

Pontificia Universidad Católica de Chile
Magíster en Derecho
Mención Derecho Constitucional
Curso: Conflicto de Derechos
Prof. Ángela Vivanco – María José Lezana

DERECHO AL OLVIDO Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN: ELIMINACIÓN DE REGISTROS DE PRENSA

Jaqueline Noemí Reyes López.

Santiago, 30 de mayo de 2016.

Introducción

Se tiene a la vista, el estudio del presente caso, para determinar si luego de haber realizado un análisis jurídico, doctrinario y jurisprudencial, procede invocar algún derecho vulnerado debido a los hechos del caso que se plantea. Se debe partir por analizar los antecedentes del ahora denominado derecho al olvido, hay que tener presente que la concepción de “derecho al olvido” como tal, es relativamente novedosa, ya que si hacemos una comparación con derechos más arraigados, tanto en legislación interna como en legislación internacional, como el derecho de propiedad, por poner un ejemplo, es evidente que abordar el tema no será una cuestión fácil, ya que aún no ha cobrado notoriedad.

Antecedentes

Es cierto, entonces, que aparece el primer obstáculo, ya que no existe un criterio homogéneo, en la jurisprudencia, ni en la legislación y mucho menos en la doctrina del derecho que se comienza a estudiar. Se partirá revisando algunos autores y jurisprudencias, para aportar algunos conceptos del tema que nos atañe. El autor Miguel Casino Rubio, indica que: “... recientemente ha saltado a la primera línea del debate público la idea de sujetar la conservación en formato digital de la información que contiene datos personales y que libremente circula indexada por Internet a determinadas condiciones de vigencia. Es el denominado “derecho al olvido” (*the right to be forgotten*); esto es, el derecho de todo interesado a que sus datos personales sean borrados de la red una vez que ha desaparecido la finalidad que inicialmente justificó su recogida y tratamiento.”¹ Ya el autor en la cita precedente, comienza por dotar a la doctrina de una idea principal, cuál es ésta, primero, que el tema es reciente, y segundo, que es de antecedentes anglosajones. Esto se afirma por la referencia que hace el autor relacionando el término en inglés.

La Corte Suprema chilena por su parte indica que según el proyecto de ley para modificar la ley 19.628, el derecho al olvido es “...el derecho a eliminar datos de motores de búsqueda o sitios web, cuando ya han perdido su vigencia, cobra singular importancia cuando una persona es vinculada a una conducta delictual y posteriormente se comprueba su inocencia, no obstante lo cual se mantiene su nombre en dichas publicaciones.”²

Siguiendo la línea de la Corte Suprema, en otro fallo se ha pronunciado, específicamente sobre el derecho al olvido, asentando precedente jurisprudencial, en la sentencia que se analiza y agrega a los antecedentes del presente trabajo, para definir qué es lo que hoy en día se reconoce como derecho al

¹ Casino Rubio, Miguel (2012): “El periódico de ayer, el derecho al olvido en Internet y otras noticias”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 156: pp. 201-2013. Pp. 202.

² Rol: 21607-2014, Santiago, Corte Suprema, 29 de octubre de 2014.

olvido. Afirma la Corte 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...”³ Ya el moderno fallo plantea la definición, así mismo afirma la finalidad y qué pretende proteger el derecho al olvido indicando que “... sistemáticamente ha venido recogiendo la tendencia mundial de reconocer el derecho al olvido respecto de conductas reprochables de las personas –sean éstas penales, civiles o comerciales- después de un lapso de un tiempo, como una forma de reintegrarlas al quehacer social.”⁴ Es decir que la finalidad del derecho al olvido, es erradicar el perjuicio que genera cierta información, a una persona, que si bien siendo verdadera y noticiable en su momento, hoy en día no permite la re inserción social del afectado.

Dentro de la sentencia se hace relación a “... la Propuesta de Reglamento General de Protección de Datos Personales (2012) de la Comisión Europea, se indica que el “derecho al olvido” –en verdad derecho a la cancelación, rectificación u oposición respecto de la utilización informática de un dato personal- está intrínsecamente vinculado a su utilización, en términos que si en un momento fue legítima, luego del transcurso de un tiempo determinado ha dejado de serlo; y cuyo efecto ineludible a su expiración es que debe ser borrado.”⁵ Se verá más adelante cómo el término cancelación y otros se suelen utilizar alternativamente al derecho al olvido. Concluyen los juzgadores que el elemento esencial de la propuesta “no es otro que evitar la diseminación de información personal pasada que, habiendo dejado de cumplir su finalidad, es capaz de producir un daño en la persona.”⁶

Pere Simón Castellano, citado por los juzgadores afirma que: “...el derecho al olvido pretende garantizar la privacidad, el libre desarrollo y la evolución de las personas, evitando la persecución constante del pasado. Así, cuando hablamos de “derecho al olvido” hacemos referencia a posibilitar que los datos de las personas dejen de ser accesibles en la web, por petición de las mismas y cuando estas lo decidan; el derecho a retirarse del sistema y eliminar la información personal que la red contiene”⁷ Asertivamente menciona estos elementos: que la información “deje de ser accesible” y “eliminar la información personal”, no argumenta un borrado de los hechos de su fuente matriz.

³ Rol N° 22.243-2015, Santiago, CORTE SUPREMA, 21 de enero de 2016.

⁴ Loc. Cit.

⁵ Loc. Cit.

⁶ Loc. Cit.

⁷ Loc. Cit.

Un tanto menos optimista, para Artemi Rallo: *“Hoy por hoy, el derecho al olvido no existe. Ninguna norma reconoce y regula tal hipotético y específico derecho... no puede existir porque ni siquiera nos hallamos ante un concepto jurídico pacíficamente delimitado.”*⁸ Si bien es cierto, como se verá más adelante con el paso del tiempo, esto ha ido cambiando, el autor afirma que este derecho no ha sido delimitado, por lo tanto no tiene una base en que se pueda especificar qué puede entrar en conflicto con otros derechos, ya que no se conoce hasta dónde llega su tutela y por lo tanto hace difícil interpretar en qué momento se está vulnerando el derecho por la aplicación de otro de derecho, en éste caso la libertad de información.

Es importante reflexionar que *“El debate sobre el derecho al olvido en Internet nada tiene que ver con el fin de la memoria, con prescindir del pasado, con el falseamiento de la Historia o con la supuesta instauración de un filtro censor universal al ejercicio del derecho a la información.”*⁹ El autor plasma una pregunta a la delimitación del derecho al olvido, ¿se trata de borrar la información histórica de una plataforma? o ¿qué información exactamente? Situación que se irá esclareciendo a lo largo de la investigación. Para delimitar indica que *“Por el contrario, el debate sobre el derecho al olvido lo tiene todo que ver con los riesgos que el devenir de Internet ciernen, sobre la reputación, la privacidad, la libertad y la dignidad humana. El flujo masivo de información personal en Internet obliga a evitar la banalización de las amenazas que genera el individuo e invita a reforzar la vigencia del derecho fundamental a la protección de datos.”*¹⁰ Indirectamente el autor menciona que en algunos casos se debe de dar preeminencia o “reforzar” la protección de datos. Cabe ahora hacer la anotación, que en virtud de la novedad del derecho al olvido, los antecedentes se han plasmado desde el punto de vista de otros diversos derechos como se verá a lo largo del trabajo, de momento se enlista el primero, el derecho de protección de datos.

Si bien es cierto, en la cita anterior el autor plasma la idea que en ocasiones debe preferirse el derecho de protección de datos, Casino Rubio indica que: *“Ese derecho al olvido no es de todas formas un derecho absoluto..., aunque la noticia haya perdido actualidad como consecuencia del tiempo transcurrido, puede subsistir no obstante un interés público en conocerla (por razones de carácter histórico, científico o cultural) y que justifican su conservación en un formato o archivo distinto del original.”*¹¹

Concuerda con Rallo el autor precitado, *“Aunque obviamente resultara innecesario, hubo que negar el carácter absoluto del derecho al olvido ante el resto de derechos y, en particular, ante las libertades*

⁸ Rallo, Artemi (2014): *El derecho al olvido en Internet. Google versus España*. (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, primera edición). Pp. 23

⁹ *Ibid.* Pp. 25.

¹⁰ *Ibid.* Pp. 27.

¹¹ Casino Rubio, Miguel, Op. Cit. Pp. 208

de expresión e información y, además, proclamar que el derecho al olvido tampoco podría implicar un derecho al –borrado de la historia-.”¹² Ambos autores, desde ya, hacen pensar que para resolver el presente conflicto de derechos, por un lado el derecho de protección de datos o “derecho al olvido” frente a libertad de información, evidentemente no se utilizará un sistema de interpretación como la jerarquización y desde ya se puede afirmar que el sistema de jerarquización no es la vía para abordar la interpretación de los derechos en cuestión, ya que no hay un derecho absoluto previo al conflicto. Rallo expresa que: *“El derecho al olvido en Internet tiene en los medios de comunicación online su más conflictivo escenario al ofrecer una aparentemente insalvable colisión entre el derecho a la protección de datos y la manifestación prototípica de la libertad de expresión y el derecho a la información.”*¹³ Sin tantos rodeos el autor revela que evidentemente existe un conflicto de derechos.

El autor hace relación al conflicto de derechos que existe cuando entran en juego estos dos derechos: *“La búsqueda de la conciliación entre la libertad de información y la protección de datos en las noticias digitales atenderá, en consecuencia, los siguientes principios: a) reafirmar la legitimidad del medio de comunicación para publicar la información y para mantenerla inalterada en su soporte, sin borrar ni archivos históricos (como los contenidos en hemerotecas); b) constatar el impacto de los motores de búsqueda de Internet en la divulgación de las informaciones periodísticas (adicionalmente, las que son digitalizadas) y la conveniencia de que, si se aprecia motivo legítimo particular, evitar su divulgación indiscriminada, permanente y lesiva en Internet; c) recomendar, a la vista de lo anterior, al medio de comunicación evitar la indexación de los datos personales contenidos en la noticia.”*¹⁴ La cita que antecede, es un punto valioso para el fundamento de la presente tesis, cabe resaltar que el autor extrae tres principios que se deben tener presentes al analizar algún conflicto entre los derechos en cuestión. Evidentemente hay que afirmar que obligar al borrado de información en los periódicos, atentaría contra el principio de libertad de expresión que tienen los periódicos, tal información debe permanecer, como un archivo histórico, entonces, el problema radica en que la información aparezca en los buscadores con una simple indagación; información que al día presente, ya no cuenta con la novedad e incluso se ha modificado, por ejemplo, si la noticia versa sobre un proceso penal y dentro del proceso se reformó el delito por uno más leve, en el buscador seguirá apareciendo la misma noticia sin modificaciones y dicha situación es la que afecta a los peticionantes del derecho al olvido.

¹² Rallo Artemi, Op. Cit. Pp. 53

¹³ Ibid. Pp. 113

¹⁴ Ibid. Pp. 118 y 119

En reiteradas ocasiones se ha relacionado el derecho al olvido, con cancelación, eliminación, etc, de datos, Rallo explica que: *“La rúbrica misma del precepto (derecho al olvido y a la cancelación) ya advertía de la inevitable e inescindible vinculación de los conceptos “cancelación” y “olvido” aventurando el riesgo de confundir ambos, subsumiendo el segundo en el primero, si no se procediera a definir cada uno de ellos categorizando su diferente alcance.”*¹⁵ Como se manifestó anteriormente, en las distintas interpretaciones se podrá encontrar también como derecho de cancelación de datos. ¿Es el derecho al olvido una evolución del derecho de cancelación? para Rallo *“La factibilidad del derecho al olvido en Internet era, sin lugar a dudas, el principal interrogante que la industria tecnológica norteamericana ponía en cuestión contra la gran apuesta europea por garantizar una versión moderna y actualizada del derecho a la cancelación de datos en el entorno tecnológico.”*¹⁶

En España, el tratamiento jurisprudencial que se le ha dado al derecho al olvido, ha cobrado relevancia, ya que ha sido utilizada como referencia en varios países de Latinoamérica que han ido implementando la argumentación del derecho al olvido en sus fallos, de este modo el Tribunal Supremo de Madrid se ha pronunciado indicando que: *“El llamado “derecho al olvido digital”, que es una concreción en este campo de los derechos derivados de los requisitos de calidad del tratamiento de datos personales, no ampara que cada uno construya un pasado a su medida, obligando a los editores de páginas Web o a los gestores de los motores de búsqueda a eliminar el tratamiento de sus datos personales cuando se asocian a hechos que no se consideran positivos.”*¹⁷

Continúa manifestando el Tribunal español que: *“Tampoco justifica que aquellos que se exponen a sí mismos públicamente puedan exigir que se construya un currículum a su gusto, controlando el discurso sobre sí mismos, eliminando de Internet las informaciones negativas, “posicionando” a su antojo los resultados de las búsquedas en Internet, de modo que los más favorables ocupen las primeras posiciones. De admitirse esta tesis, se perturbarían gravemente los mecanismos de información necesarios para que los ciudadanos adopten sus decisiones en la vida democrática de un país.”* De esta forma el Tribunal delimita el derecho al olvido, dejando afuera de la tutela, la eliminación de datos a antojo del que ejerce su derecho. A contrario sensu delimita qué es lo que sí abarca la tutela del derecho al olvido afirmando que: *“...dicho derecho sí ampara que el afectado, ... pueda oponerse al tratamiento de sus datos personales que permita que una simple consulta en un buscador generalista de Internet, utilizando como palabras clave sus datos personales tales como el nombre y apellidos, haga permanentemente presentes y de conocimiento general informaciones gravemente dañosas para*

¹⁵ Ibid. Pp. 43

¹⁶ Ibid. Pp. 52

¹⁷ No de Recurso: 2772/2013, Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Madrid (Casación), 15 de octubre de 2015

su honor o su intimidad sobre hechos ocurridos mucho tiempo atrás, de modo que se distorsione gravemente la percepción que los demás ciudadanos tengan de su persona, provocando un efecto estigmatizador e impidiendo su plena inserción en la sociedad... ”¹⁸

El derecho al olvido sin duda alguna se encuentra contra puesto con el derecho de libertad de información. Ambos derechos no importando su denominación, (cabe recordar aquí, que los derechos no son válidos hasta que se reconocen en un cuerpo legal, sino son inherentes al ser humano, aunque aún no estén reconocidos), ejerciendo su tutela, al momento de ponerlos en acción resulta que chocan entre sí, por lo que se deberá revisar el caso concreto para analizar las condiciones de cada caso y poner en la balanza qué derecho en ese caso en concreto debe ceder frente al otro.

A quién exigir el derecho al olvido.

Vistos los antecedentes del tema, dentro del problema, surge la duda, ¿a quién se le puede exigir el borrado de información? Se abordará entonces, la presente cuestionante y se verá como no existe aún, un criterio unificado entre los autores ni la jurisprudencia. Casino afirma que “... *el distinto papel que en asuntos de este tipo juegan los sitios o páginas Web, de un lado, y la red de Internet y los motores de búsqueda, de otro...*, los primeros son genuinas fuentes de información, que contienen datos y noticias ordenados con arreglo a determinados criterios que facilitan el acceso y consulta de la correspondiente información, la red de Internet no es ningún archivo en rigor, sino un depósito de archivos que acumula los resultados que los buscadores indexan y recogen de los sitios Web, para ponerlos a disposición de los internautas, pero sin seguir ningún criterio de ordenación ni, menos aún, calibrar la calidad de la información que almacena.”¹⁹ Como lo explica el autor, hay que comenzar comprendiendo la diferencia de responsabilidades que pesa sobre cada una. Se debe revisar el caso concreto, los solicitantes desean que una noticia que hoy ya no es relevante e incluso ya ha variado en su información primitiva, no aparezca dentro de los buscadores ya que afecta en sus derechos y no les permite reinsertarse socialmente. Entonces ante quién se deben presentar, si la página web de la noticia, no tiene la obligación de borrar información que en su momento fue verídica y los buscadores no son responsables de la información que se indexa.

Entonces, ¿quién es el obligado? Alejandro Touriño indica que las personas que: “... *pretendan hacer desaparecer su rastro de Internet. La vía no es, pues, dirigirse frente a quien indexa, sino frente a quien publica.*”²⁰ Continua manifestando que: “... *el afectado habrá de dirigirse a quien lo ha publicado y no a quien lo ha indexado, solicitando a aquel que elimine de su contenido o bien*

¹⁸ Loc. Cit.

¹⁹ Casino Rubio, Miguel, Op. Cit. Pp. 209

²⁰ Touriño, Alejandro (2014): *El derecho al olvido y a la intimidad en Internet* (Madrid, Editorial Catarata, primera edición). Pp. 41

imposibilite el acceso al mismo por ser el ente vulnerador de sus derecho.”²¹ El autor indica en primer lugar que puede solicitar que elimine el contenido, situación que como se ha estudiado no se puede pedir ya que sería un borrado de la historia, siendo un hecho que sucedió y en su momento la información fue verídica, pero lo que si se puede pedir es que se imposibilite el acceso por medio de buscadores o bien que si aparece, también aparezca la noticia actualizada.

Como bien lo afirma Casino, “... los motores de búsqueda, y Google obviamente lo es, son simples intermediarios que no desempeñan las más de las veces ningún papel activo. Naturalmente que, en cualquier caso, como también se encarga de precisar muy bien la sentencia, “el transcurso del tiempo repercute tanto sobre los archivos Web de las fuentes originarias de información como sobre la propia memoria de la red de Internet.”²² Queda claro desde ya, que los buscadores no son el ente responsable del contenido de lo que se indexa, corresponde entonces a las páginas redactoras de las noticias actualizar la información o simplemente desvincular de las búsquedas las noticias que ya no juegan el papel de informar, que no ejercen el derecho de libre información o se extralimitan.

Por lo que concluyendo con el subtema que nos concierne “...es precisamente el titular de la página Web responsable de la noticia... y no, en cambio, el motor de búsqueda... a quien corresponde garantizar el cumplimiento de la indicada exigencia de actualización de la noticia y sus datos personales.”²³ En concordancia con lo que los autores han manifestando, se puede afirmar que el titular de la página Web de donde emana la noticia, es el ente o la persona a quien se debe dirigir un afectado para hacer valer su derecho al olvido.

Antecedentes normativos del derecho al olvido.

El derecho al olvido ya es una realidad, aunque no todos los autores piensen lo mismo; se puede observar que ya ha ido ganando algún espacio en la jurisprudencia, en la doctrina e incluso en la legislación y normas de convivencia. Ejemplo de ello es una norma que se encuentra en las pautas deontológicas que se hace por parte de ediciones Libro de Estilo de El País, misma que indica: “se puede considerar la posibilidad de ocultar esa información a los buscadores de Internet cuando concurren las circunstancias siguientes: a) la información debe haber sido publicada más de 15 años atrás respecto del momento en que se reclama su borrado; b) la información ha de perjudicar a la

²¹ Loc. Cit.

²² Casino Rubio, Miguel, Op. Cit. Pp. 209

²³ Ibid. Pp. 211

persona reclamante en su vida familiar o profesional.”²⁴ Haciendo un análisis de la presente pauta deontológica, se observa una buena intención al realizarla precisamente por la parte que hace valer su derecho a la libre información, sin embargo a criterio de la autora del presente trabajo, al establecer un plazo sumamente largo, se están atribuyendo condiciones que no les corresponden, ya que deberá ser un juez o un legislador el que determine el tiempo “aconsejable” para proceder a ocultarla, condiciones un tanto arbitrarias, cabe recordar también que no es una ley, por lo tanto no ha de ser tema de preocuparse, ya en criterio propio no es coherente que exista un tiempo aconsejable para hacer valer el derecho al olvido, como se verá más adelante.

Resulta interesante ver que en Nicaragua ya se regula taxativamente en ley el derecho al olvido, de esta manera lo expresa el autor: “... *por primera vez en la historia, exista una referencia legal expresa dirigida a garantizar el derecho al olvido e Internet y que ésta se produzca en un país de América Central como Nicaragua.*”²⁵ El artículo 10, de la ley de Protección de Datos Personales de Nicaragua expresa en su título “Derecho al olvido digital” y establece: “*El titular de los datos tiene derecho a solicitar de las redes sociales, navegadores y servidores que se supriman y cancelen los datos personales que se encuentren en sus ficheros.*”

Vías para solucionar el conflicto.

El conflicto de derechos que se plantea en el caso concreto se ha resuelto en los antecedentes según el criterio de quien lo este planteando o resolviendo, se procede ahora a revisar algunas vías que se han utilizado para solucionar el conflicto, finalizando así con la vía más factible que propone la autora de la presente investigación en sus conclusiones, para Rallo “... *habrá que valorar el interés del público de las informaciones personales y ponderarlo con la afectación de su intimidad para concluir si debe prevalecer el interés de la publicación de los datos o su borrado/olvido en los índices del motor de búsqueda: el interesado no podrá solicitar que la información sea eliminada de la lista de resultados si resulta por razones concretas, como el papel desempeñado por el mencionado interesado en la vida pública, que la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate.*”²⁶ El juego que hace el autor relaciona ya tres derechos, que como se mencionó con antelación también se ve afectado un tercer derecho al ejercer el derecho al olvido, este es el acceso a la información, entonces

²⁴ Rallo Artemi, Op. Cit. Pp. 130

²⁵ Ibid. Pp. 202

²⁶ Ibid. Pp. 283

Rallo, es de la opinión que el que ejerce su derecho al olvido debe de justificar esa necesidad y comprobar que se le esta afectando en sus demás derechos.

Es importante percatarse que “...si bien la libertad de información supone desde luego un límite cierto al derecho a la intimidad, en paralelo hay que reconocer al sujeto concernido en la correspondiente información de carácter personal, el derecho al olvido y que expresamente cifra en “el derecho a que no se reproduzcan noticias que por el transcurso del tiempo han sido olvidadas o han perdido actualidad y, por lo tanto, interés para opinión pública ..., de modo que su tratamiento informático ya no resulta justificado y sí, en cambio, susceptible de impedir el normal disfrute de la propia identidad personal, en su dimensión social..., y acabar por tergiversar su propia imagen en el momento histórico presente.”²⁷ El autor plantea como característica que el derecho de libre información cuando se cruza con el derecho a la intimidad o sus similares es decir el derecho al olvido, debe mediar un plazo razonable para que se sobre ponga al derecho de libre información.

Continua manifestando que si bien es cierto “... este tratamiento de datos personales, aún lícito, debe acomodarse al principio de finalidad y, en su consecuencia, para poder proteger eficazmente la imagen o identidad social actual del sujeto, debe “garantizar la contextualización y actualización de la noticia en cada caso considerada mediante su conexión con las noticias posteriores publicadas a propósito del mismo asunto, y que completan o, llegado el caso, modifican radicalmente el cuadro final, como sucede paradigmáticamente con las crónicas sobre procesos judiciales.”²⁸ Previamente se había mencionado que el derecho de informar que tienen las páginas de periódicos o noticias, debe ir acompañada de una responsabilidad de actualización. Al revisar el caso concreto, los solicitantes acudieron al portal de noticias on line, OIPER, a solicitar que la información fuera eliminada, éste portal se niega argumentando que, la noticia al día de hoy es su reportaje más leído y compartido en redes sociales. Los argumentos vertidos por el portal no justifican el rechazo de la solicitud, si esa información aún circula por la redes sociales, pese a que ya no es actual, se esta extralimitando en el ejercicio de su derecho de libre información y vulnerando los derechos de los solicitantes. Se dejará para más adelante la conclusión de la presente argumentación.

Por su parte el tribunal europeo, en su caso más emblemático expone: “El Sr. Costeja González y los Gobiernos español e italiano son de la opinión de que el interesado puede oponerse a la indexación de sus datos personales por un motor de búsqueda cuando la difusión de estos datos por la

²⁷ Ibid. Pp. 208

²⁸ Ibid. Pp. 208- 209.

intermediación de éste le perjudica y de que sus derechos fundamentales a la protección de dichos datos y de respeto a la vida privada, que engloban el «derecho al olvido», prevalecen sobre los intereses legítimos del gestor de dicho motor y el interés general en la libertad de información.»²⁹

Apoyando lo afirmado por Rallo, este tribunal hace relación que también el gobierno español e italiano comparten el criterio que en circunstancias específicas el derecho al olvido y todo su conjunto de derechos que se invocan deben prevalecer sobre los intereses de quien ejerce su derecho de libertad de información.

Diferente ha sido el criterio efectuado por la Corte de Apelaciones de Santiago, Chile, afirmando taxativamente que “...no se puede calificar como arbitrario o ilegal la publicación de la noticia periodística de que fue objeto el recurrente, aun cuando hayan transcurrido más de 10 años, por cuanto la misma se verificó en el ejercicio de la libertad de información sin censura previa, siendo un hecho de público conocimiento por diversos medios de comunicación.”³⁰ La Corte de Apelaciones, ni siquiera entra a cuestionar si esa publicación vulneraba algún derecho, en cambio afirma que como la información es certera, entonces, no se califica ninguna violación a un derecho, no le da tutela al derecho al olvido, lo saca de la contienda, afirmando que se ejerce el derecho de libertad de información. Continuando en la misma línea agrega la Corte que “...la información que actualmente mantiene el sitio EMOL.COM, corresponde a una noticia real y cierta, confirmada por el propio actor en su libelo, respecto de un hecho ilícito que cometió y que fue investigado en el contexto del caso Spiniak y por el que fue sometido a proceso. Asimismo, no se ha acreditado por ningún medio de prueba legal la actual situación procesal del recurrente que amerite un cambio de circunstancias y permita modificar las circunstancias actuales.”³¹ Con esto termina de censurar el derecho al olvido indicando que el propio actor afirmó la información y así mismo le da al recurrente la carga de probar que la información ha variado.

Hasta el momento el pronunciamiento de la Corte de Apelaciones de Santiago, se encaminaba a no reconocer el derecho al olvido, agrega ahora que “... se estima que la recurrida no ha vulnerado la garantía del derecho a la integridad psíquica, igualdad ante la ley y la protección a la vida privada y a la honra del recurrente, al informar hechos veraces en ejercicio de su función y derecho constitucional. Es más, ni siquiera se vislumbra una colisión de derechos fundamentales, desde que el

²⁹ Asunto C-131/12. Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014.
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=derecho%2Bal%2Bolvido&docid=152065&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=408794#ctx1>. Fecha de consulta 20/05/2016

³⁰ N°Protección-88640-2015. Sala quinta. Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de octubre de 2015.

³¹ Loc. Cit.

contenido de la noticia publicada por la recurrida en ejercicio de la libertad de información...”³² la Corte culmina su pronunciamiento aceptando expresamente que no hay conflictos entre los derechos que se ponen en su competencia, por lo tanto el único al que se reconoce como titular de derecho es a quien ejerce la libertad de información.

Por su parte la Corte Suprema chilena, utiliza como herramienta para la resolución del conflicto del caso dado a su competencia que *“No debe escudriñarse una real colisión entre dos garantías constitucionales aparentemente contrapuestas, a saber: el derecho al olvido, como protección del derecho a la integridad síquica y a la honra personal y familiar, frente al derecho de informar y de expresión. Cada uno tiene una esfera de acción propia que puede llegar a superponerse durante un tiempo, en el que es necesaria y útil la información pública frente al derecho personal que pueda invocarse, pero que decae con la extensión de dicho transcurso de tiempo; y en cambio deviene en atrabiliaria e inútil tanto para el derecho del individuo afectado para reintegrarse a plenitud a la sociedad, como para esta última de conseguir la pacificación que le interesa primordialmente y que una noticia caduca no facilita.”*³³ La Corte indica que no hay colisión entre los derechos, sino que cada uno tiene su ámbito de aplicación y dependiendo de la condición (tiempo), debe “superponerse” uno frente al otro dependiendo del tiempo en el que se encuentren, es así que el derecho de libertad de información o expresión, prevalecerá si la noticia es actual y cumple su función de informar, en cambio si ha transcurrido el tiempo y la noticia ya no es esencial para ejercer el derecho de libertad de información, sino que en cambio se ejerce extralimitadamente, atendiendo a caprichos mercantilistas, entonces allí debe “superponerse” el derecho al olvido; la Corte pone en la balanza ambos derechos y dependiendo de la condición se inclina el peso a ese derecho.

Indica la Corte que no es una colisión, sin embargo su argumento hace deducir que la técnica de interpretación utilizada es la ponderación de los derechos en cuestión. Agrega que: *“... 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 delinquido y de su derecho a mantener una vida privada que la posibilite, como asimismo el derecho a la honra y privacidad de su familia... Todavía, no se divisa el beneficio actual para la libertad de expresión de mantener un registro digital detectable por cualquier motor de búsqueda informático...”* Efectivamente como se ha discutido en el párrafo anterior, la Corte expresamente declara que no hay

³² Loc. Cit.

³³ Rol N° 22.243-2015, Santiago, CORTE SUPREMA, 21 de enero de 2016.

conflicto entre tales derechos, sin embargo, tácitamente así lo acepta, cuando se pronuncia sobre que el derecho de libre información debe “ceder” frente al derecho al olvido y su conjunto de derechos que se afectan, al transcurrir el tiempo, cuando ya las noticias y el derecho de libre información no cumplen su objetivo principal de informar.

Es de suma importancia traer a la presente investigación los argumentos que plasma la sentencia de la Corte Suprema en el voto disidente, donde se hace relación a que: *“La jurisprudencia francesa, ha reconocido el derecho al olvido respecto de “un suceso público –en el caso, un proceso penal que había tenido lugar hacía 46 años–, por el paso de un tiempo suficientemente largo, puede convertirse, para la persona que ha sido la protagonista, en un hecho privado, sometido al secreto y al olvido: la relación de tal evento en un periódico constituye un atentado a la vida privada”*.³⁴ El voto disidente argumenta que el tiempo para que se tenga como válido invocar el derecho al olvido debe ser “lo suficientemente largo”, pero esto deja una gran duda ya que es una afirmación muy subjetiva, para determinar cuanto tiempo se considera un tiempo suficientemente largo, se ha de recordar que el presente caso que analiza la Corte, el hecho ocurrió hace más de diez años, en opinión personal es un tiempo suficientemente largo para invocar el derecho al olvido, y así el criterio de cada persona podría variar, por lo que la autora del presente trabajo de investigación no concuerda con los argumentos del voto disidente.

Cabe resaltar tres puntos importantes que cita el fallo: *“De la jurisprudencia de la Corte de Casación de Italia “se deduce un cuadro interesante de soluciones para los supuestos de colisión entre el derecho al olvido y el mantenimiento de noticias pasadas en las hemerotecas digitales: a) No procede el borrado de la noticia que en su día fue publicado lícitamente, b) El medio de comunicación tiene un deber de actualización o contextualización de las noticias que, por el paso del tiempo, devienen incorrectas o incompletas, lesionando los derechos de los afectados. c) Reducir el grado de accesibilidad de la noticia impidiendo su indexación ... la invisibilidad de la información para los motores de búsqueda puede ser un remedio adecuado si el afectado es una persona privada vinculada, en su día, a un suceso de trascendencia pública sobre el que se informó.”*³⁵ Por lo tanto se entiende que, en el primer punto, cuando dentro de un caso concreto impere la condición indicada en el literal a, de la cita, debe primar el derecho de libre infamación o expresión; en el literal b, se puede deducir que saliéndose de su delimitación el derecho de libre información, se considera que vulnera otros derechos

³⁴ Rol N° 22.243-2015, Santiago, CORTE SUPREMA, 21 de enero de 2016.

³⁵ Loc. Cit.

entre estos el derecho al olvido; y por último en la literal c, se observa que al afectar la noticia que en su momento se ejerció bajo el derecho de libre información, con el paso del tiempo si afecta o vulnera los derechos del protagonista de la noticia, debe ceder tal derecho en pos del derecho al olvido.

La argumentación del voto disidente menciona el pronunciamiento de la Corte colombiana en relación al tema que atañe, *“el denominado derecho al olvido en los casos en que éste es aplicado “entra en conflicto con el derecho a la información; el tiempo es el criterio para resolver el conflicto. El derecho al olvido debe dar prioridad a las exigencias del derecho a la información cuando los hechos que se revelan presentan un interés específico para su divulgación.”*³⁶ Como ya se ha visto, el tiempo es un elemento imprescindible al momento de ponderar éstos dos derechos en conflicto, la Corte colombiana afirma que existe un conflicto y agrega que: *“...con el transcurso del tiempo, cuando ya no se trata de una cuestión de actualidad o noticiable, y siempre y cuando ya no exista una razón que justifique una nueva divulgación de la información como noticia, el derecho al olvido anula el derecho a la información. Aún se puede mencionar el caso, pero no se deben incluir los nombres de las partes o los datos identificados. Por lo tanto, el valor informativo de un caso inclina la balanza a favor del derecho a difundir a costa del derecho al olvido. Y en cuanto deja de tener valor como noticia, la balanza se inclina en la otra dirección.”*³⁷ realiza un “balancing test”, en donde según el interés de cada momento en que se exige cada derecho, deberá inclinarse en dirección al derecho que se ejerce dentro de sus límites.

Conclusiones

El derecho al olvido es un concepto que se ha ido formando desde hace no mucho tiempo, ha surgido como una necesidad al desarrollo de la sociedad. Prueba de ello, los recientes fallos que han invocado el derecho al olvido en distintos países del mundo. En el caso concreto que se analiza, la autora del presente trabajo de investigación, plasmará su criterio y fundamentación en relación a la solicitud de tres personas que se han sentido vulneradas en sus derechos debido a una publicación que circula en Internet y redes sociales. A lo largo de todo el trabajo se ha hecho relación al marco teórico del tema y cuáles han sido los precedentes jurisprudenciales y doctrinarios.

Al abordar la solución del presente caso es importante traer a memoria que los señores Gómez, López y Larraín, fueron protagonistas de un reportaje, en el que se informaba que ellos estaban siendo investigados por delitos tributarios y abusos sexuales, siendo parte de una agrupación espiritual. Dos

³⁶ Rol N° 22.243-2015, Santiago, CORTE SUPREMA, 21 de enero de 2016.

³⁷ Loc. Cit.

años han transcurrido desde que los señores fueron absueltos de los delitos de abuso sexual y de haber cumplido las penas relativas a los delitos tributarios. Hoy ellos al transcribir su nombre en cualquier buscador, aparece de inmediato dicho reportaje. Ellos alegan en este caso que dicho reportaje ya no cumple con el fin de informar al público ya que las circunstancias primitivas de la noticia han variado, asimismo ha transcurrido un tiempo razonable para que se pueda solicitar el borrado. La entidad OIPER, por su parte invoca su derecho a la libre información indicando que en ejercicio de su derecho, es procedente seguir publicando el reportaje ya que genera una gran fuente de publicidad para la entidad y es su reportaje de mayor trascendencia.

Se debe ponderar por un lado el derecho de libre información o expresión que tiene la entidad OIPER; la entidad argumenta que es titular de un derecho que se ejerce en el ámbito de la información que le da la facultad de comunicar y compartir datos públicamente; mientras que los señores Gómez, López y Larraín, argumentan que están bajo la esfera del ejercicio de su derecho a la intimidad, protección de datos y honra que se pueden englobar en el derecho al olvido. Cabe hacer la aclaración que los argumentos de la entidad OIPER, a criterio de la autora del presente trabajo de investigación apoyada por la doctrina y la jurisprudencia presentada, considera que no justifican el ejercicio del derecho de libre información y en cambio se extralimita en dicho derecho, ya que no es razonable que el ejercicio de un derecho se base en criterios mercantilistas como indicar que la publicación es una de las más compartidas en las redes sociales y por lo tanto no pueden acceder a la solicitud de los peticionantes. En cambio si valoramos las argumentaciones de los solicitantes, es evidente que al ejercer su derecho, no se están extralimitando en sus solicitudes ya que, en el tiempo en que el reportaje fue lícito y cumplió con su finalidad de informar, ellos no acudieron a presentar queja alguna, sino que su solicitud se basa en que la noticia se sigue publicando, misma que ya no cumple su finalidad, en detrimento de sus derechos de honra, vida privada, intimidad y protección de datos que para fines didácticos se engloban en el novedoso derecho al olvido tal como lo han invocado los tribunales que previamente se han citado.

Se hará un ejercicio de ponderación para poder presentar la resolución del caso, coincidiendo con algunos criterios jurisprudenciales, se debe afirmar que en el presente caso se está ante una colisión entre dos derechos, derecho de libre información y derecho al olvido; se pondrán entonces en una balanza cada uno con sus fundamentos de hecho y derecho, indicando la condición del caso concreto para determinar cuál es el derecho que debe primar.

En oposición al voto disidente de la sentencia de la Corte Suprema de Chile, en donde se argumenta la idea de que el transcurso del tiempo debe ser suficientemente largo, para la resolución del presente caso no se adopta ya que se considera una condición subjetiva, como se ha afirmado, que no permite aplicar mecanismos objetivos al caso. La “suficiencia del tiempo” no puede determinar objetivamente cuando un derecho debe primar sobre el otro. Mas bien, hay que basarse en elementos como “la finalidad” de la noticia, es decir, verificar si la noticia ha cumplido el fin para el que se creó, informar al público que ejerce su derecho de acceso a la información. Y si ya no se cuenta con ésta condición, no importando el tiempo que ha transcurrido, estrictamente ya no cumple el fin, seguirla tratando como información novedosa sería una extralimitación en el ejercicio de su derecho, por lo tanto, al dirigimos al otro lado de la balanza, hay un derecho que se encuentra hoy en día delimitado, y tal como lo mencionó la corte colombiana, procede solicitar la desvinculación del reportaje a los motores de búsqueda, debido a que de no hacerlo así, evidentemente la extralimitación del ejercicio del derecho de libre información, entra a vulnerar el derecho al olvido de los solicitantes; tampoco pueden solicitar que la información sea borrada por capricho de los solicitantes pretendiendo borrar un suceso histórico que efectivamente sucedió.

Por lo anterior se afirma que efectivamente ya es un derecho que se encuentra delimitado; ya que no atiende a intereses propiamente personales, sino pretende defender un derecho vulnerado y como fin, que las personas que han sido protagonistas de noticias que afecten su honra puedan reinsertarse en la sociedad. Cosa que al ejercer extralimitadamente el derecho que se encuentra del otro lado de la balanza no se logra y por lo tanto se vulneran diversos derechos.

Como se ha venido sosteniendo a lo largo de la investigación ya se han presentado los antecedentes para fundamentar la conclusión a la cual se llega, se afirma que existe una colisión entre los derechos en análisis. Cabe recordar que un conflicto de derechos se da, en el ámbito del ejercicio de tales, ambas partes son titulares de sus derechos que se encuentran delimitados, pero al ejercitarlos alguno de ellos se extralimita en el ejercicio, vulnerando otro derecho.

Qué mecanismo considera la autora del presente trabajo de investigación que es el que se debe utilizar, como ya se acercó en el párrafo anterior, cabe aquí utilizar la ponderación de los derechos, justificar la necesidad de porqué se le dará una preferencia a un derecho sobre el otro, cabe recordar que no se debe estigmatizar que un derecho es superior al otro y caer en el error de jerarquizar los derechos, sino que simplemente en este caso concreto luego de hacer un examen de proporcionalidad de deberá realizar el

juzgador. Se concluye que cada principio individualmente existe y se ejerce sin dificultad alguna y para resolver el presente caso, donde dos principios entran en juego y tienden a ser contradictorios, la ponderación es el medio más eficiente para resolver el conflicto.

Para llegar al examen de una correcta ponderación, primero se tuvo que revisar que al obstaculizar el derecho de libre información en beneficio del derecho al olvido, fue necesario interferirlo ya que el fin (en este caso proteger la reinserción social de los peticionantes), es una medida correcta para garantizar los derechos. Segundo, se debe asegurar que a quien se le interfiere su derecho, esa medida que se ha utilizado es la más adecuada, que habiendo tenido distintas opciones como por ejemplo, exigir el borrado por completo del reportaje, se ha optado por elegir la medida de desvincularlo de los motores de búsqueda, ya que se ha considerado como el adecuado sin ser excesivo, como lo es la primera opción. Y por último demostrar que no existe otra medida que sea menos lesiva que la que se aplicaría.

Por lo que en suma, se puede afirmar que para el presente caso, resulta coherente aplicar la ponderación, en virtud de la existencia de un conflicto de derechos en el caso que se trae a la vista, ya que en el ejercicio de sus derechos colisionan ambos derechos entre si, y cada titular, es consciente que tiene las facultades que su derecho les ha delimitado, queda entonces, la obligación de hacer el estudio inductivo en cuanto a qué derecho debe ceder frente al otro en este caso concreto, con la ayuda de la ponderación como ya se vio, se puede aseverar que el derecho de libre información debe respetar en este caso el derecho al olvido, no importando si ha transcurrido cincuenta años, diez años, o dos años, no se relaciona con la cantidad de tiempo transcurrida, sino en que la finalidad de la protección del derecho a la información, ya no se cumple, por lo que hacerlo prevalecer frente al derecho al olvido por ejercicio de tal derecho, constituye una afectación más lesiva. Cumpliendo con los requisitos de una exitosa ponderación, se puede concluir que hacer prevalecer el derecho al olvido constituye el medio menos lesivo para las partes dentro del presente conflicto.

Referencias Bibliográficas

Biblioteca Tribunal Constitucional

- Casino Rubio, Miguel (2012): “El periódico de ayer, el derecho al olvido en Internet y otras noticias”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 156: pp. 201-213.
- Rallo, Artemi (2014): *El derecho al olvido en Internet. Google versus España*. (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, primera edición).
- Touriño, Alejandro (2014): *El derecho al olvido y a la intimidad en Internet* (Madrid, Editorial Catarata, primera edición).

Jurisprudencia consultada

- Asunto C-131/12. Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014. Fecha de consulta 20/05/2016
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=derecho%2Bal%2Bolvido&docid=152065&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=408794#ctx1>
- N°Protección-88640-2015. Sala quinta. Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de octubre de 2015.
- No de Recurso: 2772/2013, Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Madrid (Casación), 15 de octubre de 2015
- Rol: 21607-2014, Santiago, Corte Suprema, 29 de octubre de 2014.
- Rol N° 22.243-2015, Santiago, CORTE SUPREMA, 21 de enero de 2016.