La resocialización penal en la era de Internet

Entre el tratamiento de datos personales y el derecho al olvido

Antonio ESLAVA MORALES*

RESUMEN

¿Merece protección jurídica el ciudadano rehabilitado que pretende eliminar de Internet la información que lo vincule con un delito y una pena que ha cumplido y que le impide reintegrarse en la sociedad? Partiendo de un análisis de los derechos fundamentales y casuística comparada, el autor considera que los ciudadanos rehabilitados también deben contar con la garantía de que el Estado no limite el reconocimiento del derecho al olvido y, por ende, permita eliminar los antecedentes del delito publicados en Internet, al amparo del principio de resocialización y de la obligación estatal de restablecer en todos sus derechos al ciudadano que ha cumplido una pena.

PALABRAS CLAVE

Resocialización penal / Derecho al olvido / Datos personales / Internet / Tecnologías de la información y de las comunicaciones / Derechos fundamentales

Recibido : *04/12/2017*
Aprobado : *18/12/2017*

I. LA RESOCIALIZACIÓN DE LOS PENADOS

1. La prisión y su fin resocializador

En el transcurso de la historia, considerando a esta desde el surgimiento de las primeras civilizaciones mesopotámicas y su trascendental concepción punitiva expresada en la *ley del talión*, se puede reconocer que los castigos han

* Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Estudios de maestría en Derecho Administrativo Económico por la Universidad del Pacífico. Especialización en argumentación jurídica por el Centro de Estudios Constitucionales. Especialización en Gobernabilidad, Gerencia Política y Gestión Pública por la Pontificia Universidad Católica del Perú y en Contratación Pública por la Universidad ESAN. Certificación en protección de datos personales en Internet por el Ministerio de Justicia de Argentina.

adquirido diversas manifestaciones en concordancia con el sistema político regente en cada época y lugar.

Aunque indudablemente se ha constituido en el mundo occidental como la principal expresión del *ius puniendi* estatal, la prisión o cárcel, como se le quiera denominar, solo es una de aquellas múltiples formas de castigo concebidas por el Estado que, desde su origen, no ha tenido ni la misma connotación ni finalidad de la que goza en nuestra era contemporánea. Por ejemplo, si se piensa en la edad antigua, medieval y parte de la moderna, el encierro era –aunque no exclusivamente– un medio para evitar la fuga de los reos que estaban siendo procesados; no obstante, en la edad contemporánea –posrevolución francesa y cimentada en el humanismo ilustrado– se justificó plenamente a la cárcel como un fin en sí mismo: es decir, limitar la libertad ambulatoria pasó a ser el castigo que por excelencia el Estado empezó a imponerle a los ciudadanos infractores. En ese escenario, como se advierte, la idea fue dejar de castigar el cuerpo y, en su lugar, castigar el alma de los reos. Por ello, en el primer período, siendo el encierro un medio, las sanciones en sí iban desde los azotes públicos hasta la muerte en el cadalso, mientras que en nuestra época el encierro en un calabozo es, dentro de todos, el principal castigo que el Estado impone como reafirmación de la vigencia de la norma[1].

Por otro lado, desde la teoría de la pena, el reconocimiento de la prisión como principal castigo en la sociedad occidental tiene una doble finalidad (teoría de la unión): la de servir como castigo para el delincuente, en el caso de la prisión con una reclusión proporcional a la magnitud del daño ocasionado en la víctima del delito (retribucionismo) (Roxin, 1976, pág. 12), así como el intimidar a la ciudadanía hacia el respeto de la norma[2]; y, por otro lado –y con una especial relevancia– el resocializar al reo para que, al dejar la prisión, se inserte armoniosamente en la sociedad y evite reincidir en la comisión de delitos (prevencionismo).

En este orden de ideas, nótese que es la finalidad preventiva de la pena la que se encuentra armonizada con el principio de la resocialización del penado. Por ello, su reconocimiento en el ordenamiento jurídico se tradujo políticamente en un imperativo para que, a su vez, el Estado implemente medios conducentes a la cristalización de los tres derechos contenidos en él: la reeducación, rehabilitación y reinserción de los penados, y así, una vez que el prisionero obtenga su libertad, no constituya un sujeto predispuesto a la reincidencia delictual.

Como lo expone Zaffaroni (1995), la resocialización de los prisioneros se forjó como

> [U]n proceso de personalización que, a partir de un trato humano y lo menos degradante posible, tiende a disminuir el nivel de vulnerabilidad del condenado frente al sistema penal, dotándolo de los medios necesarios como para que pueda tomar conciencia de su rol y salirse del estereotipo selectivo del poder punitivo.

Ahora, respecto a los derechos contenidos en el principio resocializador, el Tribunal Constitucional (STC Exp. N° 00033-2007-PI/TC, f. j. 31) hace una distinción pertinente para explicar que la "reeducación" se trata del proceso de adquisición de actitudes al que es sometido un recluso para ser capaz de reaccionar durante la vida en libertad, la "reincorporación o reinserción" se remite a la recuperación de un condenado, originalmente considerado antisocial, para que se introduzca en la sociedad en

1 Sobre la historia de la prisión, véase a Neuman (1971), Melossi & Pavarini (1980) y Foucault (2002).

2 Quizá sea Platón quien, desde la Grecia antigua, fundó la teoría preventiva general con la siguiente frase: "Ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque", según refiere Roxin (2006, p. 85).

las mismas condiciones que el resto de ciudadano y, finalmente, la "rehabilitación" expresa un resultado jurídico, esto es, un cambio en el *estatus* jurídico del ciudadano que obtiene su libertad o lo que podría considerarse como la recuperación, por parte del reo que ha cumplido su condena, de todos sus derechos en igualdad de condiciones que los demás ciudadanos.

Ahora bien, si se analiza el plano estrictamente normativo, el reconocimiento del principio de la resocialización penal se encuentra en diversos instrumentos jurídicos internacionales: están las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, aprobadas por el I Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ginebra, 1955), así como las Reglas mínimas, adoptadas por el Consejo de Europa del 19 de enero de 1973. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 10.3 PIDCP) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5.6 CADH), todas estableciendo como fin que la ejecución penal debe lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social.

2. La prisión y su fin resocializador en el ordenamiento jurídico peruano

En el Perú la resocialización del reo es un principio constitucional, conforme se ha reconocido en el numeral 22 del artículo 139 de la Constitución Política: "Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional [e] l principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (…)".

Asimismo, su desarrollo legal, pero solo como derecho a la rehabilitación, se encuentra en la regulación que hace el artículo 69 del Código Penal en los siguientes términos:

> El que ha cumplido la pena o medida de seguridad que le fue impuesta, o que de otro modo ha extinguido su responsabilidad, queda rehabilitado sin más trámite. La rehabilitación produce los efectos siguientes: 1. Restituye a la persona en los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia. No produce el efecto de reponer en los cargos, comisiones o empleos de los que se le privó; y, 2. La cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales. Los certificados correspondientes no deben expresar la pena rehabilitada ni la rehabilitación.

Además, en el artículo 70 del Código Penal se prescribe que "[p]roducida la rehabilitación, los registros o anotaciones de cualquier clase relativas a la condena impuesta solo podrán ser comunicados a solicitud del Ministerio Público o del juez"[3].

Como se puede advertir, la rehabilitación normada se refiere a un evento de realización automática y no a la comprobación de un resultado. Esto quiere decir que la norma sólo garantiza la cancelación o borrado de los antecedentes delictuales en los certificados penales, policiales y judiciales, pero no la resocialización del reo puesto en libertad. De esta manera se despoja de efectividad al mandato constitucional en el establecimiento de políticas públicas que lleven a una real reinserción social y no solo al cumplimiento de un formalismo documentario. Sin embargo, al margen de este escenario adverso –ciertamente más vinculado a la ineficacia de políticas públicas penitenciarias que al análisis del derecho– lo que se pretende aquí destacar es que actualmente, como una regla mínima, los ciudadanos tienen reconocido el derecho de solicitar el borrado de sus antecedentes delictuales una vez cumplida la condena, a fin de que estos no consten en sus certificados judiciales, penales y policiales.

3 Para el caso se pueden revisar las SSTC Exps. N°s 05212-2011-PHC/TC, 07247-2013-PA/TC y 04629-2009-PHC/TC, así como el Recurso de Nulidad N° 1261-2013 Piura.

Siendo así, como se puede colegir, el derecho a la rehabilitación –por sí mismo– le concede al ciudadano la seguridad jurídica de que, al dejar la prisión, sea cual fuere el delito[4], el Estado no lo perseguirá eternamente, sino que le restablecerá sus derechos para, por ejemplo, reinsertarse laboralmente, ser sujetos de crédito y no vivir discriminados en sociedad por su pasado.

> **El derecho a la resocialización con la rehabilitación automática y cancelación de antecedentes no condiciona su aplicación al interés público del delito cometido o su reproche social.**

3. Antecedentes penales, judiciales y policiales en la práctica jurisdiccional peruana

¿Cómo se aplica el derecho a la rehabilitación penal en el Perú? En la práctica, este derecho se hace tangible cuando se elimina la información sobre el delito y pena de las bases de datos del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), de la Policía Nacional del Perú (PNP) y del Poder Judicial (PJ) y, con ello, los certificados de antecedentes judiciales, policiales y penales, respectivamente, se emiten sin hacer mención a la pena ni condena que cumplió un exreo. Esto, como se puede deducir, obliga a que el Estado, en pro de la resocialización, permita que el condenado olvide su pasado y tenga la oportunidad de reivindicarse.

Sin embargo, si bien la PNP (antecedentes policiales) y el INPE (antecedentes judiciales) están obligados *in stricto* a borrar los antecedentes del rehabilitado, el PJ sí puede mantener un registro interno (en plena reserva) a fin de facilitar la posterior labor de investigación criminal. Esta excepción a la regla, como lo decreta el mismo Código Penal, solo es para que los jueces o fiscales accedan al registro. Sobre ello, el Área de Consultas del Registro Nacional de Condenas precisó que "la rehabilitación implica que los antecedentes penales para el ciudadano son cancelados o eliminados, pero nosotros mantenemos un registro interno para uso jurisdiccional, al cual solo se accede cuando hay una solicitud de algún juez o fiscal"[5].

Esta información, además, concuerda con el mandato legal que tiene los fiscales para recurrir al mencionado registro solamente para facilitar la investigación del delito o, por otro lado, el acceso que requieren los Jueces para graduar la imposición de la pena en caso de reincidencia[6].

No obstante, al margen de lo que deónticamente este derecho persigue, en la práctica la

4 Es necesario aclarar que en otros ordenamientos jurídicos la rehabilitación penal no es automática. Por ejemplo, en el Estado Colombiano se debe esperar 6 meses, 2, 3 o 5 años luego de concluida la pena para recién hacerse efectiva la cancelación de los antecedentes, de acuerdo al tipo y gravedad del delito. En España, dependiendo de delito, se debe esperar 6 meses, 2, 3, 5 o 10 años, respectivamente. En el caso del Estado peruano, no obstante, no existe diferenciación para hacer efectivo el derecho a la rehabilitación, pues, con la sola comprobación del cumplimiento de la pena, sea cual fuere el delito cometido, el ciudadano se encuentra habilitado en sus derechos automáticamente.

5 Registro Nacional de Condenas del Poder Judicial. Se efectuó una comunicación telefónica al número 01-4263095 (anexo 12013), en el cual la oficina de atención al usuario manifestó lo citado.

6 Mediante el artículo 1 de la Ley N° 28726 se incorporó en el Código Penal que la reincidencia es un factor que el juez deberá tener en cuenta al momento de determinar la pena a imponer: "Artículo 46: Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, considerando especialmente: (...) 13. La reincidencia".

cancelación de los antecedentes posee un problema no sustantivo, sino procedimental. Al menos así quedó demostrado cuando César San Martín Castro, en calidad de Presidente de la Corte Suprema de Justicia, emitió la Resolución Administrativa N° 298-2011-P-PJ, denominada "Circular sobre la debida cancelación de los antecedentes policiales como parte del proceso de rehabilitación automática". Este documento nos interesa porque reconoce algunos problemas que mantienen los exreos, al dar a conocer lo siguiente:

> [E]xisten muchos de los antecedentes policiales que siguen vigentes, pese a que la persona cumplió su condena y/o medida de seguridad que le fue impuesta por sentencia firme. (...) Lo anotado, como es evidente ocasiona una grave afectación a sus derechos fundamentales, pues, al registrar este tipo de antecedentes, son víctimas de arresto o detenciones por intervenciones policiales, lo que genera a su vez la interposición de numerosas demandas de Hábeas Corpus por detenciones arbitrarias. A todo lo expuesto es de añadir el grave perjuicio que se ocasiona a diversas personas, ante la imposibilidad de acceder a un puesto de trabajo, estudio o de iniciar un trámite administrativo por registrar los antecedentes antes referidos (...) [Por lo tanto, se resuelve]: establecer que, como parte del procedimiento de rehabilitación, el trámite de anulación y/o cancelación de los antecedentes policiales será realizado de oficio por los órganos jurisdiccionales competentes.

Sin duda, en esta resolución se hace visible un problema constante en la administración del registro de antecedentes policiales: el que un ciudadano, a pesar de haber cumplido su condena, no pueda suprimir esa información delictual que, como se apunta, puede arbitrariamente generarle problemas en su reinserción. Lo más grave es que, a pesar que esta resolución fue emitida en el 2011, luego de tres años, mediante la Resolución Administrativa N° 206-2014-CE-PJ, del 27 de setiembre de 2014, se reiteró nuevamente a los órganos jurisdiccionales que cumplan las disposiciones contenidas en la Resolución Administrativa N° 298-2011-P-PJ, pues continuaban las vulneraciones del derecho a la libertad personal, libre desarrollo y proyecto de vida.

Este problema nos demuestra, *ex ante,* que el impedimento de hacer público ante la ciudadanía los antecedentes policiales, penales y judiciales de los reos que alcanzaron la rehabilitación penal está vinculada íntimamente con la tutela de los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, intimidad, honor, libre desarrollo y al principio constitucional resocializador.

Esto es razonable, como lo explica Carlos Lesmes (2008), porque

> [L]a información relativa a un aspecto tan sensible de la vida de un individuo como son sus antecedentes penales, que indudablemente afectan a su integridad moral, debe estar a recaudo de una publicidad indebida y no consentida por el afectado, y, aun en el caso de que una norma de rango legal autorice a determinados sujetos el acceso a la misma, con o sin el consentimiento del afectado, ese acceso solo está justificado si responde a alguna de las finalidades que explican la existencia del archivo o registro en el que estén contenidas; fines que deberán coincidir con alguna de las limitaciones constitucionalmente impuestas a la esfera íntima del individuo y su familia (p. 90).

II. PROBLEMÁTICA: REHABILITACIÓN PENAL E INTERNET

Conforme a lo analizado, el INPE, la PNP y el PJ tienen la obligación de cancelar o eliminar los antecedentes de aquellos ciudadanos que cumplieron la pena que se les impuso y el juez haya ordenado la rehabilitación en sus derechos, conforme lo reconoce la Constitución y lo dispone el Código Penal.

No obstante, cuando por la actividad informativa o periodística la referencia a ese delito se publica a través de páginas *web* o redes sociales, surge una nueva realidad en la que es necesario que se determine si el derecho a la rehabilitación –como parte del principio de resocialización penal– también garantizaría que los exreos puedan ejercer el derecho de cancelación de sus antecedentes delictuales cuando estos aparezcan en aquella red virtual.

Ahora bien, para entrar en el escenario planteado, es importante asumir, previamente, que la información relativa a los delitos cometidos y penas impuestas constituye datos personales. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia SU 458/12) ha manifestado que:

> [L]os antecedentes penales son datos personales en la medida en que, asocian una situación determinada (haber sido condenado, por la comisión de un delito, en un proceso penal, por una autoridad judicial competente) con una persona natural. Estos datos personales son propios y exclusivos de la persona, y permiten identificarla, reconocerla o singularizarla en mayor o menor medida, de forma individual o en conexión con otros datos personales.

En consecuencia, con el objeto de analizar las variables circunscritas a este problema, a continuación se desarrollará, en primer término, el derecho fundamental a la protección de datos personales, toda vez que, como se ha manifestado, los antecedentes delictuales de una determinada persona legalmente constituyen datos personales y, por ende, su tratamiento requiere el cumplimiento de un conjunto de derechos u obligaciones relacionados a esta materia.

III. TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN INTERNET

Con el objeto de lograr un mejor entendimiento del problema planteado, antes de vincular esta temática con la resocialización penal, conviene previamente irrumpir unas líneas a fin de determinar qué son datos personales y cuándo se puede considerar que existe un tratamiento de ellos. En primer término, dato personal solo es aquella información capaz de identificar a una persona, aisladamente o dentro de un contexto, como por ejemplo: el nombre, la fecha de nacimiento, la dirección del domicilio, la dirección de correo electrónico, el número de teléfono, el número de registro único de contribuyente (RUC), el número de la placa del vehículo, la huella digital, el ADN, una imagen, un video, un audio, entre otros. En segundo término, por tratamiento de datos personales se debe entender –no restrictivamente– a la recopilación, registro, organización, almacenamiento, conservación, elaboración, modificación, extracción, consulta, utilización, bloqueo, supresión, comunicación por transferencia o por difusión o cualquier otra forma de procesamiento que facilite el acceso, correlación o interconexión de los datos personales (artículo 2, numeral 17, de la Ley de Protección de Datos Personales).

En la práctica, el tratamiento de datos personales se hace tangible al observar que empresas, organizaciones gubernamentales o civiles –por ejemplo, una empresa de transporte, de telefonía, una clínica hospitalaria, una financiera, un organismo público o una asociación sin fines de lucro– recogen, almacenan, utilizan o transfieren datos personales de sus clientes, asociados o administrados. Ahora, si se cuestiona ¿por qué las organizaciones tratan datos personales? Es porque de esta manera facilitan la realización de sus actividades y logro de metas: saben con quiénes interactúan, sus antecedentes, las tendencias en sus hábitos y, en el caso específico de las empresas, pueden direccionar publicidad comercial acorde a las preferencias basadas en la edad, estatus económico, profesión, lugar de residencia u otra información inherente a un sujeto o segmentos determinados.

Es pertinente precisar que el origen de esta moderna práctica fue instaurada debido al desarrollo de la tecnología informacional de la segunda mitad del siglo XX, en la que las primeras computadoras eran capaces de almacenar

y organizar información de manera más práctica, útil y con mayor seguridad que los tradicionales y extensos archivos de papel. Esta realidad fue, a su vez, la que condujo a que a partir de los años cincuenta los Estados europeos reconozcan un nuevo derecho fundamental encaminado a la protección de datos personales, si bien procedente del derecho a la intimidad[7], pero que alcanzó su autonomía al dotársele de contenido bajo el núcleo esencial de la autodeterminación informativa (Millan & Perália, 1995).

Con lo manifestado, es importante resaltar que la originaria forma de tratar datos personales en aparatos computarizados, actualmente, también se ha extendido a los proveedores de servicios de Internet, quienes registran, almacenan, publican o transfieren información en la *word wide web* (www). En la práctica esta premisa se puede constatar con la digitalización de publicaciones de la prensa, la creación de hemerotecas virtuales, el almacenamiento de información en la memoria *caché* de motores de búsqueda, la creación de bibliotecas digitales, la prestación de servicios al ciudadano en internet por parte del gobierno *(e-government)*, la interacción de los usuarios *subiendo* información en *blogs*, foros, *post,* mensajes o perfiles de redes sociales como Facebook o Twitter, que se encuentran bajo administración de empresas que facilitan que un caudal de datos personales se almacenen en sus servidores de Internet para estar disponibles al público en cualquier momento y sin tener en cuenta límites geográficos.

De las actividades mencionadas, son dos en las que el tratamiento de datos personales es masivo: la primera es la efectuada por Google Inc. al hacer una copia de toda la información subida a la web (a través de su memoria caché) y al rastrear[8] y elaborar perfiles de sus usuarios para ofrecer publicidad comercial a través de su motor de búsqueda que está abierto al público en el mundo entero, de manera gratuita y en un alarmante y masificado crecimiento. La segunda actividad está referida a la magnitud del tratamiento de datos personales que efectúa la prensa digital. Recuérdese, para ello, que antes del año dos mil solo se tenía la televisión, la radio y el periódico para ejercer de manera limitada los derechos fundamentales de opinión, expresión e información. Es así porque los tradicionales *mass media* tenían consigo varias características que se podrían sintetizar en la verticalidad de su práctica, es decir, su ejercicio no era democrático, sino que una elite o empoderados tenían el privilegio y responsabilidad de trasmitir la información que creía conveniente. Además, la incipiente tecnología no permitía que el público acceda a las noticias permanentemente, sino que su novedad o actualidad –en el mayor de los casos– terminaba con la transmisión del audio (radio), video (televisión) o la publicación del periódico en el día a día.

No obstante, este escenario fue irrumpido con el nacimiento de la prensa digital, toda vez que esta despliega su actividad periodística en Internet sin perder actualidad, aunado a la interacción de los internautas que agregan comentarios o difunden las noticias como una práctica

7 El derecho a la protección de datos personales si bien logró una autonomía jurídica, contiene una vinculación directa con el derecho a la intimidad reconocido en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".

8 En la página de *Google Inc.* se dice que: "Las cookies son archivos que crean los sitios web que visitas para almacenar información de navegación, como tus preferencias del sitio o información de perfil. Recuperado de: <https://support.google.com/websearch/answer/54068?co=GENIE.Platform%3DDesktop&hl=es&oco=0>.

habitual. Como manifiesta Rallo (2017), el polvo en que se convertían los archivos informativos de papel, digitalmente no tienen fecha de caducidad:

> [L]a digitalización de las ediciones escritas de medios de comunicación permite confrontarnos a una realidad desconocida hasta la fecha: hechos informativos (noticias muertas) acaecidos muchas décadas atrás adquieren plena virtualidad presente gracias a los buscadores de internet y los protagonistas de los mismos reviven como actuales la atribución de hechos que, en los casos en que resultaban lesivos para su imagen social y atentatorios para su dignidad personal, percibían aliviados como desaparecidos en oscuras hemerotecas (p. 124).

"Los ciudadanos que han cumplido una pena y se rehabilitan deberían contar con la garantía de que el Estado permita eliminar los antecedentes delictuales que se hayan publicado en Internet."

Con lo expuesto se ha pretendido dejar en evidencia que el tratamiento de datos personales ya no es una actividad que solo se realiza a través de bases de datos que privadamente administran organizaciones, sino que también se efectúa de manera global, gratuita y, en el mayor de los casos, anónimamente, a través de Internet.

1. Tratamiento de datos personales: conceptualización y derechos ARCO

El derecho a la protección de datos personales, antes de adquirir su autonomía, estaba contenido en el derecho a la intimidad[9]. Sin embargo hoy aclara el Tribunal Constitucional español (STC 292-2000, f. j. 6) que:

> [S]u objeto es más amplio que el del derecho a la intimidad, ya que el derecho fundamental a la protección de datos extiende su garantía no solo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida (...), sino a lo que en ocasiones este Tribunal ha definido en términos más amplios como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal.

De este modo, en la STC 292-2000, f. j. 7, señaló que:

> [E]l contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos

9 Es pertinente citar a Lucas Murillo (2008), quien manifiesta que:

> Hablar del derecho a la autodeterminación informativa es hablar de la protección de los datos de carácter personal, del mismo modo que tratar de la protección de datos de carácter personal es tratar del derecho a la autodeterminación informativa. Hay, pues, plena coincidencia y la diferencia de denominaciones obedece a que una, la primera, acuñada por Alemania y utilizada por su Tribunal Constitucional Federal en su Sentencia de 15 de diciembre de 1983 sobre la Ley del Censo, se fija en la principal facultad que encierra este derecho: la de que su sujeto, su titular, es decir, cualquier persona, decida, consienta de forma informada y libre el uso por terceros de datos que le conciernen. En cambio, la segunda denominación que, como veremos, es la acogida por la LOPD, por nuestro Tribunal Constitucional y por el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, utiliza una expresión que pretende denominar el conjunto de medios jurídicos a través de los cuales se satisface aquella facultad".

se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular.

Para Hernández, resumiendo, este derecho tiene como finalidad que las personas mantengan un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para su dignidad y derechos (2013, p. 18).

Ahora, es importante señalar que las leyes de protección de datos personales, a fin de instituir medios para que los ciudadanos ejerzan sus potestades, han previsto cuatro derechos: 1) acceso, 2) rectificación, 3) cancelación y 4) oposición: más conocidos por sus iniciales como derechos ARCO. A través de estos derechos, el titular de datos personales puede solicitar a quien trate sus datos lo siguiente: i) le informen qué datos personales suyos está tratando un tercero, ii) se rectifiquen los datos personales equívocos o ambiguos, iii) se eliminen sus datos personales, y iv) oponerse a que se difundan más allá del límite que él ha otorgado.

Como se aprecia, uno de los derechos reconocidos es el derecho de cancelación, el que también ha sido denominado, por sus efectos jurídicos (eliminación), como derecho al olvido. Asimismo, cuando estos datos personales se encuentran alojados en internet se lo reconoce como derecho al olvido digital. En ambos casos el derecho al olvido podría considerarse un neologismo en el lenguaje jurídico pero que, en esencia, se trata del tradicional derecho de cancelación u oposición regulado por las leyes de protección de datos personales.

2. Confirmación del derecho al olvido en internet por la Sentencia C131-2014 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Recapitulando, la información publicada en Internet que identifique a una persona es un dato personal y su almacenamiento, recopilación o difusión constituye un tratamiento sujeto a la aplicación de las leyes de protección de datos personales. No obstante, aún existe una tensión frente a la postura de quienes creen en la imposibilidad de considerar como tratamiento de datos personales a la actividad específica que realizan los motores de búsqueda como Google[10], siendo relevante este escenario toda vez que los motores de búsqueda, en general, son los medios que principalmente en nuestros tiempos se utilizan para buscar e identificar información a través de Internet.

Siendo así, toda vez que la presente investigación nos encamina a responder la interrogante sobre si los antecedentes delictuales son pasibles de ser borrados de Internet, es importante reconocer los criterios asumidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en adelante TJUE, en la Sentencia C131-2014, toda vez que esta se ha convertido en un precedente en la Unión Europea sobre la aplicación del derecho al olvido en Internet.

El caso suscitado se inició porque en marzo de 2010, el señor Costeja González, de nacionalidad española, solicitó ante la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) que el periódico *La Vanguardia* y las empresas Google Spain y Google Inc. retiren o modifiquen la información de dos anuncios en Internet que relacionaban su nombre con la subasta de sus inmuebles por deudas que tuvo con la Seguridad Social. El señor Costeja

10 Conclusiones del Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sr. Niilo Jääskinen, presentadas el 25 de junio de 2013 para el Asunto C-131/12. Recuperado de: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=138782&doclang=ES>.

había pagado su deuda años atrás, pero cuando colocaba su nombre en el buscador *Google* aparecían las noticias que fueron publicadas en enero y marzo de 1998, pero que continuaban siendo accesibles en: i) página *web* del periódico *La Vanguardia*, ii) memorias temporales *(caché)* y iii) buscador web de la empresa Google.

La empresa Google, ante el requerimiento de eliminar la información mencionada, se negó a conceder el derecho al olvido porque afirmó que su sede se encuentra en Estados Unidos y las leyes de la unión europea no le son aplicables. Asimismo, manifestó que su representada no es quien publicó las noticias en internet, sino el periódico *La Vanguardia*, por lo que debe ser esta quien determine si elimina la información de su página *web*.

Luego de un controvertido litigio en la instancia administrativa, al judicializarse el caso, la Audiencia Nacional española solicitó una decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea con la finalidad que interprete la Directiva 95/46/CE (de protección de datos personales para la Unión Europea), lo que ocasionó que la sentencia que finalmente el TJUE emitió se convierta en un precedente vinculante no solo para España, sino para todos los países de la Unión Europea.

En la Sentencia C-131/12, el TJUE reconoció lo siguiente: i) que las empresas como Google y Yahoo, dedicadas al almacenamiento y difusión de información en Internet (motores de búsqueda), deben ser considerados agentes que tratan información personal, por lo que se les debe aplicar la legislación sobre protección de datos personales y hacerlos responsables por la inobservancia de las leyes. De esta manera, lo que en términos prácticos se estatuyó es que Google, como cualquier otro motor de búsqueda, debe cumplir con los principios y obligaciones así como establecer mecanismos que garanticen a los ciudadanos el acceso, rectificación, cancelación, olvido u oposición de sus datos personales tratados por su motor de búsqueda, ii) en segundo lugar, el TJUE determinó que aquella empresa que esté fuera del territorio de la Unión Europea, pero que cuente con alguna sucursal dentro de ella, la hace pasible de someterse a la legislación nacional si es que trata datos personales. Sobre este aspecto, la defensa de Google alegó que, si bien ellos estarían tratando datos personales, no sería aplicable la legislación de la materia, pues el domicilio de su empresa está ubicado en el Estado de California en los Estados Unidos. Sin embargo, la contraparte alegó que Google cuenta en cada país europeo con una filial, la misma que la representa en sus actos, así sean solo publicitarios. Por esto, el TJUE fijó como precedente que bastaría tener un establecimiento o filial en un Estado europeo para que se someta a cumplir las leyes internas, iii) en tercer lugar, el TJUE determinó que se debe establecer un mecanismo que permita que los cibernautas o cualquier ciudadano pueda solicitar que, cumpliendo los requisitos establecidos en la ley, se borren o cancelen los datos personales alojados en Internet que sean lesivos para sus derechos.

Para conseguir esta última finalidad, los motores de búsqueda deberían borrar de sus índices de resultados los datos personales sobre los cuales los ciudadanos soliciten legalmente su cancelación, tal como a continuación se determinó:

> [P]ara respetar los derechos que establecen estas disposiciones, siempre que se cumplan realmente los requisitos establecidos en ellos, el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, también en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de estas páginas web, y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma

lícita (Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia C-131/2012. Luxemburgo: 13 de mayo del 2014, considerando 62).

Como última conclusión, el TJUE manifiesta que no es necesario que se constate un perjuicio en el interesado o ciudadano para que el motor de búsqueda proceda al borrado de los datos personales, al reconocer que:

> [A]l analizar los requisitos de aplicación de estas disposiciones, se tendrá que examinar, en particular, si el interesado tiene derecho a que la información en cuestión relativa a su persona ya no esté, en la situación actual, vinculada a su nombre por una lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre, sin que la apreciación de la existencia de tal derecho presuponga que la inclusión de la información en cuestión en la lista de resultados cause un perjuicio al interesado. Puesto que este puede, habida cuenta de los derechos que le reconocen los artículos 7 y 8 de la Carta, solicitar que la información de que se trate ya no se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en tal lista de resultados, estos derechos prevalecen, en principio, no solo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en acceder a la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona. Sin embargo, tal no sería el caso si resultara, por razones concretas, como el papel desempeñado por el 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.

En virtud de lo determinado por la Sentencia C131-12 del TJUE, la empresa Google Inc. actualmente viene reconociendo en Europa el derecho al olvido digital, a pesar de haber calificado a la sentencia de decepcionante[11] y constituir el Consejo Asesor de Google Sobre el Derecho al Olvido, con el fin que se le asesore en la búsqueda de un equilibrio entre el derecho de un individuo a su intimidad y el interés público para el acceso a la información[12].

Aun así, actualmente, en la Unión Europea, a raíz de este precedente vinculante emitido por el TJUE, los prestadores de servicios de Internet se encuentran obligados a cumplir con las leyes de protección de datos personales del país en donde operen, así sea con establecimientos o filiales. Asimismo, se ha reconocido el derecho al olvido de los ciudadanos para solicitar que los administradores de páginas *web* eliminen sus datos personales e, inclusive, legitimarlos pasivamente para que puedan requerirlo directamente a un motor de búsqueda, toda vez que este último es, en la práctica, el mecanismo mayormente utilizado por los cibernautas para buscar información en la web.

3. Derecho al olvido en Internet y resocialización penal

¿Por qué la relevancia del reconocimiento del derecho al olvido en Internet? Quizá una respuesta reveladora se encuentre en palabras de Eric Schmidt, presidente ejecutivo de Google, que sentenció a muerte la privacidad de

11 La directora de Comunicación y Asuntos Públicos de Google para el sur de Europa, Marisa Toro, calificó de "decepcionante" la sentencia de la justicia europea y dijo que analizaría sus implicancias. "Es una decisión decepcionante para los motores de búsqueda y editores *online* en general. Estamos muy sorprendidos de que difiera tan drásticamente de las conclusiones del Abogado General y de las advertencias y las consecuencias que ya identificó".

12 Informe final del Consejo Asesor de *Google*. Enero del 2015. Recuperado de: <https://www.google.com/intl/es/advisorycouncil/>.

las personas al manifestar lo siguiente: "los jóvenes quizá tengan que cambiar su nombre en el futuro para escapar de su antigua actividad *online*" (The Telegraph, 2010).

La importancia del derecho al olvido, entonces, tiene que ver con que el pasado no siempre significa un aspecto positivo para las personas. No es extraño que muchos ciudadanos almacenen en su historia inimaginables hechos negativos que, bajo reserva y en silencio, los confrontan en el día a día para evitar que condicionen o afecten, a la vez, su futuro. Uno de estos múltiples aspectos bien puede estar referido a un pasado negativo por el involucramiento culposo o doloso en un hecho criminal. En cualquiera de los supuestos, lo más grave es, como dice Schmidt, que en esta era digital si esa información personal es expuesta en Internet, quizá lo mejor que le pueda pasar a esa persona es que cambie de nombre para así evitar lo devastador que podría resultar su convivencia ante la exposición negativa y permanente de su pasado en Internet.

En el plano fáctico, imaginar este contexto es como describir la realidad de hoy: supongamos que un medio de comunicación publicó en su edición digital de Internet que cierto joven fue condenado por el delito de lesiones o alteración del orden público cuando era estudiante y participó en una huelga. Sin embargo, habiendo cumplido su condena, luego de diez años, esa publicación sigue apareciendo en Internet y le resulta lesiva laboralmente porque las unidades de recursos humanos rastrean a sus postulantes en la *web* antes de ser contratados, en su caso encontrando un pasado delictivo. En otro supuesto, en una popular cuenta de Facebook se publicaron fotos y videos de una ciudadana agrediendo a un policía, informando que fue condenada a prisión por el delito de resistencia a la autoridad; no obstante, luego de un tiempo y habiendo sido indultada y cancelados sus antecedentes penales, le resulta lesiva la información alojada en Internet por los reproches y ofensas que recibe en su entorno social.

Es cierto que lo más práctico sería solicitar que se borren las noticias o videos y fotografías, respectivamente, pero no es tan fácil: en redes sociales como Facebook, a pesar de tratarse de tu información personal, en caso esta haya sido publicada por terceros deja de pertenecerte[13] y puede mantenerse contra tu voluntad, a discrecionalidad de la administración de la red social, de otros usuarios que las compartan en sus propias cuentas o de aquellos que las descarguen en sus computadoras[14]. En cuanto a las páginas *web,* los motores de búsqueda como Google Inc. hacen una copia de esa información en sus memorias temporales (caché), lo que hace inevitable su permanencia pública sin un plazo estricto de extinción. Por estos motivos, y ante lo que podría considerarse una acracia o desgobierno de la red, es que se debate mucho entre la protección de la memoria pública digital o el derecho al olvido: ¿acaso el individuo no tiene derecho en el mundo *online* a

13 Ver políticas de privacidad de Facebook: "Recuerda que la información que otras personas hayan compartido sobre ti no forma parte de tu cuenta y no se retirará cuando la elimines". Disponible en: <https://www.facebook.com/privacy/explanation>.

14 Declaración de derechos y responsabilidades de Facebook. "5. (9) No etiquetarás a los usuarios ni enviarás invitaciones de correo electrónico a quienes no sean usuarios sin su consentimiento. Facebook ofrece herramientas de denuncia social para que los usuarios puedan hacernos llegar sus opiniones sobre el etiquetado". Disponible en: <https://www.facebook.com/legal/terms/update>.

"olvidar los errores del pasado", al "borrón y cuenta nueva"?[15].

En este escenario en el que la memoria colectiva perdió su capacidad natural de olvido y digitalmente no es posible dejar atrás el pasado, es que surge el derecho al olvido definido como:

> [U]n derecho que exige que los datos personales de las personas dejen de ser accesibles en la *web*, por petición de las mismas y cuando estas lo decidan; como un derecho a retirarse del sistema y eliminar la información personal que la red contiene. Más concretamente, se trata de un derecho de la ciudadanía a cancelar y oponerse al tratamiento de sus datos personales cuando estos han dejado de ser útiles o necesarios para el propósito con el que fueron recabados o publicados (Hernández, 2013, p. 28).

No obstante, es preciso reconocer que el derecho al olvido no es un derecho absoluto, sino que, a fin de no colisionar con otros derechos como el de la libertad de expresión e información, su aplicación tiene que sustentarse y cumplir los requisitos que se ha reconocido en la propia ley de protección de datos personales (Simón, 2012).

IV. EL DERECHO AL OLVIDO Y LA RESOCIALIZACIÓN PENAL EN LA JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA Y EUROPEA

En este subcapítulo se brindará información sobre el tratamiento que le han concedido, algunos Tribunales Jurisdiccionales latinoamericanos y europeos, al derecho a la resocialización penal y al derecho al olvido.

> **El derecho al olvido no debe implicar necesariamente el borrado de toda información relativa a los delitos y las penas, sino que garantizaría la rehabilitación con la anonimización.**

1. Derecho al olvido y resocialización penal en Chile: la Sentencia de Protección ROL N° 22243-2015 de la Corte Suprema (22/01/2016)

La Corte Suprema de Chile recientemente ha reconocido la validez de la aplicación del derecho al olvido frente a la publicación de los antecedentes delictuales en Internet. Concretamente Se ha manifestado que:

> [L]a mantención de la noticia por más de 10 años en los registros de búsqueda de internet del recurrente, afecta su derecho a la honra y una adecuada reinserción social después de cumplida la pena del delito.

El caso surge porque habían transcurrido más de 10 años desde que se publicó en Internet una noticia sobre la participación de un ciudadano en un delito que ya había sido rehabilitado. En esta noticia se señalaba que el ciudadano era oficial de Carabineros de Chile y que había sido procesado como autor del delito de abuso sexual.

El Tribunal argumentó lo siguiente:

> Sin duda, su figuración posterior en los motores de búsqueda de las versiones digitales de dicho diario, ha obedecido al escrupuloso registro de su historial de noticias, lo que evidentemente constituye un legítimo

15 En este escenario Mieres manifiesta lo siguiente:

> [E]n sociedad es inevitable la exposición de uno mismo ante los demás en distintos grados. Los hechos y circunstancias de nuestra vida de relación pueden ser conocidos por terceros y recordados. Pero la fragilidad de la memoria y el paso del tiempo permiten que el pasado no constituya una presencia permanente sobre la vida actual de las personas. El recuerdo constante de aquello que hicimos, y querríamos olvidar, constituye una rémora para desarrollar en libertad y autonomía nuestro proyecto vital, bien porque nos obliga a dar razón de los sucesos pasados, bien porque, conocidos por otros fuera de su contexto, pueden dar lugar a una imagen falsa que nos perjudique (2014, p. 10).

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

Asimismo, reconociendo el actual contexto digital, el Tribunal consideró lo siguiente:

> 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. (…) Es el caso del derecho penal, donde el derecho al olvido se desarrolló por primera vez. Efectivamente, en caso de conflicto entre el derecho al olvido del pasado judicial (a la supresión de la información sobre antecedentes penales y condenas pasadas) y el derecho a la información (acceso a dicha información), el factor tiempo se ha usado como un criterio decisivo. Si la información se considera de interés periodístico (debido a la actualidad de su ocurrencia), el derecho a la información prevalece; si no, el derecho al olvido prevalece sobre el derecho a la información (todavía se puede acceder a la sentencia, pero ya no se incluyen los nombres de los implicados). (…) Por otro lado, si la propia ley penal –la más gravosa desde el punto de vista de la afectación de los derechos individuales– es la que señala un tiempo específico de duración de la pena, y permite además eliminarla de todos los registros públicos una vez cumplida esta, con mayor razón los medios de comunicación social deben actuar en coherencia con la intención de proporcionar al penado la posibilidad de desarrollar una vida acorde con el respeto a sus garantías constitucionales una vez transcurrido el tiempo de condena, lo que necesariamente se debe extender, y con mayor razón, a su núcleo familiar, el que por lo demás no tiene responsabilidad alguna en los hechos condenados. Este es el sentido de todas las medidas de reinserción social a que apuntan las normas antes descritas.

2. Derecho al olvido y resocialización penal en Colombia: Casación Penal N° 20889 de la Corte Suprema de Justicia (19/08/2015)

En este caso, un ciudadano colombiano, en el 2004, fue condenado a 46 meses de prisión e inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo término, al ser hallado responsable de homicidio atenuado por perpetrarse en estado de ira, en concurso con tenencia ilegal de arma de fuego de defensa personal.

Dicha sentencia fue publicada en el boletín electrónico del Estado (internet). El buscador Google guardó automáticamente esta información y lo hacía aparecer en sus resultados de búsqueda. El recurrente alegó que su hijo, en

días pasados, escribió el nombre de su padre en el buscador de Internet mencionado y descubrió ese pasado, del que nunca le había conversado. Eso trajo consigo una situación muy difícil para ambos y la necesidad de llevar al joven a terapias sicológicas.

La Corte, entre otros aspectos, consideró lo siguiente:

> Los antecedentes penales, en criterio de la Corte Constitucional, y, naturalmente, las sentencias condenatorias con los datos personales del procesado, agrega la Sala, tienen el carácter de datos negativos que permiten asociar circunstancias no queridas, perjudiciales, socialmente reprobadas o simplemente desfavorables con una persona natural. Posiblemente sean, en el marco de un estado de derecho, el dato negativo por excelencia: el que asocia el nombre de una persona con la ruptura del pacto social, con la defraudación de las expectativas normativas, con la violación de los bienes jurídicos fundamentales. (...) La sociedad demanda y requiere esa información. Si el Internet en el mundo moderno le permite a los ciudadanos, para disminuir los riesgos en la seguridad derivados de las relaciones humanas, verificar con solo teclear un nombre en un buscador si alguien con quien se quiere contratar, trabajar o tener una relación de pareja o de vecinos, aparece eventualmente relacionado con un hecho criminal y en realidad lo está pues en la Sala de Casación Penal se confirmó una condena en su contra y así aparece en su base de datos, mal se haría privándolos en todo tiempo de la posibilidad de alcanzar ese conocimiento, que es exactamente lo que se lograría si se condiciona la publicación de la decisión judicial a la supresión del nombre del procesado (...) No se entendería que se oculte al público la identidad de quien recién ha sido declarado responsable de la ejecución de un crimen. Ese conocimiento de la colectividad, por demás, hace parte del padecimiento implícito en la expiación de la pena. Si uno de los propósitos de la publicidad de las sentencias condenatorias tiene que ver con la función de prevención general que cumple la pena, también a ella está vinculado otro objetivo de gran trascendencia que es la reinserción social del condenado, considerado el fin fundamental de la pena en el artículo 9 del Estatuto Penitenciario y Carcelario o Ley 65 de 1993. Y si bien es cierto se trata de una función que se empieza a operar en el momento de la ejecución de la pena de prisión, según lo preceptúa el artículo 4 del Código Penal, se entorpecería su materialización tras el cumplimiento de la pena si se continuara permitiendo el conocimiento público e indiscriminado del antecedente penal, ya en la base de datos de la Policía Nacional o en la de sentencias condenatorias de la Corte. Ello favorecería prácticas discriminatorias en el mercado laboral y obstruiría las posibilidades de reinserción de las personas que, cumplida o prescrita la pena, han superado sus problemas con la ley. Se desconocería, igualmente, el artículo 162 del Código Penitenciario, a través del cual el legislador estableció que, una vez cumplida la pena, los antecedentes criminales no podrán ser por ningún motivo factor de discriminación social o legal y prohibió, en consecuencia, hacerlos figurar en los certificados de conducta que se expidan, insertando la norma –como para que no quedara duda del mandato– en el Título denominado servicio pospenitenciario. En resumen, la regla que establece la Sala de Casación Penal, que deben observar los funcionarios responsables de la administración de sus bases de datos es la siguiente: Las sentencias condenatorias que expida la Sala o los autos en los que haga referencia a ellas (inadmisión de demandas de casación, por ejemplo), se ofrecerán íntegras a la comunidad en su servidor de acceso público –sin la supresión de los nombres de los procesados– permitiéndose que los ciudadanos accedan a ellas a través de los buscadores web o del

full text de la Corte y solo con autorización de lectura. Cuando se compruebe que judicialmente se declaró cumplida o prescrita la pena, se suprimirán de las bases de datos de acceso abierto los nombres de las personas condenadas, salvo en los eventos en que la ley obligue a conservar pública esa información en todo tiempo. No obstante, se mantendrá el documento íntegro en los archivos de la Corporación. Este, bajo los preceptos legales que rigen el derecho de acceso a la información pública, podrá consultarse directamente en las oficinas en las cuales reposa.

3. Derecho al olvido y resocialización penal en Costa Rica: Sentencia N° 04626 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (30/04/2004)

En el presente caso, el recurrente afirmó que desde hace más de veinte años los archivos policiales y judiciales contenían sus antecedentes y que estos le ocasionaban un perjuicio. El Tribunal manifestó que.

> [L]os efectos a perpetuidad de las condenatorias penales son contrarios a los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, y se reconoció el denominado –derecho al olvido, en virtud el cual– ciertas informaciones deben ser eliminadas de los archivos oficiales transcurrido un determinado lapso desde el momento en que acaeció el hecho a que se refieren, para evitar que el individuo quede prisionero de su pasado. En efecto, a juicio de esta Sala todo ser humano necesita que se le reconozca su capacidad para rectificar su vida, que es un ejercicio de la fuerza creadora de su libertad. Si al hecho negativo del error cometido se le agrega la imposibilidad de restauración y de una nueva creación, la vida de los seres humanos quedaría estancada y sin más posibilidades, en el momento de equivocarse.

4. Derecho al olvido y resocialización penal en España: Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona/Sección 16 (17/07/2014)

El 8 de enero de 2009, el señor Domingo solicitó ante el Boletín Oficial del Estado español (BOE) que eliminen sus datos sobre el indulto que le concedieron en 1999, sobre un delito contra la salud pública ocurrido en 1981. Manifestó que desde hacía años, al colocar su nombre y apellidos en Google, salía una página *web* del BOE informando de dicho indulto referido a él. Alegó que dicha información "había hundido su vida y le gustaría rehacerla".

La Audiencia Provincial manifestó lo siguiente:

> En cuanto al derecho al honor, la información de que una persona fue condenada por cometer un delito contra la salud pública –obtenida aquí a partir de la información sobre el indulto de la pena impuesta por el delito–, puede afectar, sin duda, objetivamente, a la buena reputación de la persona y hacerle desmerecer en la consideración ajena, al ir en su descrédito o menosprecio. En esa medida atañe al ámbito de protección del derecho fundamental al honor. También puede hallarse afectado en el caso el derecho fundamental a la intimidad, aunque la información sobre la que se reclama reserva no sea propiamente de aspectos de la esfera íntima del actor, sino de actuaciones que, en determinado momento, trascendieron del ámbito íntimo y dieron lugar a decisiones del poder público (el indulto y la condena penal previa) [y que] se ha tenido en cuenta la afectación del derecho al honor del Sr. Domingo y de su derecho a mantener reserva sobre hechos de su vida pasada.

Las partes demandadas: Yahoo, Google, Terra y el BOE, en sus contestaciones alegaron que habían cumplido con eliminar la información sobre los antecedentes penales, por orden de la Agencia Española de Protección de Datos, ante quien se ejerció la reclamación del derecho al

olvido en sede administrativa. En consecuencia, al margen del reconocimiento del derecho al olvido, en sede administrativa y judicial, a través de esta sentencia también se le reconoció una indemnización por daño moral que Google debía pagar al señor Domingo.

> "Los certificados emitidos por la PNP, el Poder Judicial o el INPE en el contexto de la era digital están destinados a perder su idoneidad si no se reconoce también el derecho al olvido."

5. Derecho al olvido y resocialización penal en España: Sentencia N° 545/2015, el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Español

A través de la Sentencia N° 545/2015, el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Español ha reconocido la importancia del transcurso del tiempo en el tratamiento de datos personales en Internet, al expresar que:

> [L]a vinculación entre los datos personales de una persona y una información lesiva para su honor e intimidad en una consulta por Internet va perdiendo su justificación a medida que transcurre el tiempo si las personas concernidas carecen de relevancia pública y los hechos, vinculados a esas personas, carecen de interés histórico. Por ello, el derecho a la protección de datos personales justifica que, a petición de los afectados, los responsables de las hemerotecas digitales deban adoptar medidas tecnológicas impedir que en sus páginas la información obsoleta y gravemente perjudicial pueda ser indexada por los buscadores de Internet. Sin embargo, la Sala rechaza la procedencia de eliminar los nombres y apellidos de la información recogida en la hemeroteca, o que los datos personales contenidos en la información no puedan ser indexados por el motor de búsqueda interno de la hemeroteca. Los hechos: dos personas que en los años ochenta estuvieron implicadas en el tráfico y consumo de drogas, y que tras cumplir condena por estos hechos habían rehecho su vida personal, familiar y profesional, vieron cómo la noticia que en aquellas fechas se publicó sobre su detención, ingreso en prisión y padecimiento del síndrome de abstinencia, aparecía en los primeros lugares de las consultas que en los motores de búsqueda de Internet se hacían utilizando como palabras clave sus nombres y apellidos, tras la digitalización de la hemeroteca en que se encontraba la noticia. Este interés puede justificar que, cuando se trata de personas de relevancia pública o existe un interés histórico, una información sobre hechos que afectan a su privacidad o a su reputación, aun sucedidos mucho tiempo atrás, esté vinculada a sus datos personales (en particular, nombre y apellidos) en las consultas realizadas a través de los buscadores de Internet.

Como se ha podido observar, en el caso de Colombia, Chile y España, se ha reconocido expresamente la aplicación del derecho al olvido para eliminar de Internet los antecedentes delictuales de ciudadanos que hayan sido rehabilitados de sus condenas. La finalidad, estrictamente, se puede sintetizar en que el internet no puede convertirse en un medio que condene a los resocializados perpetuamente por sus delitos o faltas redimidas.

V. CASUÍSTICA EN INSTANCIA ADMINISTRATIVA: RESOCIALIZACIÓN PENAL Y DERECHO AL OLVIDO EN LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

En la mayor parte de Estados que han promulgado leyes de protección de datos personales se han creado organismos especializados que regulan y supervisan el cumplimiento o sancionen la inobservancia de dicha norma. Someter las controversias ante este fuero es, procesalmente, el requisito para agotar la vía

administrativa antes de acudir al órgano jurisdiccional. Por ello, a continuación se presentan una serie de casos en los que la Agencia Española de Protección de Datos Personales, en adelante la AEPD, en calidad de ente administrativo especializado del Estado español, reconoció o desestimó la aplicación del derecho al olvido para la eliminación de los antecedentes delictuales publicados en Internet.

1. Caso: delito contra el patrimonio histórico

Un primer caso se encuentra en la Resolución N° 1509/2009 del 11 de setiembre del 2009. En ella se analizó el caso de un ciudadano español que solicitó que Google no trate sus datos personales referidos a una sentencia penal del 2004 en la que lo condenaron a una pena de dieciocho meses de multa y a indemnizar al ayuntamiento por los daños causados en el patrimonio histórico consistente en la rotura de la mano del monumento de la diosa Cibeles en Madrid. Este hecho fue publicado en diversas páginas web de noticias de diarios en versión digital como *El Mundo, ABC, El País*, entre otras, por lo que, posteriormente, cuando el ciudadano ingresaba su nombre en el buscador de la página web de Google.com, aparecían dichas noticias y su vinculación con el delito, a pesar que ya había cumplido la condena impuesta.

Es en este contexto que la AEPD obligó a que Google adoptase las medidas necesarias para retirar los datos personales de su índice e imposibilite el acceso futuro a los mismos al apreciar que el derecho constitucional a la libertad de expresión no amparaba que *Google* incorpore en sus índices o páginas *web* temporales los datos personales del ciudadano reclamante, pues existía una situación personal fundada y legítima que protegía el derecho de oposición solicitado.

En este caso, nótese que el ciudadano no identificó claramente cuáles eran los medios de comunicación digitales que subieron la información, ni tampoco existía un tiempo prolongado entre la publicación de la información y le momento en que presenta la solicitud de cancelación; sin embargo, la AEPD no exigió el acudir a las páginas *web* previamente, sino reclamar directamente al motor de búsqueda Google. Asimismo, al analizar el fondo de la controversia, puso énfasis en dos circunstancias que consideró relevantes para el caso: 1) que el reclamante en el momento de cometerse los hechos tenía veintiún años y, en ese momento, no había un pronóstico del impacto de las tecnologías de la información en su devenir laboral futuro; y 2) que existía una rehabilitación de su pena (evidenciado con la cancelación de los antecedentes) y sin embargo existía una perdurabilidad de los efectos informativos en internet y sus efectos lesivos sociales frente a la caducidad de la información penal, lo que le ocasionaba un perjuicio personal y profesional al hallarse en plena edad laboral[16].

Sin embargo, a pesar de la claridad del caso mencionado, la AEPD, en general, no ha establecido un criterio uniforme respecto de los alcances del derecho al olvido cuando se trata de eliminar u oponerse al tratamiento de datos personales vinculados a un delito y una pena cumplida, como se aprecia en el siguiente caso.

2. Caso: delito de estafa

En el 2009 un ciudadano solicitó el derecho de oposición contra Google por el tratamiento de sus datos referidos a la comisión de delitos de estafa, apropiación indebida y fraude de subvenciones a través de sociedades en las que era directivo de la Sociedad General de Autores, las mismas que se publicaron en noticias escritas a través de la edición virtual del diario *El Mundo (elmundo.es)*. Se justificó

16 Agencia Española de Protección de Datos Personales. Resolución N° 1509/2009. Madrid: 11 de setiembre de 2009.

la solicitud en la inexactitud de la información y el grave perjuicio que causaban estas a la reputación, imagen, honor e intimidad del reclamante.

La AEPD resolvió el caso argumentando que no se cumplían los requisitos necesarios (motivo legítimo y fundado, referencia a una concreta situación personal y justificación de la oposición en el motivo alegado) al tratarse de "un supuesto de relevancia pública en el que no se ha acreditado que los datos, y la información que estos proporcionan, sean inexactos o hayan quedado obsoletos", por lo que desestimó la reclamación[17].

En este caso, la AEPD ha considerado dos elementos para que exista un tratamiento ilegítimo de datos personales: la inexactitud y la obsolescencia. La inexactitud supondría, por ejemplo, que si se publica una noticia en la que se calumnia a determinado ciudadano por la comisión de un delito (no siendo cierto), esta, a solicitud del interesado, deberá ser cancelada o eliminada por su falta de veracidad. El otro elemento es la obsolescencia. Esto tiene que ver con que las noticias siempre tienen una actualidad, una vigencia y, pasado el tiempo, resultan siendo letra muerta porque desaparece el interés informativo. Sin embargo, con las publicaciones en Internet esto pierde sustento, pues las noticias permanentemente están sujetas a la actualidad que le brinden los propios cibernautas. Entonces, cabe preguntarse: ¿cuánto tiempo debería pasar para considerar que alguna información es obsoleta y, por tanto, eliminarla con el derecho al olvido? Sobre ello no existe tampoco un plazo uniforme, pues, por ejemplo, en la Resolución N° 273/2010 se aceptó dos años, pero en la Resolución 1509/2009, cinco años, lo que implica que al analizarse los casos en que se alegue la obsolescencia de la información, también se debe evaluar en conjunto otras circunstancias particulares del caso y entre las que podría tomar relevancia el principio de resocialización penal cuando se hayan cancelado los antecedentes delictuales.

3. Caso: delito sexual contra menores de edad

En este caso se advierte la falta de uniformidad en criterios. La ciudadana "X", al ingresar su nombre en el buscador Google, visualizaba cuatro enlaces *web* en los que se la vinculaba con una condena de tres años de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio de cargo público y profesión de docente de menores de edad. Por este motivo solicitó a la AEPD que obligue a que Google elimine sus datos personales de sus índices de búsqueda porque estas hacían referencia a un proceso judicial pasado y que contiene información obsoleta.

Lo interesante en la presente reclamación es que la ciudadana "X" presentó como prueba un *certificado* del 7 de enero de 2014 que demostraba la cancelación de sus antecedentes penales (este sería, como se advierte, un caso específico para analizar la problemática de la resocialización). En su turno, Google alegó que la información ofrecida por su buscador se refiere a la sentencia publicada por orden del Ministerio de Educación en el Boletín Oficial del Estado.

El 3 de setiembre de 2015 la AEPD resolvió el caso y reconoció el derecho al olvido de "X" por tratarse de datos obsoletos y no concurrir "interés preponderante del público en tener acceso a esta información a través de una búsqueda en internet que verse sobre el nombre de esa persona". Sin embargo, Google Inc. interpuso recurso de reposición (*apelación* administrativa) contradiciendo lo dictaminado por la AEPD.

17 Agencia Española de Protección de Datos. Resolución 273/2010. Madrid: 17 de febrero del 2010. Expediente tramitado mediante Procedimiento de Tutela de Derechos TD/1435/2009.

Fue así que la Dirección de la AEPD emitió el Recurso de Reposición N° RR/00795/2015 argumentando que, para justificar la obsolescencia de la información, en cuanto a la inhabilitación para el ejercicio de cargo público y ejercicio docente, "cabría presumir que por el tiempo transcurrido la pena de 3 años impuesta por la sentencia ha sido cumplida, máxime cuando la interesada aporta certificado de fecha 7 de enero del 2014 de cancelación de antecedentes penales de la ejecutoria 16/2007". Sin embargo, en la sentencia penal también se le condena a tres años de prisión "como consecuencia de un delito sexual con relación de superioridad cometido frente a una alumna de 4 años, por lo que nos encontramos con una información que se considera de interés para los ciudadanos (...) por lo que hay que tener en cuenta que debe prevalecer dicha información para una mayor protección de los menores de edad. Así, en lo que respecta a la normativa de protección de datos, estamos ante un tratamiento legitimado que no supondría vulneración de la normativa en materia de protección de datos"[18].

Como se aprecia, la AEPD revoca la decisión asumida en primera instancia y considera que no se deben borrar los enlaces del buscador porque existe un interés público en que se cautele los derechos de menores de edad que estarían, a su consideración, por encima del derecho a la resocialización de la reclamante. Es importante hacer hincapié en la flexibilidad interpretativa de las autoridades administrativas sobre los casos puestos a su consideración, en la que algunos consideran un mismo hecho como de interés público y otros no.

4. Caso: tráfico de cocaína

Otro caso ilustrativo en el que se analiza la importancia de la rehabilitación penal o resocialización sucedió cuando el ciudadano "X", el 9 de setiembre del 2014, solicitó a la AEPD que obligue a Google y la empresa Teleprensa para que cancelen o eliminen de internet sus datos personales en que se hace referencia a una noticia publicada en el 2010 sobre la condena de un año y seis meses y una multa de quinientos mil euros por el delito de tráfico de cocaína. Los hechos tuvieron lugar entre el 2002 y 2003.

La compañía Google alegó que dicha información es relevante y de interés general.

Lo importante en esta reclamación es que "X" presentó copias de sus *certificados* de cancelación de antecedentes penales y policiales, por lo que manifestó: "haber conseguido la cancelación de mis antecedentes penales y policiales", por ello la información que ofrece el enlace *web* afecta a su reinserción dado que "hace peligrar este derecho en cuento a la posibilidad de que se produzca mi pérdida de trabajo (...)".

La AEPD resolvió el caso atendiendo a la siguiente consideración:

> [A] pesar de que le tratamiento de los datos del interesado en el enlace reclamado fue inicialmente lícito, procede la exclusión de los datos personales del reclamante al tratarse de datos obsoletos, al haber conseguido la cancelación de sus antecedentes penales y policiales, y no concurrir interés preponderante del público en tener acceso a esta información a través de una búsqueda en internet que verse sobre el nombre de esa persona.

Como se advierte, la AEPD estimó la reclamación y obligó a que Google tome las medidas necesarias para evitar que el nombre del reclamante se vincule en sus resultados de búsqueda[19].

18 Agencia Española de Protección de Datos. Procedimiento N° TD/00426/2015, sobre recurso de Reposición 00795/2015. Madrid: 3 de setiembre del 2015.

19 Agencia Española de Protección de Datos. Resolución N° R/00614/2015, proveniente del Procedimiento N° TD/01637/2014.

En este caso, es evidente que el núcleo de la fundamentación del reclamante se sustenta en el derecho a la resocialización que le permita la inserción laboral. Aun así, la AEPD no solo reconoce el derecho de resocialización, sino también hizo énfasis en que no existe interés público para que se conozcan tales hechos, razones por la que estima fundada la reclamación, lo que nos lleva a pensar que, *a contrario sensu*, si el hecho delictual era de interés público, probablemente no se le hubiese reconocido el derecho al olvido.

> "Todo ciudadano tiene el derecho de cancelar sus antecedentes con la sola condición de haber cumplido su condena."

5. Caso: delito de intencionalidad política

En otro caso, el ciudadano "X" fue juzgado por el Tribunal de Orden Público por un delito de intencionalidad política, cumplió su condena y, además, fue amnistiado, cancelándose sus antecedentes penales. Sin embargo, el diario español *ABC* había publicado noticias sobre dicha comisión delictiva en su periódico digital, por lo que "X" solicitó a la AEPD que el periódico *ABC* no trate sus datos personales.

El periódico *ABC* alegó que la publicación está protegida por el derecho fundamental a la libertad de expresión reconocido constitucionalmente.

La AEPD manifestó que los medios de comunicación deben tener en cuenta cuando se trata de un personaje de relevancia pública y la trascendencia sobre la privacidad de las personas que puede derivar de ello. No obstante, para el caso en concreto, declaró inadmitida la reclamación, entendiendo que el reclamante es un personaje público, por lo que no impuso la obligación para que el periódico *ABC* elimine dicha información de Internet[20].

Como se observa, en el presente procedimiento, a pesar de haberse comprobado la cancelación de los antecedentes penales del ciudadano y una amnistía sobre dicho delito, la AEPD consideró que la relevancia pública del reclamante y del delito de intencionalidad política (lo que inobjetablemente es de interés público), tienen mayor preponderancia que su derecho al olvido e –indirectamente– a la resocialización, pues obsérvese que el recurrente acreditó su rehabilitación penal con la cancelación de sus antecedentes penales.

6. Caso: fraude

Un ciudadano "X" solicitó a la AEPD ordene que Google Inc. elimine los enlaces de los resultados búsqueda en los que aparece una noticia en la que se da a conocer sobre una supuesta trama (fraude) en la venta de helicópteros de combate a Irán.

La AEPD, por un lado, reconoce que los motores de búsqueda como Google

> [A] partir de un nombre, página web o información relativa a una persona, facilita la accesibilidad y difusión de la información a cualquier internauta que realice una búsqueda sobre el interesado, constituyendo una injerencia en el derecho fundamental al respeto de la vida privada del interesado.

Sin embargo, paradójicamente cuando parecía que le daría la razón al ciudadano, dispone lo siguiente:

20 Agencia Española de Protección de Datos. *Resolución N° 00089-2014*. Madrid: 28 de agosto del 2014.

> [N]os encontramos con una información que se considera de interés para los ciudadanos, al ser una noticia referida a hechos de trascendencia pública, circunstancia de interés para la opinión que no se ha acreditado que resulte incierta u obsoleta, por lo que, en lo que respecta a la normativa de protección de datos, nos encontramos ante un tratamiento legitimado y no supondría vulneración de la normativa en materia de protección de datos[21].

Desenlaces: Se evidencia que el interés público es un principio importante en el análisis que efectúa la AEPD al momento de reconocer el derecho al olvido. No obstante, en la casuística se demuestra que no se han uniformizado los criterios para determinar en qué casos se debería cautelar el derecho al olvido y la resocialización de los ciudadanos que han logrado cancelar sus antecedentes delictuales. Lo que sí ha sido uniforme es denegar las solicitudes cuando se trate de antecedentes penales relacionados a un interés público del delito o que el ciudadano sea un personaje público, aunque sin establecer parámetros claros para saber en qué casos se estaría ante ellos.

VI. EL CASO PERUANO: GOOGLE Y LA AUTORIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

En el Perú el derecho fundamental a la protección de datos personales fue reconocido en la Constitución de 1993[22]. Asimismo, su desarrollo legislativo se produjo en el 2011 con la promulgación de la Ley N° 29733, iniciando su vigencia en el año 2013 con la publicación de su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 003-2013-JUS[23]. Asimismo, con dicha ley se creó a la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, en adelante la ANPD, que es un organismo público adscrito al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que tiene como finalidad el realizar todas las acciones necesarias para el cumplimiento de la Ley de protección de datos personales.

Conforme se hizo de público conocimiento, la ANPD recientemente ha reconocido el derecho al olvido al exigirle a Google que elimine información de su buscador web, como se detallará a continuación; no obstante, previamente cabe aclarar que en este caso peruano el peticionante no ostenta la calidad de resocializado, pero es importante analizar los criterios que ha tenido la ANPD dado que, análogamente, pueden ofrecer luces sobre la realidad problemática planteada.

El procedimiento tuvo lugar porque en el 2009 un ciudadano peruano fue denunciado ante la Fiscalía por el delito de actos contra el pudor público. Posteriormente, en el año 2012, el juez del Quinto Juzgado Penal de Lima declaró sobreseído el proceso al no acreditarse ni comprobarse responsabilidad, ordenando se cancelen los antecedentes penales y judiciales que se originaron como consecuencia de dicha causa. Posteriormente, en el 2015, el ciudadano le solicitó al juez que, además, exija que la empresa Google Perú S.R.L. elimine cualquier información relacionada con el proceso judicial que aparecía en sus resultados de su motor de búsqueda de la página web de Google.com. A pesar de que el juez cursó un oficio requiriéndolo, la eliminación de la información fue denegada por la empresa, inclusive cuando fue solicitada a la sede principal ubicada en Mountain View del Estado de California.

21 Agencia Española de Protección de Datos. Resolución N° 02738/2014, del Procedimiento N° TD/01411/2014.

22 Constitución Política de 1993, artículo 2, inciso 6: "Toda persona tiene derecho [a] que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar".

23 Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, y Decreto Supremo N° 003-2013-JUS, Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales.

Entre los argumentos del ciudadano peruano, para que le reconozcan el derecho al olvido, se debe resaltar lo siguiente:

> [T]odavía existen algunos sitios web que mantienen la noticia [sobre el proceso penal], y no cuentan con correo o dirección domiciliaria, siendo imposible contactarme con sus creadores, moderadores o administradores para enviarles la documentación que sustenta mi pedido de eliminar la noticia, haciendo más difícil la labor en la que me veo sujeto hace tres años. Tenga en cuenta que son dos trabajos perdidos por aparecer la falsa noticia en el motor de búsqueda Google, pues existe la costumbre que para saber de la persona, se ingresa a Google el nombre y en la mayoría de los casos, aparece la referencia de sus actividades o noticias relacionadas con la persona –*googleada*– también lo hacen las empresas de recursos humanos, con el fin de investigar a los postulantes al centro de trabajo.

La ANPD finalmente estimó que la conducta de Google Inc. constituye una infracción del derecho fundamental a la protección de datos del peticionante, por lo que le ordenó que bloquee los datos personales (nombres y apellidos) de toda información o noticia relacionada con la materia de sobreseimiento de la causa penal que aparece en su motor de búsqueda, precisando que el bloqueo consiste en impedir que las publicaciones estén disponibles para sucesivas búsquedas o indexación con los nombres del ciudadano.

Si bien este único caso peruano no está relacionado directamente con la solicitud de aplicación del derecho al olvido sobre la información de un proceso judicial en el que se impuso una pena y en el que el derecho a la rehabilitación penal, como parte del principio resocializador, se tornaría relevante, lo que importa es reconocer el criterio que se ha asumido, en primer lugar, para dejar como precedente que las páginas *web* y motores de búsqueda como Google, al igual que en Europa, tienen la obligación de cumplir con las normas sobre protección de datos personales peruanas. Asimismo, en virtud de este caso concreto, se asumió como criterio que la información publicada en Internet sobre una causa penal sobreseída sí es pasible de ser borrada en reconocimiento del derecho al olvido, cuando se ocasione la lesión de derechos fundamentales (trabajo, intimidad, protección de datos personales, honor y reputación), por lo que resultaría congruente que si se tratase de un caso en el que se pruebe además la cancelación de los antecedentes, este sería un argumento adicional al que no se le podría denegar la aplicación del derecho al olvido.

Sobre este caso *in comento*, se ha examinado la Resolución Directoral N° 026-2016-JUS-/DGPDP del 11 de marzo del 2016, emitida con motivo del recurso de reconsideración planteado por Google Inc. y Google Perú S.R.L. contra lo dispuesto en la Resolución Directoral N° 045-2015-JUS-/DGPDP del 30 de diciembre de 2015, en la que se reconoció, como se ha precisado, que no solo que los servicios de la sociedad de la información (empresas con actividad en Internet) son pasibles de efectuar tratamiento de datos personales, sino que también resultan obligados al cumplimiento de la Ley y Reglamento peruano[24].

24 En el análisis de las cuestiones formales del asunto, la empresa Google Inc. argumentó que no tenía obligaciones de acatar la LPDP porque su empresa no se encuentra en territorio peruano y que, además, no trata datos personales sino que solo efectúa rastreo de información publicada por otras páginas *web*. Al respecto, la ANPD manifestó que el caso europeo del Sr. Costeja Gonzalez vs. Google Inc. es un precedente que fue considerado para determinar que en Perú los motores de búsqueda son pasibles de tratar datos personales, al margen del territorio donde se ubiquen sus establecimientos: "resulta oportuno dejar establecido que la resolución [C131-2014-TJUE] ha servido para expresar que las autoridades de protección de datos personales vienen construyendo criterios jurídicos compartidos, dado que resuelven controversias similares. (...) Estamos ante tratamientos e infracciones similares y el análisis de tales casos extranjeros nos permiten afirmar que la reclamada [*Google Inc.*] despliega una estrategia global, no solo

VII. DESENLACES: DERECHOS FUNDAMENTALES, REHABILITACIÓN PENAL Y DERECHO AL OLVIDO

Como expresa Leturia, la reinserción y rehabilitación del infractor son objetivos propios de la punición estatal, la publicidad y reiteración *ad aeternum* o eternamente de los hechos delictuales y las condenas recaídas sobre ellos podría resultar claramente perjudicial para el adecuado desarrollo futuro de quienes se han equivocado (Leturia, 2016).

En este sentido, como se ha observado en el desarrollo del presente trabajo, se torna relevante lo que la Corte Suprema de Justicia de Colombia argumentó que "la publicación de condenas en internet favorecería prácticas discriminatorias en el mercado laboral y obstruiría las posibilidades de reinserción de las personas que, cumplida o prescrita la pena, han superado sus problemas con la ley".

Asimismo, Ferrajoli (1995) ha manifestado que, desde el inicio de una causa penal se da la posibilidad de que todos los intervinientes puedan conocer los antecedentes de una persona, atentándose contra su dignidad: "se trata, en efecto, de una técnica punitiva que criminaliza inmediatamente la interioridad, o peor, la identidad subjetiva del reo y que, por ello, tiene un carácter explícitamente discriminatorio, además de antiliberal" (p. 33).

Por ello, en este contexto globalizado y digital se tiene la convicción y se ha hallado un firme sustento jurídico que permite que aquellos ciudadanos que han cumplido una condena penal y han sido rehabilitados judicialmente –como regla general y sin excepciones– cuenten con la garantía constitucional que el derecho a la protección de datos personales, el derecho a la rehabilitación penal y el principio constitucional de la resocialización penal sean los que garanticen también la eliminación de los antecedentes delictuales publicados en el internet, al quedar este tipo de información obsoleta por cumplir en su momento con la finalidad informativa que motivó su tratamiento periodístico o divulgativo.

Caso contrario, sin ánimo de extralimitarse en las fronteras de la especulación, sería cuestionable que en un estado constitucional de derecho se mantengan *ad eternum* o permanentemente visibles los antecedentes delictuales de un ciudadano rehabilitado, toda vez que ello podría generar en un futuro la consolidación de un escenario en el que la sociedad se vea segmentada o polarizada entre los ciudadanos que cometieron delitos, sean leves o graves, intencionales o imprudentes, y aquellos que, apelando a su integridad, no brinden ninguna opción de redención para la resocialización o sana convivencia de los que se considera como "delincuentes" (Jakobs & Cancio, 2005, p. 26). Como se manifestó en los párrafos que anteceden: el combate a la delincuencia debe ser llevado a cabo únicamente por medios legítimos, sin acudir a la ilegalidad para defender la legalidad, pues desde un punto de vista ético resulta altamente contradictorio defender un valor –el respeto a bienes jurídicos de relevancia– negándolo a la vez para algunas personas (Sentencia N° 04626 de Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica).

CONCLUSIONES

En el Perú, el derecho a la resocialización con la rehabilitación automática y cancelación de los antecedentes judiciales, penales o policiales no condiciona su aplicación a evaluar el interés público del delito cometido o el reproche social del mismo, sino que –conforme al

para la defensa sino para el diseño societario, a partir del cual pretende eludir las normas nacionales de los diversos países en los que realiza su actividad comercial. Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales. Resolución Directoral N° 026-2016-JUS-/DGPDP, numeral 5.10, 11 de marzo de 2016.

artículo 69 del Código Penal– todo ciudadano tiene el derecho de cancelar sus antecedentes con la sola condición de haber cumplido su condena, borrando de esta manera el estigma de la prisión para así, basado en su autonomía y voluntad, tener la posibilidad de reingresar al entorno social sin verse discriminado por un castigo que ha sido pagado conforme lo dispuso el órgano jurisdiccional.

A partir de un análisis de derechos fundamentales y casuística comparada, se concluyó que los ciudadanos que han cumplido una pena y se rehabilitan conforme al artículo 69 del Código Penal, deberían contar con la garantía de que el Estado –en esta era digital basada en la Internet– no limite el reconocimiento del derecho al olvido y, por ende, permita la eliminación de aquellos antecedentes delictuales que se hayan publicado en Internet, en amparo del principio resocializador y la obligación que tiene el Estado de restablecer en todos sus derechos al ciudadano que ha cumplido una pena.

Ante el escenario, en que confluye un conflicto entre varios derechos fundamentales, el reconocimiento del derecho al olvido no debe implicar necesariamente el borrado de toda información relativa a los delitos y las penas, sino que se garantizaría la rehabilitación con la anonimización, a fin de que no se identifique al sujeto con el hecho delictivo, manteniéndose la información sobre los hechos y el delito. Esto permitiría, en términos generales, conciliar el derecho a la libertad de expresión e información y el derecho al olvido.

Finalmente, es importante reconocer que los certificados emitidos por la Policía Nacional, el Poder Judicial o el INPE, que en algún momento fueron medios para que un exreo pruebe formalmente el no tener antecedentes, en este contexto de la era digital están destinados a perder su idoneidad si no se reconoce también el derecho de eliminar o anonimizar dicha información en Internet.

BIBLIOGRAFÍA

- Antecedentes penales se deben anular de oficio. (20 de agosto de 2015). *La Ley*. Obtenido de http://laley.pe/not/2689/antecedentes-penales-se-deben-anular-de-oficio.
- Ferrajolai, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* Valladolid: Trotta.
- Foucault, M. (2002). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión.* Buenos Aires: Siglo XXI.
- Hernández, M. (2013). *El derecho al olvido digital en la web 2.0.* Salamanca: Cátedra Telefónica de la Universidad de Salamanca.
- Jakobs, G., & Cancio, M. (2005). *Derecho Penal del enemigo.* Madrid: Thomson-Civitas.
- Lesmes, C. (2008). *La ley de protección de datos. Análisis y comentario de su jurisprudencia.* Madrid: LexNova.
- Leturia, F. (2016). Fundamentos jurídicos del derecho al olvido. ¿Un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos fundamentos? *Revista chilena de Derecho, 43*(1). Obtenido de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372016000100005#k43
- Melossi, D., & Pavarini, M. (1980). *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario. Siglos XVI-XIX.* Buenos Aires: Siglo XXi.
- Mieres, L. (2014). *El derecho al olvido digital.* Madrid: Fundación Laboratorio de Alternativas.
- Millan, F., & Perália, J. (1995). *El derecho de autodeterminación informativa como derecho de la personalidad o derecho fundamental.* Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Murillo, L. (2008). *El derecho a la autodeterminación informativa y la protección de*

datos personales. Obtenido de http://hedatuz.euskomedia.org/6518/1/20043058.pdf

- Neuman, E. (1971). *Evolución de la pena privativa de la libertad.* Buenos Aires: Pannedille.
- Rallo, A. (2014). *El derecho al olvido en internet. Google versus España.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Roxin, C. (1976). *Problemas básicos del Derecho Penal. Sentido y límites de la pena estatal.* Madrid: Reus.
- Roxin, C. (2006). *Derecho Penal. Parte general.* Madrid: Civitas.
- Simón, P. (2012). El derecho al olvido en el universo 2.0. *Textos universitarios de Biblioteconomía i documentació*. Obtenido de http://bid.ub.edu/28/simon2.html.
- *The Telegraph*. (18 de agosto de 2010). Obtenido de Young will have to change names to escape "cyber past" warns Google's Eric Schmidt: http://www.telegraph.co.uk/technology/google/7951269/Young-will-have-to-change-names-to-escape-cyber-past-warns-Googles-Eric-Schmidt.html.
- Zaffaroni, E. (1995). *Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales*. Obtenido de http://ia600309.us.archive.org/33/items/Zaffaroni-LosObjetivosDelSistemaPenitenciarioYLasNormasCons/Zaffaroni-LosObjetivosDelSistemaPenitenciarioYLasNormasConstitucionales.pdf. ■

GACETA CONSTITUCIONAL & PROCESAL CONSTITUCIONAL

DIRECTORES
Domingo García Belaunde
Víctor García Toma
Samuel B. Abad Yupanqui

TOMO 122 / FEBRERO 2018

Especial

Ejecución de sentencias de la Corte IDH

Igualdad y no discriminación remunerativa en el empleo

Plazo razonable y conducta dilatoria del imputado en el proceso penal

Carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el Perú

El Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública y la procedencia del hábeas data

La ejecución del acto administrativo en el proceso de cumplimiento

Aplicación del interés superior del niño en el sistema jurídico

Negociación colectiva: alcances de la representación sindical

GACETA JURIDICA
25 AÑOS DE LIDERAZGO