

El derecho al olvido de las condenas judiciales¹

CAROLINA SILVA BUSTOS

Abogada y Magíster en Derecho de la Empresa

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO DE CONCEPCIÓN.

Master 2, Créations Inmatérielles,

UNIVERSIDAD DE MONTPELLIER, FRANCIA.

RESUMEN: Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos, especialmente aquellos de carácter personal que dicen relación con tratamientos de datos operados por algunos prestadores de servicios de Internet, específicamente los proveedores de búsqueda y enlaces, como por ejemplo: Google. Sin embargo, actualmente la discusión no está zanjada, pues es necesario hacer *une mise en balance* de derechos. O dicho de otro modo, es necesario encontrar “el justo equilibrio entre el carácter público de una decisión de justicia y los derechos y libertades de las personas involucradas”².

* * *

Introducción

El derecho al olvido es un derecho excepcional. En efecto, hay condiciones particulares para activar su ejercicio y en el mundo cibernauta su naturaleza jurídica es particular. Aquí toma el nombre de derecho de desindexación de enlaces o “droit au déréférencement” en derecho francés.

La desindexación consiste en “tornar invisible cierta información personal, a los internautas que utilizan el buscador incorporando el nombre y apellido de una persona natural”³. Sin embargo, es necesario recalcar que “la desindexación no afecta la libertad de expresión, ni su corolario: el derecho a la información, pues ella permite mantener la información en el sitio de Internet que genera el contenido referido”⁴.

¹ Las citas de textos en francés son traducciones libres del autor.

² Délib. CNIL n° 01-057 de 29 noviembre de 2001 portant recommandation sur la diffusion des données personnelles sur internet par les banques de données de jurisprudence, disponible en cnil.fr.

³ Google et le droit à l’oubli: une jurisprudence en construction, disponible en libertescheries.blogspot.fr, (2015).

⁴ MALLEY-POUJOL, Nathalie, *Droit à l’oubli numérique et désindexation: la solution en trompe l’oeil de la CJUE*, en *Légipresse* n° 319(2014), Chronique, p. 471.

A pesar de que el derecho aludido procede de forma excepcional, “el número de demandas de supresión de resultados de búsqueda recibidas por Google constituye la prueba innegable de que este derecho responde a una verdadera aspiración de los ciudadanos europeos”⁵. Y ¿por qué no, en lo sucesivo, una pretensión americana⁶ y nacional?

Las condenas judiciales son datos específicos. Es una información personal evidentemente sensible y determinante para la reputación de una persona. Y es por esta razón, que la ley francesa ha definido las autoridades competentes para efectuar su tratamiento. Específicamente, es el artículo 9 de la Ley de 6 de enero de 1978⁷ que reserva sólo a las autoridades públicas o a los particulares a cargo de una misión de servicio público la facultad de proceder a un tratamiento automatizado de informaciones nominativas concernientes a infracciones, condenas o medidas de seguridad. Nuestro ordenamiento jurídico, en cambio, no cuenta con una disposición que se le asimile, ni con otras claves en la materia, pero existe ciertamente una normativa de protección de datos que es conveniente examinar y en el futuro mejorar.

En el presente artículo se intentará establecer principios generales con el objeto de poder determinar si un contenido es o no susceptible de ser desvinculado. Ello será ciertamente un tópico que se ventilará en el futuro jurídico nacional.

I.- La consagración del derecho al olvido de las condenas judiciales

1. El fundamento jurídico del derecho al olvido de las condenas judiciales

a) Derecho Comunitario de la Unión Europea: Directive 95/46/CE relative à la protection des données à caractère personnel

El artículo 2 de la Directiva citada delimita su ámbito de aplicación. En primer lugar, ella define los datos de carácter personal. En ese sentido, las condenas judiciales, sin duda alguna, constituyen datos de esta índole. Son a ese título,

⁵ UNTERSINGER, Martin, *Internet: du devoir de mémoire au droit à l'oubli*, disponible en lemonde.fr (2014).

⁶ CAMPUSANO, Rayén, *Fallo de IFAI, ¿olvido o censura en Internet?*, disponible en derechosdigitales.org (2015). “Hace algunos días atrás, el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (IFAI) resolvió que Google México es responsable del tratamiento de datos personales y está obligado a remover de los resultados de su buscador los enlaces que vinculaban a un ciudadano con acusaciones de fraude, tráfico de influencias y posibles actos de corrupción, argumentando que atentaban contra su honor, sus relaciones comerciales, su seguridad personal e integridad física”.

⁷ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

datos sensibles en la vida de una persona. Los tratamientos de dichos datos, efectuados con o sin la ayuda de procesos automatizados, como la colecta, el registro, la conservación, la comunicación por transmisión, difusión u otra forma de poner a disposición, son particularmente delicados.

Gracias al carácter extensivo de las nociones de la Directiva 95/46/CE, toda búsqueda efectuada en Internet se torna un tratamiento de datos que puede ser de carácter personal cuando, por ejemplo, la búsqueda se efectúa a partir del nombre y apellido de una persona.

Por su parte, el artículo 6 del mismo cuerpo legal establece las condiciones de legalidad de los tratamientos de datos de carácter personal. En la especie, es importante referirse a las letras c, d y e de la disposición citada. Conforme a ellas, los datos deben ser adecuados, pertinentes y no excesivos en relación a las finalidades por las cuales ellos son registrados y son objeto de tratamiento. Asimismo, deben ser exactos y si es necesario actualizados en conformidad a las finalidades citadas. La norma, incluso, dispone que ellos deben ser conservados durante un periodo que no puede exceder del que resulta necesario para la realización de los fines indicados, pero ¿cuándo la conservación de esta información en un banco de datos se torna excesiva? A este respecto, pareciera que el fundamento jurídico existe, pero la interpretación de la noción está cargada de subjetivismo.

El artículo 8§5 de la Directiva estableció que el tratamiento de datos relativos a infracciones, condenas o medidas de seguridad sólo podía ser efectuado bajo el control de autoridades específicas. Dicho artículo de la Directiva fue objeto de transposición. Hoy es el actual artículo 9 de la Ley de 6 de enero de 1978. ¿Qué ocurre entonces cuando la colecta y el tratamiento de condenas judiciales son efectuados por una persona que no es una autoridad pública? ¿El tratamiento respectivo debería ser suspendido? La respuesta es determinante teniendo en consideración los tratamientos efectuados por los proveedores de búsqueda y enlaces, como Google, pues ellos no figuran en la lista de autoridades competentes y la lista es, sin duda alguna, limitativa.

Por otra parte, el artículo 12 de la Directiva citada, ha establecido el derecho de acceso a la persona interpelada con el tratamiento. En ese sentido, ella puede ejercer diferentes derechos, tales como: la rectificación, la eliminación o el bloqueo de datos cuyo tratamiento no se ajusta a la directiva, especialmente en razón del carácter incompleto o inexacto de los mismos.

El uso del adverbio *notamment* o especialmente en el artículo 12, no nos deja indiferentes. Podríamos pensar que su utilización implica que el carácter incompleto o inexacto de los datos es únicamente un ejemplo, y si ello es así, ¿por qué no sería posible que existiesen otros tipos de datos, completos y exactos, pero que perdieron vigencia, por ejemplo, que pudiesen ser eliminados?

Es el artículo 14 de la misma Directiva que establece el derecho de oposición de la persona aludida con el tratamiento a condición que ella justifique razones preponderantes y legítimas. Si la oposición es justificada, el tratamiento desplegado no podrá seguir ejerciéndose sobre los mismos datos, pero ¿cuándo una oposición es justificada?

b) Legislación francesa: La Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

En primer lugar, es importante insistir en el ya citado artículo 9 de la Ley. La lista de autoridades comprendidas en su texto es limitativa y su lenguaje jurídico es inequívoco.

El artículo 38, por su parte, ha establecido el derecho de oposición que tiene toda persona natural, fundándose en motivos legítimos, a que sus datos de carácter personal sean objeto de un tratamiento.

El artículo 40 de la Ley referida, ha fijado el derecho de toda persona natural a exigir al responsable del tratamiento que sean, según el caso, rectificadas, completadas, actualizadas, bloqueadas o eliminados los datos de carácter personal que le conciernen, cuando éstos sean inexactos, incompletos, equívocos, caducos o cuando la colecta, la utilización, la comunicación o la conservación de los mismos esté prohibida. Pero, ¿a partir de cuándo podría entenderse que los datos de carácter personal perdieron vigencia? ¿Cuánto tiempo debe transcurrir?. Y si hay un plazo, ¿éste sería común a todas las infracciones, condenas y medidas de seguridad? O por el contrario, ¿el plazo depende del tipo de condena?

A propósito de estas interrogantes, existen ciertos elementos de análisis que nos aporta la sentencia del 13 de mayo de 2014 de la CJUE⁸. “La Corte establece ciertos criterios de inadecuación material –inexactitud, estado incompleto, exceso de revelación con respecto a las necesidades de información o de conservación– y de inadecuación temporal –informaciones que se tornaron inexactas u obsoletas”⁹.

c) Legislación nacional: Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada

Con fecha 28 de agosto de 1999 se publicó en el Diario Oficial el texto de la Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada.

⁸ Corte de Justicia de la Unión Europea.

⁹ MARTIAL-BRAZ, Nathalie, *Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? Acte II: Le droit à l'oubli numérique, l'éléphant et la vie privée*, en *Recueil Dalloz* (2014), p.1481.

“Al igual que en otras legislaciones, el legislador chileno entendió por datos de carácter personal o datos personales los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables (artículo 2°, letra f) de la ley)”¹⁰.

Por tratamiento de datos, la ley entiende cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado 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 forma (artículo 2°, letra o) de la ley).

Por su parte, el artículo 4° de la Ley citada dispone, en su parte pertinente, *“El tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello.*

La persona que autoriza debe ser debidamente informada respecto del propósito del almacenamiento de sus datos personales y su posible comunicación al público (...)

No requiere autorización el tratamiento de datos personales que provengan o que se recolecten de fuentes accesibles al público, cuando sean de carácter económico, financiero, bancario o comercial, se contengan en listados relativos a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia del individuo a ese grupo, su profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento, o sean necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios. Tampoco requerirá de esta autorización el tratamiento de datos personales que realicen personas jurídicas privadas para el uso exclusivo suyo, de sus asociados y de las entidades a que están afiliadas, con fines estadísticos, de tarificación u otros de beneficio general de aquéllos”.

El artículo 10 agrega: *“No pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares”.*

Los datos sensibles, al tenor de la Ley, son aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones

¹⁰ SUÁREZ, Christian, *La ley chilena sobre protección a la vida privada: Un intento de protección de los datos de carácter personal*, en *Gaceta Jurídica* 258 (2001), p. 1.

religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual (artículo 2º, letra g) de la ley).

Aunque las condenas judiciales no quedarían comprendidas dentro de la definición legal citada, “el legislador nacional –a diferencia de la mayoría de las legislaciones extranjeras modernas– ha dejado abierta la calificación de sensibilidad de un dato personal a los tribunales de justicia”¹¹.

Avancemos en el objeto de la protección. “El derecho a la autodeterminación informativa entendido como el derecho de toda persona a disponer sobre la utilización de sus datos de carácter personal con el objeto de impedir que, a partir de su interconexión o utilización no autorizada, se construya un perfil de su personalidad que atente contra la intimidad informativa de su titular, supone –como es evidente– el consentimiento de aquélla para su utilización en tratamientos manuales o computarizados. Esta es, por cierto, la regla de oro de toda ley referida a la protección de los datos y la que explica el conjunto de derechos que debe otorgarse al titular para ejercer un control efectivo de su información. Sin embargo, no es necesario señalar la finalidad del tratamiento cuando se trata de datos obtenidos de fuentes accesibles al público. Un dato será jurídicamente sensible, por tanto, cuanto mayor potencialidad exista de que su difusión afecte la dignidad de los individuos e impida a éstos una determinación autónoma del ejercicio de su derecho a desarrollar libremente su personalidad”¹². En esta concepción, en cambio, consideramos comprendidas las condenas judiciales como datos jurídicamente sensibles.

A mayor abundamiento, “cuando en la técnica de protección de datos se habla de datos sensibles, se quiere, a nuestro juicio, expresar una idea diferente, que sólo recibe explicación en el marco de la teoría de la protección de datos. Según ésta, con independencia del carácter de un dato, cuando éste es vinculado mediante tratamiento automatizado, a otros datos conocidos y registrados del sujeto, surge el riesgo de que esta interconexión permita establecer un perfil aséptico de la personalidad que no responda a la personalidad real del afectado, lesionándose su dignidad. Sobre esto ha expresado Denninger que: “no es la clasificación abstracta, categórica, de un dato según la mayor o menor cercanía al ámbito íntimo de la vida de una persona...(como)...tampoco la cuestión de si un dato por naturaleza tiene carácter de secreto o no, lo que decide si es digno de ser protegido..., sino el contexto de uso”¹³. Esta conceptualización es la

¹¹ HERRERA, Rodolfo, *La publicidad de actos administrativos que contienen datos personales sensibles, frente a requerimientos de órganos fiscalizadores*, en *Gaceta Jurídica* 287(2004), p. 4.

¹² SUÁREZ, Christian, cit. (n. 8), p. 3.

¹³ SUÁREZ, Christian, cit. (n. 8), p. 3.

que compartimos y, en consecuencia, consideramos como datos sensibles las informaciones que hacen referencia a las condenas judiciales de una persona en los resultados de búsqueda de Google o de otro buscador, pues el contexto de uso es lo que resulta determinante para definir la protección.

“La necesidad del olvido no es, como sabemos, sólo una necesidad biológica o psicológica, y tiene también su irradiación en el ámbito del derecho. La seguridad jurídica requiere que las situaciones precarias se consoliden, y los derechos prescriben extintivamente, o son adquiridos cuando no existe un justo título para poseer, siempre en función de dicha finalidad. En materia informática, este límite al derecho a acumular información ajena, especialmente de las informaciones revestidas bajo la forma de tratamiento automatizado, se hace muy necesario. Los datos personales sólo pueden ser almacenados con un límite temporal. Dicho límite estará dado por la necesidad o el consentimiento del interesado, de manera que de no existir ésta o habiéndose tornado injustificada la primera, los datos deben ser cancelados”¹⁴. Establecer ese límite temporal es lo que nos parece trascendente.

Dentro de este contexto, el artículo 6° dispone: *“Los datos personales deberán ser eliminados o cancelados cuando su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando hayan caducado.*

Han de ser modificados cuando sean erróneos, inexactos, equívocos o incompletos.

Se bloquearán los datos personales cuya exactitud no pueda ser establecida o cuya vigencia sea dudosa y respecto de los cuales no corresponda la cancelación.

El responsable del banco de datos personales procederá a la eliminación, modificación o bloqueo de los datos, en su caso, sin necesidad de requerimiento del titular”.

Conforme a lo expuesto, se considere o no a las condenas judiciales como datos sensibles, no sería lógico pretender que ellas pudiesen ser almacenadas en bases de datos sin un límite temporal, pero ¿cuándo se entiende que una condena judicial ha dejado de ser un dato personal susceptible de ser objeto de un tratamiento?

En esto se desmenuza el denominado “derecho al olvido”, consagrado en el artículo 21, de la Ley N° 19.628, el cual expresa: *“Los organismos públicos que sometan a tratamiento datos personales relativos a condenas por delitos, infracciones administrativas o faltas disciplinarias, no podrán*

¹⁴ SUÁREZ, Christian, cit. (n. 8), p. 11.

comunicarlos una vez prescrita la acción penal o administrativa, o cumplida o prescrita la sanción o la pena.

Exceptuase los casos en que esa información les sea solicitada por los tribunales de Justicia u otros organismos públicos dentro del ámbito de su competencia, quienes deberán guardar respecto de ella la debida reserva o secreto y, en todo caso, les será aplicable lo dispuesto en los artículos 5°, 7°, 11 y 18°.

El artículo recién citado es capital en la materia que convoca, pues establece expresamente el límite temporal para efectuar tratamientos de datos personales relativos a condenas judiciales.

Si bien es cierto que la disposición debe ser interpretada literalmente, pues su sentido es claro, es decir, respecto de los tratamientos que efectúen los organismos públicos. No por ello se torna improcedente utilizarla como un elemento de integración normativa que deberíamos tener en consideración al momento de examinar cualquier tratamiento efectuado por otros organismos o entes no públicos, mientras no exista una norma específica (en materia de entidades privadas) que nos dicte un criterio disímil.

2. Aplicación del derecho al olvido de las condenas judiciales

a) Jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Unión Europea

“La sentencia de la Corte de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014 *Google Spain SL et Google Inc. V Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González (C-131/12)* constituye una etapa importante en la protección de datos personales en relación a los tratamientos de datos operados por los proveedores de búsqueda y enlaces en Europa. Ella abre la posibilidad a las personas naturales de demandar a los proveedores de búsqueda y enlaces, bajo ciertas condiciones, la desindexación de enlaces que aparecen en los resultados de búsqueda cuando la búsqueda se ha hecho a partir de su nombre y apellido”¹⁵.

“En la especie, un ciudadano español interpuso ante la autoridad de protección de datos españoles (*AEDP*) una reclamación contra un diario, así como contra *Google Spain SL* y *Google Inc.* haciendo alusión a que cuando un internauta introducía su apellido en el buscador, la lista de resultados arrojaba enlaces hacia páginas de un diario que informaba una noticia de 1998 relativa a una venta en pública subasta decretada para cubrir deudas de seguridad social del

¹⁵ Communiqué G29, *Droit au déréférencement: le G29 adopte des lignes directrices*, disponible en cnil.fr, (2014).

demandante. Por una parte, solicitaba que se le ordenara al periódico aludido suprimir o modificar las páginas respectivas, o en su defecto, que se recurriera a ciertas herramientas de los proveedores de búsqueda y enlaces para proteger esos datos e impedir la divulgación de los mismos. Por otro lado, el reclamante solicitaba ordenar a Google Spain SL o a Google Inc. suprimir u ocultar esos datos personales a fin de que ellos desapareciesen de los resultados de búsqueda”¹⁶.

“La Corte de Justicia osciló entre el fundamento del artículo 12 letra b y 14 de la Directiva 95/46/CE. El primero permite una rectificación, una eliminación o un bloqueo de datos en la hipótesis que el tratamiento no se ajuste a las exigencias de la normativa. El podrá encontrar aplicación, especialmente, cuando las informaciones personales sean incompletas o inexactas. El segundo fundamento, es decir, el artículo 14, otorga a toda persona natural el derecho de oponerse a un tratamiento de datos, cualquiera sea la oportunidad en que lo ejerza, mientras ella se funde en razones preponderantes y legítimas, teniendo en consideración su situación particular. Es este artículo el que contiene el verdadero “derecho al olvido”, es decir, el que articula la posibilidad de demandar la desaparición de informaciones exactas y legítimas, por motivos personales (y no la de sancionar tratamientos ilegales)”¹⁷. Una condena judicial puede perfectamente cumplir esa hipótesis. Dicho de otro modo, aunque los elementos (informaciones fácticas y/o jurídicas) de la condena judicial a la que se haga referencia sean exactos y legítimos, su aparición en los resultados de búsqueda podría ser considerada como desproporcionada.

b) Jurisprudencia francesa

El juez del *TGI*¹⁸ de Paris, con fecha 16 de septiembre de 2014, dictó una decisión que obligó a Google a respetar el derecho al olvido.

En lo que respecta a los hechos, “cuando la demandante introducía su apellido en el buscador, aparecía inmediatamente un enlace a un artículo del diario “Parisien” mencionando que ella había sido condenada por el delito de estafa en el año 2006. La demandante solicitaba a Google suprimir ese enlace, fundándose en el hecho de que su condena se remonta a 8 años atrás y ya no figuraba en su certificado de antecedentes penales”¹⁹.

¹⁶ DEBET, Anne, *Google Spain : Droit à l’oubli ou oubli du droit ? (Commentaire de l’arrêt Costeja de la CJUE)*: en *CCE, Études* 13, (2014), p. 36.

¹⁷ MARTIAL-BRAZ, Nathalie, cit. (n. 7), p.1481.

¹⁸ Tribunal de grande instance.

¹⁹ *Google et le droit à l’oubli: une jurisprudence en construction, disponible en libertescherries.blogspot.fr, (2015), cit. (n. 2).*

“La exactitud material de la información no fue objetada: la demandante efectivamente había sido condenada por el delito de estafa en el año 2006. Sin embargo, el litigio se enfocó en la interpretación de la noción de pertinencia. Google sostuvo que la información era considerada pertinente cuando ella era exacta. Para la directiva, en cambio, y para el derecho francés, una información es considerada pertinente cuando su conservación no es excesiva. Para determinar dicha pertinencia, el juez debe ejercer un control de proporcionalidad entre las necesidades del derecho a la información y aquellas de la vida privada, de donde es parte el derecho al olvido”²⁰. Nos preguntamos entonces, ¿cuándo una información es verdaderamente pertinente?, ¿cuándo es necesario guardar la información?, ¿cuándo, al contrario, es necesario efectuar la desindexación?, ¿en qué momento la conservación de la información devendrá excesiva?, y ¿cuáles son los criterios para examinar el control de proporcionalidad ya citado?

“El juez utiliza tres criterios acumulativos para apreciar el carácter “pertinente” de las informaciones referidas por el buscador. El primero es la naturaleza de los datos conservados. En el caso citado, se trata de datos personales que figuran aún en la base de datos del buscador en circunstancias que ellos habían sido eliminados del prontuario penal. El juez indicó que el derecho francés fija las condiciones en virtud de las cuales los terceros pueden tener conocimiento del pasado judicial de una persona. Ese es precisamente el objeto de los artículos 768 y siguientes del Código de Procedimiento Penal francés²¹. El olvido de la condena es, en consecuencia, impuesto por la propia ley y Google no puede pretender mantenerse al margen del mandato legal. El segundo criterio reside en los motivos de la demanda. El juez aprecia que la difusión del pasado judicial de la demandante a través de Internet perjudica su búsqueda de empleo. Finalmente, el tercer criterio dice relación con el tiempo transcurrido entre el acaecimiento de los hechos que son objeto de la información y la demanda de desindexación que se solicita. Luego del análisis de los tres criterios aludidos, el juez estimó como no pertinentes las informaciones difundidas por Google”²².

¿Una condena judicial constituye en sí misma un motivo legítimo para oponerse a un tratamiento? o, por el contrario, ¿es necesario cumplir con otras condiciones de forma acumulativa para activar el derecho de desindexación? En ese caso, sí es necesario considerar el tercer criterio relativo al tiempo transcurrido entre el acaecimiento de los hechos que son objeto de la información y la demanda de desindexación que se solicita para reclamar el derecho respectivo,

²⁰ *Google et le droit à l'oubli: une jurisprudence en construction*, disponible en libertescherries.blogspot.fr, (2015), cit. (n. 2).

²¹ Relacionar con los artículos 8 y 9 del D.S. N° 64 de 1960, del Ministerio de Justicia sobre Prontuarios Penales y Certificados de Antecedentes.

²² *Google et le droit à l'oubli: une jurisprudence en construction*, disponible en libertescherries.blogspot.fr, (2015), cit. (n. 2).

¿cuál es el plazo?, ¿Cuánto tiempo debe transcurrir?, ¿Existe un plazo común o éste varía dependiendo del tipo de condena?

Nos parece que el tipo de condena es un elemento relevante dentro de la apreciación que debe efectuar el juez, especialmente en lo que concierne al tiempo transcurrido que debe examinar. En efecto, consideramos que la persona condenada por un delito grave debería tolerar un plazo más exigente que aquella condenada por una falta menos grave²³. Es una cuestión de proporcionalidad y de criterio. Con todo, estando pendiente un proceso judicial no es posible evitar la aparición de la información respectiva en los resultados de búsqueda de Google. Por otro lado, nos parece evidente que la pena debe ser cumplida, y razonable dejar transcurrir el doble de la duración de la misma para demandar la desindexación.

En otro caso jurisprudencial, “el reclamante, quien era galerista en Paris, decidió demandar a Google ante el Tribunal de Comercio respectivo, por haber tomado conocimiento de que su nombre y apellido eran automáticamente asociados por el buscador a diferentes informaciones que él consideraba perjudiciales a su imagen y reputación, entre ellas, una condena judicial. El Tribunal estimó que la información divulgada por Google era susceptible de dañar la reputación del demandante y, por tanto, constituía un motivo legítimo de oposición al tratamiento de datos desplegado por el buscador”²⁴.

II.- Límites al ejercicio del derecho al olvido de las condenas judiciales

Sin duda alguna, existen límites al ejercicio del derecho al olvido. El derecho a la información y el interés público deben ser considerados para determinar la procedencia de la desindexación. En términos generales, podremos decir que el silencio seguirá siendo la excepción y la libertad de expresión la regla a respetar.

²³ Relacionar con el artículo 8 del D.S. N° 64 de 1960, del Ministerio de Justicia sobre Prontuarios Penales y Certificados de Antecedentes: “ Se eliminará una anotación prontuarial:

a) Cuando esté comprobado respecto de ella que en el proceso se ha dictado a favor del procesado sentencia absolutoria ejecutoriada;

d) Cuando el prontuario haya sido favorecido con una ley de amnistía respecto del delito a que se refiere la anotación;

f) Cuando se trate de faltas, respecto de las cuales han transcurrido tres años desde el cumplimiento de la condena.

g) Cuando se trate de personas sancionadas por cuasidelito, simple delito o crimen, con multa o con pena corporal o no corporal hasta de tres años de duración y hayan transcurrido diez años, a lo menos, desde el cumplimiento de la condena en los casos de crimen, y cinco años o más, en los casos restantes”.

²⁴ T. com. Paris, 28 de enero de 2014, Jurisprudence sur la communication en ligne, disponible en wiki.laquadrature.net.

1. El derecho a la información

“Las personas disponen del derecho a demandar la desindexación de información vinculada a su identidad, siempre que respeten ciertas condiciones y en especial el interés público de tener acceso a la información”²⁵.

El derecho a la información es la base para ejercer debidamente la libertad de opinión y de expresión. Estas últimas conllevan la posibilidad de buscar, de recibir y de difundir la información o las ideas. Si la libertad de comunicar es limitada, el derecho a ser informado, en consecuencia, es igualmente afectado. Es un corolario inevitable.

“Se trata de encontrar un equilibrio entre la vida privada de las personas y la libertad de información de los internautas”²⁶. El derecho a la desindexación debe considerar el derecho a la información. Sin embargo, contrariamente a lo que podemos pensar en un primer análisis, admitir el derecho a la desindexación no es contrario a la protección del derecho a la información. En ese sentido, doña N. Mallet-Poujol ha indicado que: “La desindexación no afecta ni la libertad de expresión, ni el derecho a la información porque ella permite conservar la información en el sitio de Internet (la fuente)”²⁷.

Por otro lado, el derecho a la información no se puede concebir sin límites. Las condenas judiciales pueden ser fuente de importantes bases de datos. Y en consecuencia, esas “herramientas de documentación jurídica pueden ser utilizadas como verdaderos archivos de información”²⁸. El objetivo de construcción de perfiles no puede ser protegido ni favorecido por el derecho. En este sentido, “la CNIL²⁹ ha hecho hincapié en que las bases jurisprudenciales constituyen, cuando ellas comprenden la identidad de las partes, tratamientos automatizados de informaciones nominativas en conformidad al artículo 5 de la Ley de 6 enero de 1978 y deben, a ese título, ser declaradas a la Comisión”³⁰. Dicho de otro modo, no es posible que el principio de publicidad de la justicia y el derecho a la información puedan justificar tratamientos de datos automatizados. Por lo tanto, las personas aludidas por dichos tratamientos tienen el derecho a oponerse legítimamente.

²⁵ CNIL, *Droit au déréférencement: Interprétation commune de l'arrêt de la CJUE, s.d.*, p. 2.

²⁶ MARINO, Laure, *Comment mettre en œuvre le droit à l'oubli numérique ?*, en *Recueil Dalloz* 29, (2014), p. 1680.

²⁷ MALLET-POUJOL, Nathalie, cit. (n. 2), p. 471.

²⁸ Délib. CNIL n° 01-057 de 29 noviembre de 2001, cit. (n. 1).

²⁹ Commission nationale de l'informatique et des libertés.

³⁰ Délib. CNIL n° 01-057 de 29 noviembre de 2001, cit. (n. 1).

2. El interés público

“La desindexación no será procedente en ciertos “casos particulares”. Dichos casos están vinculados al interés público de disponer de esa información. Con todo, lo que es especialmente importante de destacar es que ese interés público puede variar en función del rol que juega la persona en la vida pública”³¹.

“En la sentencia, la *CJUE* destaca que el interés público de tener acceso a la información varía especialmente en función del rol que juega la persona en la vida pública. Mientras más importante sea ese rol, más interés habrá en que la información respectiva sea referida y no desvinculada”³². Pero, “¿quiénes juegan un rol en la vida pública? A título de ejemplo, los políticos, los representantes oficiales de algunas instituciones, los miembros de ciertas profesiones reglamentadas o los miembros de profesiones que pertenecen a la esfera mediática (periodistas, actores, cantantes...). Ellos son naturalmente considerados como personas que juegan un rol en la vida pública”³³.

Conclusión

Más allá de las diferencias legislativas y jurisprudenciales observadas en el derecho europeo, francés y nacional, lo cierto es que analizar razonamientos en materia de derecho al olvido nos permitirá encontrar soluciones jurídicas acertadas cuando la problemática toque nuestra vereda.

Somos conscientes del “rol particular que juegan los proveedores de búsqueda y enlaces en el mundo de la información en línea, pero es necesario vislumbrar un equilibrio al interior de la normativa, conciliar, por un lado, la protección de la vida privada y la protección de datos de carácter personal y por otro, la libre circulación de la información y la libertad de expresión”³⁴.

De alguna manera, nuestro interés jurídico se radica en evitar que se convierta en profecía la sentencia de don Ch. Charrière-Bournazel: “La memoria efímera del papel se substituirá por una memoria inalterable y universal que no deja opción alguna al olvido”³⁵. Ese es el desafío.

³¹ MARINO, Laure, cit. (n. 24), p.1680.

³² CNIL, Droit au déréférencement, Les critères communs utilisés pour l'examen des plaintes, s.d., p. 3.

³³ CNIL, Droit au déréférencement, Les critères communs utilisés pour l'examen des plaintes, cit. (n. 30), p. 3.

³⁴ GROUPE DE TRAVAIL ARTICLE 29 sur la protection des données, *Avis 1/2008 sur les aspects de la protection des données liés aux moteurs de recherche*, disponible en ec.europa.eu, (2008), p.14.

³⁵ CHARRIERE-BOURNAZEL, Christian, *Propos autour d'Internet: l'histoire et l'oubli*, en *Légicom* 48, (2012), p. 125.

Bibliografía

CAMPUSANO, Rayén, Fallo de IFAI, ¿olvido o censura en Internet?, disponible en derechos-digitales.org (2015).

CHARRIERE-BOURNAZEL CH., Propos autour d'Internet: l'histoire et l'oubli, 2012, Légicom n° 48, (2012).

CNIL, Droit au déréférencement: Interprétation commune de l'arrêt de la CJUE, s.d.

CNIL, Droit au déréférencement, Les critères communs utilisés pour l'examen des plaintes, s.d.

Communiqué G29, Droit au déréférencement: le G29 adopte des lignes directrices, (2014).

DEBET, Anne, Google Spain: Droit à l'oubli ou oubli du droit ? (Commentaire de l'arrêt Costeja de la CJUE): en CCE, Études 13, (2014).

GROUPE DE TRAVAIL ARTICLE 29 sur la protection des données, Avis 1/2008 sur les aspects de la protection des données liés aux moteurs de recherche, disponible en ec.europa.eu, (2008),

Google et le droit à l'oubli: une jurisprudence en construction, disponible en libertescheries.blogspot.fr, (2015).

HERRERA, Rodolfo, La publicidad de actos administrativos que contienen datos personales sensibles, frente a requerimientos de órganos fiscalizadores, en Gaceta Jurídica 287(2004).

MALLET-POUJOL, Nathalie, Droit à l'oubli numérique et désindexation: la solution en trompe l'oeil de la CJUE, en Légipresse n° 319(2014), Chronique.

MARINO, Laure, Comment mettre en œuvre le droit à l'oubli numérique ?, en Recueil Dalloz 29, (2014).

MARTIAL-BRAZ, Nathalie, Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? Acte II: Le droit à l'oubli numérique, l'éléphant et la vie privée, en Recueil Dalloz (2014).

SUÁREZ, Christian, La ley chilena sobre protección a la vida privada: Un intento de protección de los datos de carácter personal, en Gaceta Jurídica 258 (2001).

UNTERSINGER, Martin, Internet: du devoir de mémoire au droit à l'oubli, disponible en lemonde.fr (2014).

Normas:

Código de Procedimiento Penal francés.

D.S. N° 64 de 1960, del Ministerio de Justicia sobre Prontuarios Penales y Certificados de Antecedentes.

Délib. CNIL n° 01-057 de 29 noviembre de 2001 portant recommandation sur la diffusion des données personnelles sur internet par les banques de données de jurisprudence.

Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

Ley N° 19.628 sobre Protección de Vida Privada.

Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.