porque no hay buenas razones para recordarlas, afloran -inmunes al paso del tiempo- a través de la indexación de los contenidos que hacen los motores de búsqueda y en nombre de la libertad de expresión”.

Es entonces cuando se empieza a hablar del derecho al olvido, es decir el derecho a pedir que se excluyan de internet, o al menos de los buscadores automatizados, ciertas cuestiones de índole personal que no deberían importarle a nadie.

No se trata de una institución nueva, sino que forma parte de las instituciones ‘de olvido’ transversales a nuestro derecho, como también lo son las ya mencionadas prescripción, caducidad, preclusión, amnistía y otras, y que se traducen en fórmulas más específicas, como la eliminación de anotaciones penales, el vencimiento de registros informáticos bancarios, el derecho a cancelación de datos personales desde bases de datos, etcétera: son instituciones que permean todo nuestro derecho, consustanciales al mismo.

Dada la contingencia tecnológica, todos celebramos la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 2014, pronunciada en el caso de *Google* contra la Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja², en la cual los juzgadores zanjaron una larga polémica decidiendo que el tratamiento de datos que realizan los motores de búsqueda está sometido a las normas de protección de datos de la Unión Europea y que las personas tienen derecho a requerir que los enlaces a contenidos con sus datos personales no figuren en los resultados de los motores de búsqueda, con las excepciones que la misma sentencia contiene.

Es decir, se consagra como realidad lo que se ha llamado *derecho al olvido* (denominación doctrinaria, como lo es también

² Nos referimos a la sentencia recaída en el caso C-131/12 “Google Spain, S.L., Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González”, fallado por la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

el *non bis in idem*), que es la aplicación de los derechos de cancelación de datos personales a la información disponible en internet, aun cuando la publicación original contenga información de origen legítimo.

Sin embargo, noten una particularidad: estas acciones legales fueron autorizadas contra los motores de búsqueda y no contra los medios que proporcionaron la información original, pues teóricamente el análisis de la legitimación es diferente. A los buscadores se les ha dicho expresamente que no tienen autorización del titular y que tampoco tienen los privilegios de los medios de comunicación social, y que es esa la razón por la cual se cuestiona su actividad.

JURISPRUDENCIA Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Pero a los medios de comunicación no se les ha formulado ningún reproche. En teoría, las acciones relacionadas contra los buscadores de internet para que “olviden” ciertos contenidos no pueden intentarse contra los medios periodísticos, pues ellos publican datos personales en un contexto noticioso y actúan en nombre de la libertad de expresión, lo que les legitima para actuar como lo hacen y ¿les hacen inmunes ante los principios y normativa de protección de datos?

La evolución de las ideas de libertad y de igualdad a lo largo del tiempo, y el consecuente desarrollo de la teoría de los derechos fundamentales, llevó a la conclusión de que la libertad de la prensa no podía ser un gracioso privilegio concedido por la autoridad pública a sus adeptos, sino que se trataba de un auténtico derecho y que ya no se podía impedir la existencia de medios de prensa y su actividad de difusión de ideas y noticias.

Pero hay una parte esencial de la historia que, a mi entender, está ausente: ¿en qué momento se les dijo a los medios de comunicación que, además de su actividad habitual, tenían derecho a tomar todos los datos personales que hubieran capturado en su historia y que, rompiendo las fronteras del tiempo y del espacio, en nombre de la libertad de expresión, tenían derecho a ponerlos a disposición a lo largo y ancho de todo el mundo y durante toda la eternidad?

Recordemos que los datos personales son, precisamente, de las personas y su conocimiento por terceros les hace creer a éstos que saben algo sobre ellas y que están en posición de



tomar alguna decisión (usualmente arbitraria) a su respecto. Y tal vez cuando fue publicada la noticia que contenía datos de una persona determinada, ello aconteció por tratarse de información sobre cuestiones relevantes para la salud o la seguridad pública, o estaba enmarcada dentro de hechos de notoriedad pública, o eran importantes para la investigación científica o, en general, se trataba de un hecho noticioso de interés público.

Entonces, ¿cómo justificamos que un medio de prensa tenga noticias de hace cinco años disponibles al público mundial, indexables por los buscadores de Internet, sin límites temporales ni fecha de caducidad, aun cuando carece de interés noticioso alguno?

¿Por qué en nombre del derecho al olvido sólo podríamos accionar contra los motores de búsqueda de internet, cuando la verdad es que la legitimación del medio periodístico para mantener las viejas noticias ha desaparecido?

Afortunadamente, esta brecha está siendo cerrada correctamente por la jurisprudencia, particularmente por la sentencia de la Corte Suprema de 21 de enero de 2016 (Rol 22243 – 2015), que falló una acción de protección dirigida contra El Mercurio por publicar y mantener en internet, por más de una década, que una persona determinada era el presunto autor del delito de abusos sexuales contra menores y que había sido procesado penalmente por ello, lo que en definitiva le había impedido la reinserción social y le imponía, cada día, un estigma sobre él y toda su familia.

Entonces, después de 10 años de angustias, pidió el retiro de la noticia a El Mercurio, pero éste se negó sin una renuncia previa a toda acción legal. Y cuando los tribunales pidieron explicaciones, planteó que no podía eliminar esa información, ya que con ello vulneraría su libertad de información, base del ejercicio del periodismo y que, en cualquier caso, el derecho al olvido le era aplicable a los motores de búsqueda y no a la prensa.

Llamada finalmente a decidir el asunto, la Corte Suprema razonó que no había una real colisión entre el olvido -como protección del derecho a la integridad síquica y a la honra personal y familiar- y el derecho de informar y de expresión, pues cada uno tiene una esfera de acción propia, que puede llegar a superponerse a la otra durante un tiempo, en que en un mo-

Corte Suprema: “Todavía no se divisa el beneficio actual para la libertad de expresión de mantener un registro digital detectable por cualquier motor de búsqueda informático, de una noticia que de todos modos puede ser consultada por métodos análogos mediante el ejercicio investigativo profesional de quien esté interesado en ello”.

mento el derecho a la información prima sobre los derechos personales, pero que con el transcurso del tiempo decae, deviniendo en “atrabiliaria e inútil”, tanto para el derecho del individuo a reintegrarse en plenitud a la sociedad como para la pacificación social, por lo que ordenó directamente al diario la eliminación de la noticia de su plataforma informática.

Reforzó su posición señalando que “todavía no se divisa el beneficio actual para la libertad de expresión de mantener un registro digital detectable por cualquier motor de búsqueda informático, de una noticia que de todos modos puede ser consultada por métodos análogos mediante el ejercicio investigativo profesional de quien esté interesado en ello”.

En conclusión tenemos que, en 2016, el derecho al olvido como protector del derecho de la reinserción social de los acusados y condenados en materia penal (y de la paz social) ha tomado dos formas diferentes: una de ellas permite suprimir información personal en los buscadores en internet³, pero también tenemos otra en que la Corte Suprema ha establecido límites a la publicación de datos personales en internet directamente a los medios de comunicación, en nombre de la honra personal y la integridad psíquica de las personas.

Y desde la perspectiva de los derechos fundamentales y de la protección de los datos personales, ambas son buenas noticias. 

³ A manera de ejemplo, el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago en Causa Rol N° 1857-2015 y el de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Causa Rol N° 228-2012.



Diputado Guillermo Ceroni (PPD) explica por qué legislar sobre derecho al olvido:

“ACÁ NO TENEMOS NADA, ESTAMOS EN PAÑALES”

- ▶ Después de sufrir lo que califica como “una invasión evidente de mi privacidad”, el parlamentario promueve una moción para legislar sobre el derecho al olvido en Chile, mediante sanciones dirigidas a los motores de búsqueda. Las siguientes son sus razones.

▶ Por **Marcelo Padilla V.**,
periodista Unidad de Comunicaciones
Defensoría Nacional.



Cerca de las 11 de la mañana del 4 de noviembre de 2015, un reportero gráfico de la Agencia Uno enfocó su cámara y obturó hacia el hemiciclo de la Cámara de Diputados, en Valparaíso. Lo mismo había hecho el día previo y el 22 de octubre anterior. Las imágenes captadas por el lente mostraban al diputado Guillermo Ceroni (PPD) intercambiando mensajes de Whatsapp con al menos tres usuarios.

Seis días después, el periódico electrónico El Dínamo informó que el parlamentario había sido “sorprendido enviando mensajes de contenido sexual en pleno trabajo legislativo”. La tormenta estalló rápido: dado el contenido de los mensajes privados, Ceroni se vio forzado a reconocer públicamente su homosexualidad, aunque paralelamente se querelló contra ambos medios, por considerar vulnerados sus derechos. “No hay derecho a inmiscuirse en la vida privada”, explicó.

Aunque tanto el medio electrónico como la agencia emitieron rápidamente declaraciones que buscaban enfocar el debate en el hecho de que Ceroni habría estado “desatendiendo la labor para la que fue elegido”, de modo

que “ese es el tema relevante y no los destinatarios de sus mensajes”, la discusión pública se centró precisamente en cuestionar el valor ‘noticioso’ de su condición sexual, cuestión que forma parte de la vida privada de cualquier persona.

En abril de este año y motivado por esta experiencia, que califica como “traumática”, Ceroni gestionó y patrocinó una moción parlamentaria que busca modificar la Ley N° 19.628, “para efectos de garantizar, al titular de los datos personales, el derecho al olvido” (Boletín N° 10608-07). Sentado hoy en la oficina de su bancada en el ex Congreso, en Santiago, el diputado explica sus motivaciones en torno a esta iniciativa.

“Uno de los derechos más fundamentales es el de la privacidad. Es fácil que los medios digitales la invadan, publicando distintas situaciones de vida de las personas en estas páginas o en los motores de búsqueda, que siguen reproduciéndose por todo el mundo. Eso es peligroso, porque a través de esta invasión se tergiversa o desvirtúa lo que es esa persona, a través de una información parcial que afecta su integridad”, señala.

-¿Esto es, precisamente, lo que le ocurrió a usted?

-Claro. Aún hoy, si me meto a *Google*, sale casi sólo eso. Lo encuentro increíble... ‘el diputado Ceroni fue sorprendido por temas sexuales’... Lo primero que aparece es eso. Lo mismo en noticias, cuando yo tengo muchas noticias más, que han aparecido en el mismo *Google*.

-¿Por qué le interesó el tema del derecho al olvido?

-Me preocupó porque sufrí una invasión evidente a mi privacidad. No tenía que ver con el derecho a la información y la libertad de prensa, que opera cuando un hecho es de interés público. Obviamente nadie la va a coartar cuando, incluso, como parte de una labor investigativa, tiene que ver con un delito. Cuando hay un delito y la prensa hace una labor investigativa puede afectar, en teoría, la privacidad de las personas, bajo razones fundadas. Cuando no es así, no tiene ningún derecho.

-¿Por eso decidió querellarse?

-Por eso lo llevé a los tribunales. La investigación sigue adelante, se produjo la formalización en el tribunal de Valparaíso. Los responsables de El Dínamo y Agencia Uno fueron formalizados y pidieron el sobreseimiento, pero el juez no se los dio y el tema pasó a la Corte de Apelaciones, que también se los rechazó.

“Sufrí una invasión evidente a mi privacidad. No tenía que ver con el derecho a la información y la libertad de prensa, que opera cuando un hecho es de interés público (...). Cuando hay un delito y la prensa hace una labor investigativa puede afectar, en teoría, la privacidad de las personas, bajo razones fundadas. Cuando no es así, no tiene ningún derecho”.

MOTORES DE BÚSQUEDA

-La viralización de videos íntimos o la vigencia perpetua de la ‘huella de internet’ -por ejemplo una imputación penal antigua, que reaparece siempre en los buscadores- demuestran que las nociones tradicionales de ‘vida privada’, ‘intimidad’ o ‘datos personales’ ya no alcanzan para describir la realidad. ¿Qué nuevas respuestas necesitamos como sociedad para reequilibrar la balanza?

-Creo que lo único posible es una legislación bien drástica contra los motores de búsqueda, que siguen haciendo aparecer aspectos que no corresponden de la vida privada de las personas o aspectos que tuvieran que ver con procesos penales ya resueltos. No queda más que acciones establecidas por ley, que impliquen algún tipo de sanción a quienes manejan estos motores de búsqueda, cosa que es bien compleja.

-¿Pero no hay también un problema de filtro y calidad de la información que se difunde?

-Por supuesto que es necesario un filtro. Creo que los motores de búsqueda y sitios difunden todo lo que aparece, sin ninguna selección de la información, para dejar las cosas que tengan verdadero interés y con alguien que se responsabilice por lo que aparece. La información debe tener un verdadero interés para el resto de los usuarios... ¿Por qué le puede interesar a alguien ver aspectos quizás mínimos de la vida de una persona? Creo que los motores de búsqueda se han transformado en espacios de chismografía, a veces. Deberían tener un nivel de mayor seriedad, de permitir la interconexión de antecedentes y datos materiales que puedan servir un poco para conocimiento, para poder tener opiniones sobre distintos temas. Pero los aspectos de vida privada no deberían, realmente, casi, ponerlos...

-¿Ve usted en esto una responsabilidad de la propia sociedad?

-Evidentemente. En la medida que la sociedad tuviera una actitud distinta frente a estos temas, que demostrara que esos temas no le interesan, esos motores de búsqueda no tendrían presente ese tipo de contenidos o aspectos de la persona. Pero es difícil, porque lo que muchas veces dan en los noticieros son las cosas más brutales, más escandalosas, los accidentes, lo más dramático... y eso es porque a la gente



le gusta eso. La sociedad está en una postura que permite y fomenta esto. La verdad, es un callejón sin salida.

-Hay quienes dicen que en esto el Estado es innecesario y otros creen que éste debe modificar sus formas de actuación o que debe relevarse su función policial para proteger mejor a los individuos... ¿Bastan las categorías tradicionales para responder o hay nuevos factores?

-El problema es en qué consiste la mano dura. Si es en sanciones penales... no, pues. Creo poco en ellas, porque jamás han sido inhibitoras de las conductas. Por eso siempre he sido crítico cuando se trata de solucionar problemas delictivos a través de ellas. Yendo a tu pregunta, creo que las herramientas tradicionales no sirven mayormente. Son poco eficientes. Y qué cosas podrían servir, realmente no tengo la respuesta.

ELIMINAR CONTENIDOS DAÑINOS

-El proyecto que usted patrocina tiene que ver con una dimensión específica de este tema...

-Es el derecho al olvido: los motores de búsqueda tendrían que eliminar todos aquellos contenidos, pasado cierto tiempo. Eliminar, por ejemplo, los antecedentes penales, que han cumplido etapas para salir de los certificados de antecedentes. El motor de búsqueda debería hacerlo igual.

Cuando una imputación afecta a una persona y en un juicio es declarada inocente, el motor de búsqueda debería eliminarlo. Lo mismo una serie de hechos perjudiciales y atentatorios con la privacidad de las personas y que no tienen interés público.

Lo que debe debatirse es cómo exigir ese borrado, a través de qué herramientas. En los medios de comunicación existe el derecho a rectificación, a réplica, pero eso es más complejo con los motores de búsqueda. Por eso digo que esto no afecta la libertad de prensa. La Asociación Nacional de la Prensa (ANP) vino a preguntarme por este proyecto. Hice la distinción: en un medio de prensa escrita tenemos una serie de herramientas para aclarar, rectificar, replicar o desmentir información. Todo eso existe y alcanza a los motores de búsqueda de ese periódico, pero necesitamos una legislación general, que obligue a todos los motores de búsqueda. Acá no tenemos nada, estamos en pañales.

-¿Usted cree que el Estado no tiene las herramientas suficientes o la capacidad legal como para obligar?

-Creo que el Estado no tiene las herramientas suficientes. Que se aclare que una persona es totalmente inocente de lo que se le imputa, naturalmente que debiera obligar, pero dentro de las limitaciones que tenemos, no podemos establecerlo en todos los motores de búsqueda. La incapacidad del Estado es respecto de cómo obligar, más allá de los medios legales.

El tema es cómo difundir eso a través de los medios informáticos. No lo veo aplicable. ¿Cómo rescatamos el contenido dañino de las ‘carreteras de la información’, si ya está publicado y sigue circulando? ¿Cómo impides que ello ocurra? Quizás tendría que haber una sanción para el dueño de la información quedara inhibido de lanzarla. Que hubiera una legislación respecto de cuando la persona dueña de la información tiene o no derecho a lanzarla. Y si lo hace tendría que haber una sanción penal, no más.

Tiene que entenderse que esto no es un tema de libertad de prensa, en que una información errónea se puede corregir fácilmente. Porque el dueño de la información la lanza a través de sitios que ni siquiera él mismo controla. No tiene el poder de lograr que esa información quede sin efecto. Tendría que haber suficientes sedazos para que una información pueda lanzarse sólo en la medida que hay justificación legal suficiente para hacerlo. Interés periodístico, interés público. En fin, un respaldo legal. Por eso hay que reglamentar bien, porque no se trata de inhibir que se lance cualquier información. La idea es que si la información no pasa los filtros de validación, por así decirlo, no se pueda publicar, una cosa así.

LEGISLACIÓN INSUFICIENTE

-En este ámbito, aparte de la Ley N° 19.628, pareciera que la normativa legal sobre estos temas es escasa...

-No tenemos otra legislación. De hecho, nuestro proyecto es inédito, no existe nada previo, ni siquiera en el tema de la privacidad. La ley de protección de datos personales es nueva y creo que esto ha nacido precisamente por todos los elementos que tenemos hoy como sociedad para facilitar la difusión de los datos personales, lo que afecta los derechos de las personas incluso desde el punto de vista comercial. Eso hizo necesario esta ley.

-¿Estamos respondiendo tarde, como sociedad, a estos problemas?

-Estamos respondiendo a hechos en los que se han visto afectadas personas. Hemos legislado a partir de las dificultades que han experimentado distintas personas a raíz del uso de sus datos personales, pero no porque nos hubiéramos anticipado.

“Lo que debe debatirse es cómo exigir ese borrado, a través de qué herramientas. En los medios de comunicación existe el derecho a rectificación, a réplica (...) Todo eso existe y alcanza a los motores de búsqueda de ese medio, pero necesitamos una legislación general, que obligue a todos los motores de búsqueda. Acá no tenemos nada, estamos en pañales”.

-¿No existen otras instituciones del Estado capaces de anticipar escenarios como éstos?

-No. Si te fijas, el Consejo para la Transparencia, por ejemplo, está justamente en el ámbito contrario, en cuanto a que busca transparentar todos los antecedentes posibles respecto de las autoridades y otros funcionarios públicos. Pero son instituciones o expresiones aisladas... Incluso la figura del *Ombudsman* (defensor del pueblo) no sólo no se ha creado en Chile, sino que no es para eso. Quizás esa institución podría tocar estos aspectos.

-¿Le parece a usted suficiente la Ley N° 19.628 en torno a la complejidad del problema?

-Creo que no. Con la experiencia se va viendo que no es suficiente. Es un paso, como todas las leyes, en que la práctica va haciendo ver sus falencias, para ver cuáles son los puntos que hay que perfeccionar. Entre los parlamentarios, por ejemplo, se discutió mucho este tema a partir de los escándalos que empezaron a producirse. El tema de la presunción de inocencia o de una mayor privacidad en las investigaciones, básicamente esto último. Algunos parlamentarios lo cuestionaron cuando vieron a cercanos siendo investigados. Sólo fue a raíz de eso, antes no se identificaba como un problema. 



'MANOS LIBRES', ARTE EN PRISIÓN

“Tal vez el pecado original no sea sino nuestra caída en la expresión racional y antirrítmica a la cual bajó el género humano y que más nos duele a las mujeres por el gozo que perdimos en la gracia de una lengua de intuición y de música que iba a ser la lengua del género humano”.

Gabriela Mistral

Entre el 6 y el 30 de abril pasado, en el tercer piso del Edificio A del Museo Gabriela Mistral, una exposición gratuita, bautizada con ese nombre, llamó la atención del público. Se trataba de obras hechas a partir de ropa reciclada, doblada, convertida en rollos o, derechamente, intervenida con otros materiales.

Algunas tenían hilvanos que parecían toscos, con mensajes muy duros: “Esperando mi libertad me han salido raíces (SIC)”; “Yo aquí dando la hora” o “No a la violencia, sí a la vida”.

La exhibición recogió el trabajo que Juanita Vial, una ex productora de moda, desarrolla desde hace tres años con mujeres internas en el Centro Penitenciario Femenino (CPF) San Miguel. Aunque la idea original era hacer un taller de reciclaje textil, el trabajo fue ampliando el concepto, hasta transformarlo en un espacio de investigación artística.

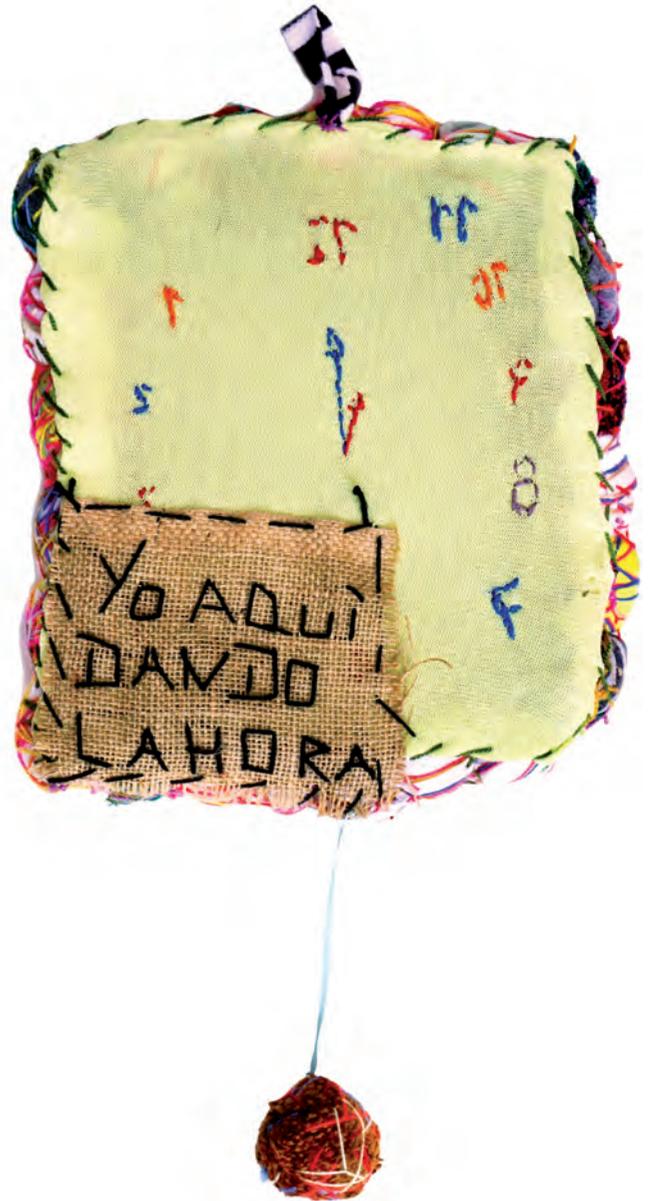
Allí, las reclusas dan rienda suelta a su imaginación. Trabajan con ropa usada, que doblan y convierten en rollos y pelotas, para luego coserlas con lanas, creando así verdaderos objetos de arte en los que dejan impresos sus emociones, sueños y pensamientos.

Todas las piezas expuestas se inspiran en el dolor de ser culpado, homenajeando así a la poetisa chilena Gabriela Mistral, quien cuando niña fue acusada injustamente de robar en su escuela de Montegrande. “Revista 93” quiso recoger algunas imágenes de estas obras, hechas por mujeres privadas de libertad que van rotando en el taller de acuerdo a la duración de sus condenas.

Es arte carcelario, que vuela con alas de libertad, expresado en infinidad de objetos decorativos, sillas, sillones, cuadros, cojines, lámparas, muñecas, cucharas y animales. 

Fotos: gentileza Museo Gabriela Mistral (GAM).









Jorge Abbott cuenta detalles de su
batalla legal contra Google

“Tenemos
la deuda
de instalar
adecuadamente
la presunción
de inocencia”

► En febrero de 2012, el Fiscal Nacional presentó un recurso de protección en contra de *Google*, exigiendo que el buscador desindexara informaciones “injuriosas y calumniosas” contra él y su familia. Finalmente, la justicia falló a su favor.

► Por **Marcelo Padilla V.**,
periodista Unidad de Comunicaciones
Defensoría Nacional.

“**J**orge Abbott Charmé: el abogado y ex fiscal regional más corrupto de Chile”, decía uno de los escritos viralizados por internet que Luz María Abbott, una de las hijas del actual Fiscal Nacional -también abogada- encontró en la red el 22 de enero de 2012.

Casi un mes después, el 21 de febrero del mismo año, y tras investigar lo que ocurría, Abbott interpuso un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, denunciando “publicaciones injuriosas y calumniosas” contra él y su familia. La acción constitucional se dirigió contra los administradores de *Google.cl*, el sistema de correo electrónico *Gmail.cl* y una serie de páginas *web* que habían difundido tales contenidos.

“Todo esto partió después de participar como abogado particular en la investigación de una estafa sufrida por mi cuñada en la construcción de su casa. La empresa constructora, que aparecía como muy solvente, lograba tal confianza en sus clientes, que al poco tiempo conseguía un contrato y recibía el pago total antes de que éste llegara al 30 por ciento de construcción”, recuerda Abbott.

Según el abogado, mientras ejercía previamente como fiscal regional de Valparaíso había conocido un caso similar, de modo que empezó a buscar otras víctimas y, tras encontrarlas, presentó una querrela por estafa y el mentado recurso.

“Quien estaba detrás de todo era un personaje casi literario, que se hacía llamar Stavros Luksic, cuya especialidad básica eran las estafas por internet. Tenía gran conocimiento computacional, y cuando logramos individualizarlo, armó una campaña por internet en mi contra y creó todas estas direcciones”.

“Quien estaba detrás de todo era un personaje casi literario, que se hacía llamar Stavros Luksic, cuya especialidad básica eran las estafas por internet. Tenía gran conocimiento computacional, y cuando logramos individualizarlo, armó una campaña por internet en mi contra y creó todas estas direcciones, pidiendo a autoridades, medios de comunicación y otros que retuitearan su mensaje y la dirección del *blog* donde me denunciaba. Construyó una historia a partir de entrevistas reales que yo había dado como fiscal regional. Tomó mucha información verdadera y le incorporó datos falsos, para configurar una historia perversa sobre mí, que instaló en la *web*”, explica.

A poco andar, la bola de nieve empezó a crecer. Aunque al principio Abbott y sus hijos manejaron el tema reservadamente, luego las denuncias en su contra llegaron a oídos de su mujer: “Ella sufrió un impacto tremendo, porque se encontró con esto sin tener información previa. Por lo mismo, decidimos apurar las acciones. De hecho, yo podría no haberme enterado de esto si una amiga de mi hija no lo hubiera visto o no le hubiera avisado. Si hubiera seguido, mucha gente cruzaría hoy la calle al verme. Fue desagradable, pero al menos encontró acogida en el órgano jurisdiccional, que entendió el problema”, aclara.

Al momento de evaluar qué hacer, Abbott recuerda que no le parecía posible que informaciones como ésta existieran en la *web* “sin que uno pudiera accionar contra quien aparecía como responsable. Al ver hacia dónde dirigir la acción, nos fuimos dando cuenta que los sitios *web* que la contenían estaban en todo el mundo. Es imposible llegar a ellos. Incluso mandé correos a algunos sitios relativamente conocidos y bajaban la información, pero había otros con servidores de otros países, así que la información seguía ahí”.

-¿Por eso decidió accionar contra *Google.cl*?

-Claro. Es muy difícil parar esto en todo el mundo, pero al menos creí que esto serviría, porque *Google* es el buscador más conocido y usado en Chile. Ellos tienen una responsabilidad en esto, porque son la vía, el medio o el intermediario a través del cual la gente accede a los contenidos. La única forma de controlar esto es a través del buscador.

El recurso del fiscal Jorge Abbott con como "corrupto" en las búsquedas del

por EL MOSTRADOR | 31 agosto 2015



El actual Director Ejecutivo Nacional de Google en Chile.

Ex fiscal Jorge Abbott gana recurso contra google.cl por blog ofensivo

► El abogado recurrió ante la justicia por "ofensas a él y su familia".

► La Corte de Valparaíso le dio la razón y ordenó eliminar del buscador "información injuriosa".

Leslie Ajola C.
Santiago

Un llamado telefónico de un tercero alertó a la familia del ex fiscal Jorge Abbott que al poner su nombre en el buscador de Google aparecían páginas web en las que se le tachaba de "corrupto" y se le inferior a una serie de ofensas. Fue entonces cuando el abogado decidió recurrir a la justicia para eliminar esa información escrita por un anónimo, que además entregaba datos y profecía inausurios en contra de su esposa y sus hijos.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso revisó el caso de la ex autoridad del Ministerio Público y ordenó a Google Chile establecer filtros

afirmaciones de carácter totalmente injuriosas como asimismo calumnias en contra de mi persona, mi cónyuge, mis hijos y mi familia", argumentó el abogado.

A su juicio, el que al mencionar su nombre en el buscador aparecía dicha información vulneraba de forma grave el derecho garantizado en la Constitución respecto "al respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia".

Agregó que "se trata de expresiones en que se nos imputa la comisión de delitos en una situación que según el caso, afecta la valoración social de mi persona y mi familia".

Agregó que "se trata de expresiones en que se nos imputa la comisión de delitos en una situación que según el caso, afecta la valoración social de mi persona y mi familia".

El caso particular. Como respuesta dijeron que existe la posibilidad directa de solicitar la eliminación de los contenidos.

En un informe de transparencia de Google se señala que desde julio de 2010, el 30% de peticiones para eliminar información realizadas por gobiernos y tribunales fueron presentadas por "difamación".

Este medio intentó además contactar al abogado Germán Ovalle quien representa a NameAction Chile. Sin embargo, el profesional no quiso referirse al respectivo caso.

Hace unos días, el profesional presentó un recurso de amparo que será revisado.

El abogado Jorge Abbott fue fiscal regional de Valparaíso.

Usted está en: Portada | NOTICIAS

Cuando el candidato a Fiscal Nacional, recurrió a Google

LA BATALLA LEGAL

Aunque la acción del actual Fiscal Nacional se dirigía contra la sociedad comercial que aparecía como representante de Google en Chile, los abogados de la contraparte negaron tener injerencia o responsabilidad para resolver el conflicto.

"Google Inc. alegó que, como motor de búsqueda, ellos no tenían responsabilidad por las páginas que aparezcan ni por su contenido. 'Si usted quiere accionar, hágalo contra esas páginas, y si quiere hacerlo contra nosotros, venga a Estados Unidos, porque nuestra residencia es aquí', nos dijeron".

Según Abbott, inicialmente él también cometió un error, porque "al presentar el recurso apunté a los sitios web y me lo rechazaron. Mi planteamiento no tuvo buena acogida, porque no lo enfoqué adecuadamente. Luego me di cuenta y reformulé el recurso antes de la vista de la causa y mi alegato lo orienté casi totalmente hacia el buscador, cuya responsabilidad es ineludible. Ahí les hizo sentido a los ministros.

-¿Qué alegó Google ante la Corte?

-Se produjo una situación bien especial. Cuando notificamos al representante en Chile, éste dijo que no los representaba legalmente. Nunca Google se sintió notificado ni emplazado. Cuando la corte resolvió a favor nuestro y lo notificamos, recién ahí la matriz de Google se hizo parte en el recurso y pidió la nulidad, en virtud de que nunca habían sido

emplazados. La Corte les dijo 'no, perdón. Ustedes fueron emplazados a través de quien era su representante'. Luego presentaron un recurso de queja en la Corte Suprema, que fue declarado inadmisibile y ahí murió el tema. Ellos reaccionaron tarde en el proceso, cuando ya estaba dictada la resolución. No pudieron echarla abajo, porque la Corte estimó que estaban debidamente emplazados.

-¿Y cuáles los argumentos de su recurso?

-Planteé a la Corte que Google tiene presencia en Chile, desarrolla su motor de búsqueda en el sistema chileno y, en consecuencia, tiene responsabilidad, pues para todos los efectos tiene residencia en Chile y tiene un representante, inscrito ante NIC Chile, de modo que lo que correspondía era notificar a esa empresa, para que la Corte, viendo los contenidos injuriosos, ordenara a ese buscador generar los filtros necesarios para que esta información no aparezca cuando alguien busque mi nombre, por ejemplo. Los únicos que pueden manejar el motor de búsqueda son ellos, nadie más.

-¿Cuál fue el resultado final?

-Esta persona terminó condenada por el tema original de la estafa. Yo no quise accionar por injurias. Como ya había resuelto mi problema con internet, me parecía que no tenía mucho sentido seguir desgastándome en otra acción, más bien quería dedicarme a otras cosas.



“Uno de los grandes problemas de nuestro sistema actual es que culturalmente no ha sido capaz de instalar la presunción de inocencia dentro del inconsciente colectivo o de la conciencia colectiva de los ciudadanos”.

EL DEBATE DE FONDO

-El argumento usual de los buscadores es que no desindexan o eliminan datos para no afectar el derecho a la información...

-Perfecto. Ese es un derecho fundamental, pero no hay derecho a afectar garantías fundamentales de los individuos. No es una censura *ex ante*. Todo esto tiene que ver con la posibilidad de que los ciudadanos puedan acceder a un órgano jurisdiccional que, conociendo los antecedentes sobre el contenido de la información,

determine que éste no se ajusta a la verdad, es de carácter injurioso o afecta de algún modo la dignidad de la persona. Es el órgano jurisdiccional el que debe revisar caso a caso. No creo en la censura previa, pero sí creo que expuestas las cosas, uno tenga la posibilidad de accionar. Y el tribunal tiene la posibilidad de ordenar no al sitio *web* donde la información está radicada, sino al buscador. Es la única forma de operativizar el sistema, porque lo otro es absolutamente imposible. Los medios responden por lo que publican. El soporte, en este caso *Google*, tiene que hacerse cargo.

-La tendencia global hoy pareciera ser asegurar el borrado de datos pasados ciertos plazos o contingencias...

-Exacto. Es perfectamente posible y razonable que exista una suerte de prescripción respecto de ciertos datos sensibles. Es absurdo que pueda haber plazos de prescripción en materia legal y no para el sistema de información *web*. Podría haber, qué le digo, disposiciones legales para que hasta sea delito entregar información de ciertas condenas, porque parece que una vez que usted entra a la *web*, nunca más puede salir de ella.



-Eso es, precisamente, lo que les ocurre a los imputados absueltos incorporados al ‘Proyecto Inocentes’ de la Defensoría...

-Exacto. En el caso de personas que en definitiva sean consideradas inocentes, creo que también tienen el derecho a que la información que los imputa sea sacada de la *web* o que se adicione, al menos, la información posterior en sentido contrario respecto de su inocencia, sin negar la información original. O sea, esta persona efectivamente fue imputada por esto, pero luego fue absuelta.

-¿Cree usted que este tema replantea el debate que se ha dado sobre la presunción de inocencia en Chile?

-Uno de los grandes problemas de nuestro sistema actual es que culturalmente no ha sido capaz de instalar la presunción de inocencia dentro del inconsciente colectivo o de la conciencia colectiva de los ciudadanos. Entonces, basta que una persona sea formalizada, o incluso que sea citada a declarar para que la gente y el medio entiendan que es responsable. Y si no lo es al final, es porque algo raro pasó, algo ocurrió. Tenemos una deuda importante como sistema y como sociedad, de instalar adecuadamente la presunción de inocencia y ponerla en nuestro consciente colectivo.

-Su caso es emblemático, porque no existían antecedentes previos... ¿Usted ve necesario legislar sobre este tema? Una moción parlamentaria reciente así lo propone...

-Recurrí al mecanismo que la Constitución franquea para estos casos de vulneración de derechos fundamentales. Creo que sería bueno regular adecuadamente, de modo que no ocurra que los proveedores o buscadores intenten eludir su responsabilidad y que se logre efectivamente evitar la vulneración de derechos de las personas.

-¿Y cuál sería el argumento para decir que el derecho al olvido no afecta al derecho a la información o la libertad de prensa?

-No lo afecta, porque nadie está restringiendo la publicación. Lo que hay es una responsabilización posterior. Se trata de que, una vez hecha, exista un sistema expedito en que uno pueda recurrir a través de un mecanismo rápido, como el recurso de protección, para determinar, a través del

“Se trata de completar el ciclo de la información. El problema es que cuando ésta es sólo parcial efectivamente termina afectando a las personas. Si uno suma la imputación y la absolución, eso cierra absolutamente el circuito de la información”.

conocimiento de un órgano jurisdiccional y un debido proceso, que la información contenida en la *web* debe salir de ella y quienes deben ser responsables de hacerlo. Que no pueda ser ubicada, porque salir de la *web* es imposible. El problema principal ocurre en el entorno social en que uno se mueve y por eso creo que esto es válido para los buscadores radicados en un país.

Lo veo difícil, pero puede que mañana podamos avanzar hacia una responsabilidad internacional, a través de la suscripción de acuerdos internacionales como el Pacto de Budapest, que nosotros todavía no suscribimos. Por ahora, hay que buscar que sea posible, a través de un recurso rápido, que se pueda hacer un examen *ex post* y ordenar, a quien hace la búsqueda, que establezca los filtros necesarios para que no se pueda acceder a esa información.

Se trata de completar el ciclo de la información. El problema es que cuando ésta es sólo parcial efectivamente termina afectando a las personas. Si uno suma la imputación y la absolución, eso cierra absolutamente el circuito de la información. Se reproduce un hecho que ocurrió y que nadie niega, pero también que hubo una sentencia que absolvió a la persona. El hecho inicial no se borra nunca, porque efectivamente ocurrió. El problema es cómo logramos obligar a que la información se entregue completa. Eso debería satisfacer las expectativas de las personas 

**Comité Editorial**

Daniela Báez Aguirre
Claudia Castelletti Font
Andrea Contreras Márquez
Francisco Geisse Graepp
María Eugenia González Inostroza
Andrés Mahnke Malschafsky
Javiera Nazif Muñoz
Rubén Romero Muza
Luis Venegas Diez

Director responsable

Andrés Mahnke Malschafsky

Editor

Marcelo Padilla Villarroel

Fotografía

Aliosha Márquez Alvear

Diseño y diagramación

Giampiero Zunino Dell'Orto

Impresión

Maval

Contacto

revista93@dpp.cl

Distribución gratuita

ISSN 0718-8664

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta publicación, por cualquier medio o procedimiento, sin contar con la autorización previa, expresa y por escrito de la Defensoría Penal Pública. Las expresiones contenidas en los artículos son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan, necesariamente, la opinión de la Defensoría Penal Pública.