



El derecho al olvido Aclarando confusiones

El retiro de datos de internet no puede ser una censura retroactiva de la información que en su momento fue correctamente publicada, pero tampoco debe tolerarse que determinada información relativa a hechos de las personas esté disponible públicamente por tiempo indefinido.

Desde hace algunos años, y de manera paralela al despegue de internet y los motores de búsqueda -especialmente Google- el llamado derecho al olvido ha ido captando cada vez más la atención de la doctrina y de los tribunales de justicia. Lo anterior, al punto que el Reglamento de la Unión Europea 2016/679, de fecha 27 de abril de 2016, lo establece expresamente, denominando también de esta forma al derecho de supresión.

Como primer comentario, quisiéramos señalar que la denominación “derecho al olvido” no es la más correcta. Si bien es la más difundida en idioma español, este nombre implicaría la facultad de una persona en particular a olvidar, ella misma, un determinado acontecimiento del pasado, manteniéndose presente para el resto de la sociedad. A causa de esto, estimamos más pertinente utilizar el término “derecho a ser olvidado”, el cual no es original nuestro y prevalece en otros idiomas (en inglés se habla de “right to be forgotten” y en alemán de “Recht auf Vergessenwerden”).

Lo primero que se debe tener claro para adentrarse en la doctrina de esta materia es qué es este derecho, y qué significa tener el derecho a ser olvidado. La Real Academia Española de la Lengua define el verbo olvidar como “dejar de tener en la memoria lo que se tenía o debía tener”, “no tener en cuenta algo” y “hacer perder la memoria de algo”.

En definitiva, el olvido consiste en borrar todo o parte del pasado, y las definiciones citadas nos dan a entender que aquello se produce por efecto del transcurso del tiempo. La Corte Suprema, en sentencia dictada en la causa rol 22.243-2015, estableció que el derecho a ser olvidado se refiere “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”. Como se mencionará, un elemento en común -y a nuestro juicio esencial- en el tratamiento jurisprudencial del derecho a ser olvidado, es que la información sea verídica al momento de la publicación.

El primer fallo que reconoce y aplica al derecho a ser olvidado, dictado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con fecha 13 de mayo de 2014, corresponde al caso conocido como “Costeja con Google”. Mario Costeja, ciudadano español, solicitó a la compañía Google que suprimiera de su motor de búsqueda los resultados relativos a la publicación de una subasta, realizada en un diario alrededor de 10 años antes, a lo cual la empresa se negó. El tribunal dictaminó, a través de una interpretación de la Directiva 95/46/CE, que era posible reconocer el derecho a ser olvidado por la vía de los derechos de oposición y cancelación. Por lo



mismo, el fallo ordenó a Google dejar de indexar la publicación dentro de sus resultados.

El impacto de esta sentencia fue tal, que solo dos años después de dictada las solicitudes a Google para que se eliminaran enlaces llegaban a un total de 1.720.608. Como contrapartida, en relación al efecto de la sentencia en comento, se puede señalar que, por haber sido emitida por un órgano jurisdiccional de la Unión Europea, esta produce efecto solo en el territorio de los países miembros, es decir, aún se puede seguir accediendo a la información desde otros países. Sin embargo, esto ya no es algo absoluto, y desde hace poco más de un año han aparecido fallos que ordenan a los motores de búsqueda hacer extensivos estos efectos a todo el mundo.

Conflicto con otros derechos

El derecho a ser olvidado se encuentra en un permanente conflicto con otros intereses de la sociedad, tales como la seguridad, la transparencia y la libertad de expresión y de prensa, entre otros. Ciertamente es con estos últimos dos derechos, la libertad de expresión y de prensa, donde se producen los mayores conflictos.

A este conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a ser olvidado se le ha denominado como "censura retroactiva". En este mismo sentido lo entiende el Tribunal Supremo Español, quien a propósito de una demanda presentada en contra de la sociedad Ediciones El País SL, controladora del diario El País, señaló que "el llamado derecho al olvido digital no puede suponer una censura retrospectiva de las informaciones correctamente publicadas en su día".

En el análisis de este conflicto cobra vital importancia un elemento mencionado en la sección anterior, a propósito de la definición de este derecho: el tiempo. El transcurso del tiempo, de acuerdo a nuestros tribunales, es el criterio que se debe emplear para tomar la decisión respecto a cuál de los derechos en conflicto debe ser privilegiado en cada

El primer fallo que reconoce y aplica al derecho a ser olvidado, dictado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con fecha 13 de mayo de 2014, corresponde al caso conocido como "Costeja con Google".

caso. Claramente no es lo mismo la supresión de una noticia que tiene dos meses de antigüedad, a impetrar este derecho respecto a una publicación de hace 10 o más años.

Aplicando este criterio, la Corte Suprema, en su fallo de la causa rol 22.243, señaló:

"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 la 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".

No obstante lo señalado por la Corte Suprema y su intento por descartar una real existencia de conflicto, el texto de la sentencia discurre y argumenta

sobre la base de que efectivamente existe tal conflicto de derechos, lo cual se aprecia cuando esta reconoce que la publicación efectuada responde al legítimo ejercicio del derecho a expresión.

Otro argumento, esgrimido por el mismo fallo ya citado de la Corte Suprema, es que el mantener un registro digital indexable por Google u otros motores de búsqueda no constituye ningún aporte a la libertad de expresión. Ello, debido a que la noticia sigue estando disponible a través de otros medios análogos, accesibles a través del ejercicio investigativo profesional de quien tenga interés en ella.

El derecho a ser olvidado se encuentra en un permanente conflicto con otros intereses de la sociedad, como la seguridad, la transparencia y la libertad de expresión y de prensa.

Solo a modo de esbozo, queremos mencionar la constante confusión en que incurren los tribunales y cierta doctrina entre derecho a la privacidad, vinculado al derecho a ser olvidado, y el derecho al honor y a la honra, que nada tiene que ver en nuestra opinión. El referido error puede apreciarse

en la cita recién hecha a la sentencia de la causa rol 22.243. Creemos que esta confusión tiene su origen en que el legislador chileno regula ambos derechos de manera conjunta en el artículo 19 N°4 de la Constitución Política de la República.

Situación en Chile

En nuestro país el derecho a ser olvidado no se encuentra expresamente consagrado en la legislación, lo cual obliga a los autores y fallos que deseen darle aplicación a recurrir a una serie de instrumentos y elementos para validarlo, entre ellos la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Ley N°19.628 y la protección a la intimidad y al honor establecida por la Constitución.

Algunos autores sostienen que el derecho a ser olvidado tiene manifestaciones en nuestra legislación a través de la Ley N°19.628. Cuestión clave en esta discusión será si los motores de búsqueda realizan o no tratamiento de datos. Se mencionan

como argumentos a favor de este reconocimiento del derecho a ser olvidado en la legislación chilena, los siguientes: (i) en el artículo 2 de la Ley N°19.928 se aprecia que la intención del legislador fue evitar la perpetuidad de los datos de carácter personal en registros o bancos de datos; (ii) la misma ley regula la eliminación o cancelación de datos de registros o bancos de datos y concibe el bloqueo de los mismos; y (iii) la definición y regulación de la disociación de datos. A nuestro juicio, otro argumento a favor del reconocimiento de este derecho es que la propia ley N°19.962 regula la forma en que una persona puede obtener la eliminación de ciertas anotaciones prontuariales.

El primer fallo en reconocer su existencia y darle aplicación al derecho a ser olvidado fue la sentencia de la causa rol 22.243 dictada por la Corte Suprema con ocasión de una acción de protección. En este fallo, la Corte Suprema trata el derecho a ser olvidado desde la perspectiva de la privacidad en su esfera de protección constitucional, lo cual puede ser explicable por el hecho de que se trataba de una acción de protección, distinta a la acción civil consagrada en el artículo 16 de la Ley N°19.628 y que es de competencia de los juzgados civiles.

Con todo, el fallo mencionado no fue unánime y contó con un voto en contra de la ministra Sandoval. La ministra disidente señala que el análisis a realizar debe consistir en sopesar los derechos del recurrente con los de la libertad de información, y agrega que esto se hace “teniendo presente al efecto que el recurrente habría sido condenado el año 2011, que terminó de cumplir su pena el año 2013, que el delito por el que fue condenado es de alta connotación social y que la noticia publicada cuya eliminación se solicita da cuenta de un hecho que consta en un expediente que es público”.

Debido a la situación poco clara en Chile del derecho a ser olvidado, tanto en lo que respecta a su reconocimiento mismo en la legislación nacional como en cuanto a su relación con otras garantías y derechos, creemos que resulta fundamental que el legislador lo regule de manera expresa en la próxima modificación o reemplazo que se apruebe a la ley N°19.628. 