

Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Centro de Estudios de Derecho Informático
Programa de Derecho y Nuevas Tecnologías

DERECHO A LA IMAGEN PROPIA Y SU MANIFESTACIÓN EN INTERNET

**Actividad formativa para optar al grado de Magister en Derecho y
Nuevas Tecnologías**

Carolina Sáez Tapia

**Profesor guía:
Lorena Donoso Abarca**

**Santiago de Chile
2017**

CONTENIDO

<u>INTRODUCCIÓN</u>	6
<u>Capítulo I: EL DERECHO A LA IMAGEN PROPIA</u>	8
<u>I.1 Derecho a la imagen propia en la doctrina y legislación comparada.</u>	8
<u>I.1.1 Legislación Comparada</u>	10
<u>I.1.2 Tratados Internacionales en materia de imagen propia</u>	14
<u>I.1.3 Jurisprudencia Comparada sobre imagen propia</u>	17
<u>I.2 El derecho a la imagen propia en Chile</u>	24
<u>I.2.1 El derecho a la imagen propia en la Constitución Política de la República</u>	24
<u>I.2.2 Protección de la imagen propia y la Ley N° 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo</u>	26
<u>I.2.3 Protección de la imagen propia y la Ley N° 19.628 de Protección de Datos Personales</u>	30
<u>I.2.4 Jurisprudencia nacional sobre imagen propia</u>	31
<u>I.3 Conclusiones al Capítulo I. El derecho a la imagen propia como derecho fundamental.</u>	41
<u>Capítulo II: El funcionamiento de Internet y las afectaciones a la propia imagen</u>	47
<u>II.1 Redes sociales y libertad de expresión</u>	47
<u>II.2 La Imagen propia y las etiquetas en redes sociales</u>	52
<u>II.3 La imagen propia y la captación de imágenes por terceros</u>	55
<u>II.4 Imagen propia frente a la indexación de los motores de búsqueda de Internet</u>	64
<u>Capítulo III: Caracterización de los remedios jurídicos frente a los riesgos del derecho a la propia imagen en internet.</u>	68
<u>III.1 Principales amenazas a la imagen propia en Internet</u>	68

<u>III.2 Mecanismos de defensa frente a la violación de la privacidad e imagen propia en Internet</u>	72
<u>III.2.1 Recurso de protección</u>	73
<u>III.2.2 Indemnización de perjuicios</u>	73
<u>III.2.3 Querrela por injurias y calumnias en el Derecho Penal</u>	74
<u>III.2.4 Hipótesis del Derecho al Olvido</u>	77
<u>III.2.5 Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet</u>	78
<u>III.3 Implicancias del reconocimiento del derecho al olvido y otras hipótesis de retracto de consentimiento en la legislación y su implicancia en la imagen propia en Internet.</u>	80
<u>III.3.1 El derecho al olvido en redes sociales</u>	83
<u>III.3.2 El derecho al olvido en los medios de comunicación social de carácter informativo</u>	84
<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	92

AGRADECIMIENTOS

Para Martin Santino, a su padre y al mío, Armando, por motivarme en esta empresa. Gracias por el apoyo y por el tiempo que les robé. Agradezco también a Lorena Donoso por su tiempo, dedicación e inspiración.

PALABRAS CLAVES

Imagen Propia - Privacidad – Internet – Derecho al olvido – Redes Sociales. Derechos Fundamentales Implícitas

RESUMEN

La imagen propia está conformada por un conjunto de características, tanto morfológicas como psicológicas, que conforman la identidad de un sujeto. Esta identidad es objeto de protección en el ordenamiento jurídico, tanto a nivel nacional como en derecho comparado, en algunos casos a nivel normativo y constitucional, y, en otros, a nivel jurisprudencial fundado en construcciones doctrinales, en base a las cuales los tribunales realizan una ponderación entre los derechos fundamentales de derecho a la vida privada y honra con el derecho a la libertad de expresión y de libre acceso a la información, configurándose -de esta forma- como un derecho subjetivo denominado “derecho a la imagen propia”.

Existen distintos tipos de amenazas al derecho a la imagen propia, entre los cuales destacamos el que se desarrolla en Internet, especialmente las redes sociales como Facebook, Instagram, Twitter, entre otras. Estudiamos diferentes casos recientes en cuales los tribunales nacionales han conocido y aplicado el derecho a la imagen propia en situaciones donde los usuarios de dichas plataformas digitales han vulnerado el derecho a la imagen propia de terceros. Se identifican cuáles son las herramientas que prevén las plataformas digitales, y qué rol juegan el derecho sobre los datos personales y la reciente doctrina sobre el derecho al olvido para resolver este tipo de conflictos.

ABSTRACT

Self-image is formed by a set of characteristics, both morphological and psychological, which constitute the identity of a person. This identity is subject to protection in the legal system, both at national level and in comparative law, in some cases at a normative and constitutional level, and, in others, at a jurisprudential level based on doctrinal

constructions, by which Courts perform a balancing between the fundamental rights of the right to private life and honor with the right to freedom of speech and free access to information, configuring - in this way - as a subjective right called "right to self-image".

There are different types of threats against the right to self-image, among which we highlight those expressed on the Internet, especially social networks such as Facebook, Instagram, Twitter, among others. We studied recent cases in which national Courts have known and applied the right to self-image in situations where the users of such digital platforms have violated the right to self-image of third parties. It identifies which are the tools provided by digital platforms, and what role do the Law play over personal data and the recent doctrine about the right to be forgotten in order to solve this type of conflicts.

INTRODUCCIÓN

Internet ha supuesto una verdadera revolución en nuestras vidas. Esta transformación no ha concluido, es un constante avance y evoluciona a gran velocidad, sin embargo tenemos certeza que la Red de redes junto a los servicios que en ella se prestan ha cambiado de manera radical el modo en que nos desenvolvemos en sociedad, la forma en que trabajamos y disfrutamos de nuestro tiempo, entre otros. Sin lugar a duda, hay un verdadero “antes y un después” desde la aparición de esta gran red de interconexión de servidores.

No obstante los innegables aportes de la Internet en las relaciones interpersonales y en la apertura virtual de fronteras nacionales, la circulación virtual de información personal es un evidente riesgo para el goce de nuestra vida privada. Con ocasión del desarrollo de la Web 2.0, Internet se ha convertido en un sistema de almacenamiento de información relativa a la esfera privada de los individuos, cuya mala utilización puede derivar incluso en acciones delictuales.

Junto con lo anterior, existe un peligro aún mayor, este es, la exposición de elementos de la esfera de su intimidad en Internet que se expresa en una forma tal que afecta su honor, su reputación y su Imagen Propia, producto de información poco fidedigna, u opiniones o comentarios provenientes de terceras personas que afectan seriamente la dignidad y prestigio social de un individuo.

El derecho a la Imagen Propia es uno de los llamados atributos de la personalidad que ha tenido poco desarrollo en la doctrina nacional pero que ha experimentado una importante evolución en nuestra jurisprudencia, reconociendo este derecho desde el punto de vista constitucional, en el que han distinguido tres ámbitos de tutela: asociado a la vida privada, al derecho a la honra y al derecho de propiedad sobre la imagen.

En este estudio analizaremos la imagen propia frente al derecho de protección del honor e intimidad; luego constataremos la protección del derecho a la Imagen Propia en la legislación nacional y comparada. Con posterioridad, veremos cómo estos derechos se ven conculcados en los medios de comunicación e Internet a través de interesantes casos en los que la jurisprudencia ha construido la doctrina de lo que estudiamos hoy como protección a

la Imagen Propia. Luego, analizaremos la suficiencia de las herramientas legales vigentes para la protección del derecho a la Imagen Propia en Internet y como éstas se conjugan con el ejercicio de otros importantes derechos como lo son el derecho a la libre expresión y el derecho al acceso a la información, tanto para las redes sociales como para cualquier proveedor de servicios de internet.

Finalmente revisaremos la doctrina del derecho al olvido como una herramienta de defensa de la transgresión a la imagen propia, en qué consiste y cómo se ha recogido en nuestra jurisprudencia nacional.

CAPÍTULO I:

EL DERECHO A LA IMAGEN PROPIA

I.1 Derecho a la imagen propia en la doctrina y legislación comparada.

Los seres humanos, a diferencia de los otros seres vivos, tenemos particularidades únicas: razón, inteligencia, sentimientos y voluntad de decidir. Nuestra esencia está dada por la capacidad de pensar, reflexionar, inventar y ejecutar nuestros proyectos. Somos capaces de aprender y memorizar, tener el dominio de nosotros mismos, es decir, tener voluntad para dirigir nuestra conducta o comportamiento. También gozamos de afectividad, la que nos permite amar a otros seres, comunicarnos, adherir a valores, y, sobre todo, tener conciencia de nosotros mismos y de nuestra existencia¹. Contamos con la autodeterminación para tener distintas opiniones, personalidad propia, preferencias, lo cual nos determina sobre ciertas conductas y decisiones, y nos hace reconocernos los unos de los otros.

En este sentido, el derecho a la imagen forma parte de una nueva formación de derechos subjetivos que se ha consolidado con el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información, en virtud de lo cual el hombre no solo se nutre de información y contenidos, sino que también se vuelve objeto y protagonista de ella, dando forma a la construcción de una imagen propia proyectada en el universo virtual, la cual debe ser objeto de protección en el ordenamiento jurídico por sus particulares características, las cuales estudiaremos en esta investigación.

El derecho a la imagen se encuentra estrechamente enlazado con el concepto de dignidad humana y los principios de protección de la vida privada y de la honra que todas las personas poseen por su sola condición humana, por lo que es menester contextualizar el fundamento del derecho a la imagen propia como parte del estatuto de la protección a la vida privada.

La imagen propia es la fisonomía que la persona tiene y que la hace un individuo único. En este sentido, el derecho a la propia imagen posee un doble aspecto; por un lado, su aspecto positivo: el derecho de cada persona a que se capte, se reproduzca y se publique

¹ E. BENDA, W. MAIHOFER, H.J., VOGEL, K. HESSE, W, HEYDE “Manual de Derecho Constitucional” Segunda Edición, Ed. M. Pons, 2001. (TEXTO N°1)

o difunda su propia imagen cómo, dónde y cuándo ésta lo desee, por otro lado, en su aspecto negativo, el derecho subjetivo a la propia imagen es el derecho que la persona tiene de impedir la obtención, y divulgación, de cualquier forma de su propia figura por parte de terceros, sin su consentimiento.

Con el tiempo, hemos extendido el derecho de privacidad no solo a una esfera doméstica o íntima, sino que también a aspectos o características propias de la personalidad de cada individuo, donde nadie más puede inmiscuirse y solo la ley podrá autorizar la intromisión como consecución de un interés superior.

En el lenguaje común, se utilizan términos que tienen una identidad significativa, de esta forma, no hay distinción entre intimidad, confidencialidad, secreto, vida privada, esfera privada, y privacidad, entre otros. Todos ellos representan la idea de que cada persona tiene la potestad para decidir lo que le afecta, evitar las intromisiones no deseadas y, en definitiva, tener un control respecto de lo que no se quiere que otros conozcan, o de lo que se quiere dar a conocer. Sin embargo, el concepto de vida privada, como fuente del derecho a la imagen propia, es muy amplio, genérico y engloba todo aquello que no es o no queremos que sea de general conocimiento. Dentro de ello, existe un núcleo que protegemos con más celo, con mayor fuerza, porque lo consideramos esencial en la configuración de nuestra persona. Esto último se denomina “intimidad”.² Tal como señala REBOLLO, corresponde a “mi” vida privada el ámbito matrimonial, “mis” hijos, “mis” padres, pertenece a “mi” intimidad cómo configuro aquel ámbito, cómo lo llevo a efecto. Es conocido “mi” estado civil, si viven mis padres o tengo hijos, lo cual es parte de mi vida privada. Si es “mi” voluntad han de desconocerse mis relaciones sexuales, o los detalles de ésta, pues pertenecen a “mi” intimidad. La intimidad es la lejanía, la vida privada es lo más próximo desde la perspectiva de los demás.³ De esta forma, tal como concluye REBOLLO⁴, la imagen propia, al igual que el derecho a la intimidad, es el ejercicio de una libertad, de una pretensión o la reafirmación de la propia personalidad y permanece independientemente del lugar público o privado que se encuentre el sujeto, por lo cual se destaca una faceta exterior disponible comercialmente. Es así como se entiende que la

² REBOLLO Delgado, Lucrecio. “El Derecho Fundamental a la Intimidad” Editorial Dykinson, S.L., 2000. p.50

³ Ídem

⁴ REBOLLO Delgado, Lucrecio. Ob. Cit. pp.174-175

intimidad tiene una dimensión netamente intra o interna, mientras que la imagen propia es la proyección al exterior.

La privacidad, por su parte, es un término construido por la doctrina cuyo origen se encuentra en el derecho anglosajón a través del término *privacy*. En Estados Unidos de América el *right to privacy* o derecho a la privacidad fue desarrollado por primera vez en un conocido artículo jurídico de 1890 (Brandeis & Warren), en el cual se definió como *the right to be let alone*, literalmente “el derecho a que me dejen estar solo”. Este derecho se entendía frente al propio Estado y demás poderes públicos principalmente, los cuales no podían injerir en el ámbito y la vida privada del individuo sin su consentimiento o sin una autorización judicial previa. Con base en el citado artículo y siguiendo el peculiar sistema de creación de derecho anglosajón, basado tanto en el precedente judicial como en la propia ley, se fue reconociendo el citado derecho en el sistema norteamericano, incorporando principios como la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia o, más recientemente, las telecomunicaciones.⁵ Este concepto, sin embargo, no es absoluto, sino que en ciertas circunstancias se debe ponderar el acceso a la información de la esfera íntima en pos de un interés público preponderante. Es decir, la excepción a ese derecho se encuentra dada por un único e interés superior de la sociedad cuando algunos de esos asuntos privados contienen un real interés público, en directa relación con otros derechos, tales como la libertad de expresión, de acceso a la información, entre otros.

I.1.1 Legislación Comparada

En España, el derecho a la propia imagen fue expresamente consagrado en el año 1982, a través de la "Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen", habiendo alcanzado jerarquía constitucional a través del artículo 18.1 de la Constitución Española de 1978. En dicho articulado, la Constitución Española establece que “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, reconociendo el derecho a la imagen propia

⁵ SALGADO Seguin, Víctor. “Intimidad, privacidad y honor en Internet”, Revista número 85 - Octubre - Diciembre 2010, Revista Fundación Telefónica, España.

expresamente y, en el artículo 18.4, dispone que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Al respecto, el Tribunal Constitucional Español ha señalado que el derecho a la Imagen Propia reconocido por el artículo 18.1 de la Constitución Española, junto al derecho al honor y la intimidad personal, forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de los atributos más característicos, propios e inmediatos como lo son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definatorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona: “en la medida en que la libertad de ésta se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y las cualidades del mismo, es evidente que con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad y, al tiempo, el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad y su voz. De este modo el derecho a la intimidad limita la intervención de otras personas y de los poderes públicos en la vida privada.”⁶ Asimismo, el mismo Tribunal Constitucional Español ha fallado: “el elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual, de modo que el bien protegido constitucionalmente no es tanto la mera reproducción gráfica de cualquier elemento corporal del individuo como la evocación social de la persona que habitualmente se plasma a través de aquella.”⁷

El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), señala en el considerando número 1 “La protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho fundamental. El artículo 8, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (“la Carta”) y el artículo 16, apartado 1, del Tratado de

⁶ CONTRERAS Navidad, Salvador. “La Protección del Honor, la Intimidad y la Propia Imagen en Internet”. Ed. Aranzadi, 2012. p.23

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de España núm. 23/2010 de 27 de abril. FJ4º (RTC 2010, 23) citado por CONTRERAS Navidad, Salvador. “La Protección del Honor, la Intimidad y la Propia Imagen en Internet”. Ed. Aranzadi, 2012. p. 24.

Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establecen que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.” Se define como “datos personales”: “toda información sobre una persona física identificada o identificable (“el interesado”); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno **o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona;** ” (artículo 4 número 1. Lo destacado es nuestro).

En temas relativos a la privacidad encontramos la Directiva es la 2002/58/CE, relativa al tratamiento de Datos Personales y a la Protección de la Intimidad en el Sector de las Comunicaciones Electrónicas, más conocida como “Directiva sobre la Privacidad y las Comunicaciones Electrónicas”, cuyo principal objeto es armonizar la normativa nacional en lo relativo a la protección de las libertades y los derechos fundamentales, la intimidad y los datos de carácter personal en el ámbito de las telecomunicaciones⁸. En el mismo sentido se dicta la Directiva 2006/24/CE sobre Conservación de Datos de Tráfico en las Comunicaciones.

En Estados Unidos de América, como ya lo anticipábamos, el derecho a la imagen propia es una creación jurisprudencial gestada al alero del derecho a la privacidad (*right to privacy*). A comienzos del siglo XX, luego de la publicación de un renombrado trabajo académico que abogaba por la protección de la vida privada de los ciudadanos de ese país, los tribunales de Estados Unidos consolidaron (más bien *crearon*) una prerrogativa que denominaron *Privacy*, configurándose un *tort* que resguarda la facultad de toda persona de determinar qué aspectos de su vida privada se pueden exponer al público y cuáles no. Décadas más tarde, William Prosser expuso que no se trataba de un solo *tort*, sino que de cuatro, que consisten en distintas formas de interferencia con el derecho de la persona a controlar su vida privada en forma autónoma e independiente. Estos serían:

⁸ Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que esta directiva actualmente se encuentra en revisión, previéndose un nuevo cuerpo normativo en vigor durante 2018. Para mayores antecedentes consultar en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52017PC0010> Ultima visita 14 de diciembre de 2017.

- La intromisión en aspectos íntimos de la vida de una persona;
- La difusión pública de hechos privados y bochornosos de una persona;
- La vinculación de una persona a hechos (o conductas) falsos o -siendo verdaderos- con los cuales no tiene ninguna vinculación; y
- El uso del nombre o imagen de una persona, para el beneficio o ventaja del usurpador.⁹

La jurisprudencia estadounidense ha invocado esta última forma de interpretación. Sin embargo, y como concluye LARRAIN, esta construcción implicaba “un inconveniente para las personas "públicas" o "famosas", ya que se entendía que estas precisamente lo que no buscaban era privacidad, sino que exposición pública. Por un lado, veían restringido su acceso a la *Privacy*, pero, por el otro, tampoco deseaban que sus imágenes o nombres fuesen utilizados sin su autorización, sobre todo en materia de publicidad. Esta circunstancia contribuyó a la creación de un nuevo derecho, denominado *Right of Publicity*, destinado principalmente a proteger a las "celebridades" frente al uso de su nombre o imagen con fines publicitarios. Este último derecho contaría en la actualidad con protección en al menos veinticinco estados y su ámbito de protección se extendería a las personas "famosas" y a los particulares. De esta forma, el derecho a la imagen ha obtenido una suerte de protección diluida al alero de la *Privacy* cuando se trata de sujetos "no famosos", y autónoma bajo el *Right of Publicity* cuando se trata de personas célebres (siempre y cuando su imagen se emplee con fines publicitarios)”.¹⁰

En el caso latinoamericano, Argentina fue uno de los primeros países de habla hispana que legisló sobre el derecho a la propia imagen. A diferencia del caso de España en que el derecho a la imagen propia encuentra su reconocimiento directamente en la

⁹ LARRAIN Páez, Cristián. Responsabilidad Civil por vulneración del Derecho a la Imagen: Análisis comparado y propuestas para el Derecho chileno. Revista chilena de Derecho Privado. Julio 2016, p.24

¹⁰ Ídem.

constitución, con lo que ello implica, la legislación de Argentina desde muy tempranamente lo situó en el ámbito de los derechos de Propiedad Intelectual. Así, el artículo 31 de la Ley N° 11.723 sobre Propiedad Intelectual Argentina de 1933 dispone: "El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre. La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarciendo daños y perjuicios. Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público". Como podemos apreciar, esta norma no tiene como finalidad regular el derecho personalísimo a la propia imagen, sino sólo poner un límite a los autores de las obras fotográficas, prohibiéndoles comercializar un retrato sin el consentimiento expreso de la persona fotografiada.¹¹

En Chile, el derecho a la Imagen Propia, a diferencia de lo que ocurre en España, no tiene una consagración expresa en la Constitución, pero se ha interpretado a nivel jurisprudencial por aplicación del artículo 19 N° 4 sobre el derecho a la honra y a la vida privada, y como un derecho personalísimo junto a otros atributos de la personalidad, como el nombre, la capacidad de goce, la nacionalidad, el domicilio y el estado civil, como lo estudiaremos más adelante.

I.1.2 Tratados Internacionales en materia de imagen propia

El derecho a proteger la Imagen Propia es un derecho de la personalidad, que deriva de la dignidad humana y se encuentra dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, atribuyendo a su titular un derecho a determinar la información generada por sus rasgos físicos, su propia personalidad, que pueden tener difusión pública. Este razonamiento influyó en la consagración de la dignidad humana transformándolo en un derecho humano inviolable e inalienable, reconocido en instrumentos internacionales.

¹¹ Recurso en línea. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/83/exegesis-del-derecho-a-la-propia-imagen.pdf> Ultima visita 30 de junio de 2017.

Como sabemos, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, establece que “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”, declaración básica que nos denota que el reconocimiento de derechos comienza por el reconocimiento y el convencimiento de que la persona es el objeto y fin último de cualquier regulación normativa.¹²

La protección de la dignidad humana tiene su origen en el Derecho Natural, ligada estrechamente al cristianismo. Su fundamento radica en el hecho de que el hombre ha sido creado a imagen y semejanza de Dios. Por tanto, la dignidad de la persona existe más allá de lo que el derecho le reconoce, pese a que a través de su consagración normativa se fijan los alcances y las herramientas para su ejercicio y protección.

Sin perjuicio de este origen, los tratados de derechos humanos han hecho esfuerzos por reconocer este derecho y asignarle características específicas que lo diferencian de la dignidad a secas. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, comienza con la siguiente afirmación: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, luego, en su artículo 12, dispone: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. Claramente este precepto se refiere al ámbito de intimidad reservado exclusivamente a la persona. A diferencia de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de DD.HH aglutina en un solo precepto los derechos de intimidad, inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones.

En el mismo sentido, el artículo 8 del Convenio Europeo de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) reconoce que: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia; 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo cuando esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que,

¹² En esta misma época, la Declaración de Independencia de los Estados Americanos de 1776 expresa que “...sostenemos como incontestable y evidentes por sí mismas las siguientes verdades: que todos los hombres han sido creados iguales; que han sido dotados por el creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos derechos están, en primer lugar, la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”

en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros”. Este precepto deja fuera cualquier referencia a la honra y reputación como lo hacen los dos instrumentos antes mencionados y establece límites en el ejercicio de los derechos relacionados con la intimidad.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, por su parte, prohíbe las injerencias arbitrarias e ilegales en la vida privada, familia, domicilio o correspondencia, y a los ataques ilegales a la honra y reputación (artículo 17).

Adicionalmente, el Pacto de San José de Costa Rica de 1970 manifiesta el deber de protección de la honra y la dignidad como elemento distintivo respecto del resto de los tratados mencionados precedentemente.

En el año 1989 el Parlamento Europeo aprobó la Declaración sobre Derechos y Libertades Fundamentales, a través del cual se hace referencia a la protección del respeto y a la protección de la identidad, y garantiza el respeto a la esfera privada y de la vida familiar, del honor, del domicilio y las comunicaciones privadas (artículo 6).

También podemos destacar la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1990 que protege la intimidad de los menores. Este instrumento se reitera literalmente el reconocimiento de los derechos de intimidad del artículo 12 de la Declaración Universal de DD.HH y del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, reemplazando la frase “toda persona” por “el niño”.

Finalmente la Convención de DD.HH y Libertades Fundamentales de la Comunidad de los Estados Independientes de 1995 establece que toda persona tiene derecho al respecto de su vida privada y familiar, a la inviolabilidad de su domicilio y al secreto de las comunicaciones (artículo 9).

Cabe señalar que también existen otros instrumentos que establecen este derecho como son: la Convención de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1959 y la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos de 1981, si bien de estos instrumentos Chile no es parte.

I.1.3 Jurisprudencia Comparada sobre imagen propia

En el derecho comparado existen dos casos relevantes sobre protección de la imagen propia que pasaremos a analizar:

I.1.3.1 Argentina. “Rodríguez, María Belén con Google Inc.”

María Belén Rodríguez es una conocida modelo y presentadora de televisión en Argentina, quien demandó a Google Inc. y a Yahoo de Argentina S.R.L. por daños y perjuicios, sosteniendo que ambos buscadores de Internet realizan uso comercial y no autorizado de su imagen infringiendo lo preceptuado en el artículo 31 de la Ley 11.723, junto con la violación de sus derechos personalísimos, al vincular su imagen con determinadas páginas de Internet de contenido erótico y/o pornográfico. En síntesis, la demandante solicitó: a. la reparación del daño causado a su honor, su nombre, su intimidad y su imagen al relacionársela arbitrariamente con páginas de internet vinculadas a contenidos pornográficos; b. el resarcimiento económico por el uso de su imagen sin autorización y de modo indebido; c. el cese definitivo del uso antijurídico y no autorizado de su imagen y nombre; d. la eliminación definitiva de toda vinculación de su imagen y nombre con los sitios de contenido sexual, erótico y pornográfico invocados a través de los buscadores que gestionan las demandadas.

La sentencia de primera instancia acoge la demanda determinando que las demandadas incurrieron en negligencia culpable “al no proceder a bloquear o impedir de modo absoluto la existencia de contenidos nocivos o ilegales perjudiciales a los derechos personalísimos de la actora, a partir de serles comunicada la aludida circunstancia”. De esta forma, condenó a Google Inc. a pagar la suma de \$100.000.- (cien pesos argentinos) y a Yahoo a \$20.000.- (veinte mil pesos argentinos), disponiendo la eliminación definitiva de las vinculaciones del nombre, imagen y fotografías de la actora con sitios y actividades de contenido sexual; erótico y/o pornográfico.

Apelado el fallo por ambas partes, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó parcialmente la sentencia de primera instancia rechazando el reclamo en contra de

Yahoo. Redujo la indemnización a la que se había condenado a Google en la mitad. Señala este tribunal que la demandante no habría intimado extrajudicialmente a las demandadas sino que había pedido medidas cautelares, con lo cual no pudo acreditar que frente a una determinada notificación dando cuenta de un sitio que vulneraría sus derechos de la forma reclamada, la demandada haya omitido bloquearlos, considerando que no se habría acreditado su negligencia de acuerdo a las normas de responsabilidad subjetiva del Código Civil Argentino. Sin perjuicio de ello, el tribunal condenó a Google Inc. por las imágenes de la demandante que almacena y exhibe a través de *thumbnails*, por entender que Google debería haber requerido el consentimiento de la demandante de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 11.723.

Contra dicho fallo ambas partes interpusieron sendos recursos extraordinarios que fueron declarados admisibles por la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la supuesta infracción a normas de rango constitucional que reclamaban. En dicho fallo, la Corte Suprema analiza los derechos en conflicto, a saber, la libertad de expresión e información por una parte y, por la otra, el derecho al honor y a la imagen, por la otra, concluyendo que la protección de la libertad de expresión tiene igual aplicación en Internet y que el derecho de privacidad se encuentra afectado al divulgar aspectos de la imagen sin autorización del afectado. Dicho lo anterior, analiza si se cumplen los presupuestos de responsabilidad subjetiva de los demandados y luego analiza la naturaleza jurídica de los motores de búsqueda determinando que ellos no tienen la obligación general de monitorear los contenidos que se suben a la red y que son proveídos por terceros. Funda su argumentación en diversa jurisprudencia y derecho comparado como la Directiva Europea 2000/31, la Ley N° 17.336 chilena sobre Propiedad Intelectual, entre otras, todas las cuales le otorgan el mismo tratamiento jurídico, luego de lo cual concluye que solo será responsable el buscador de contenidos de Internet cuando haya tomado efectivo conocimiento de la ilicitud de ese contenido y si tal conocimiento no fue seguido de un actuar diligente (Considerando 17°). A continuación, se pregunta si es suficiente que el afectado curse una notificación privada al “buscador” o si es exigible la comunicación de una autoridad competente, en ausencia de regulación específica. Sostiene al respecto que se debe distinguir entre los casos que el daño es manifiesto y grosero (como es el caso de la

pornografía infantil y otras violaciones graves de la privacidad) de los que son más bien opinables (aquellas que exigen un esclarecimiento que deba debatirse en sede judicial o administrativa, en cuyo caso no puede exigírsele al buscador que supla esta función de autoridad, debiendo exigirse la notificación judicial o administrativa). Asimismo, desestima la demanda en contra de Google en cuanto al uso de imágenes de la demandante en *thumbnails*, indicando que tiene la función de enlazar el contenido en miniatura que permite a los usuarios saber el contenido de los sitios que poseen las imágenes originales, por tanto, el buscador solo sería responsable si una vez notificados válidamente de la infracción no actuaran con la debida diligencia. Finalmente, la Corte Suprema se pronuncia sobre la eliminación definitiva de las vinculaciones del nombre e imágenes de la demandante al contenido sexual, lo cual implicaría condenar a Google a fijar filtros o bloqueos de vinculaciones para el futuro. Ante esto la Corte Suprema es categórica en descartarlo, aplicando el criterio de protección de la libertad de expresión, evitando cualquier tipo de censura previa por motivos constitucionales, aplicando el criterio de responsabilidades ulteriores. Con todo lo anterior, rechaza la demanda en todas sus partes.

En este fallo no hace aplicación de la Ley de Datos Personales Argentina (Ley 25.326 del 4 de octubre de 2000), primando por sobre todo el análisis de la responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet y la libertad de expresión.

I.1.3.2 Unión Europea. C-212/13 František Ryneš / Úřad pro ochranu osobních údajů de la República Checa

Como ya lo mencionábamos, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), señala en el considerando número 1 “La protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho fundamental. El artículo 8, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea («la Carta») y el artículo 16, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establecen que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal

que le conciernan.” Se define como “datos personales”: “toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona; ” (artículo 4 número 1). Por consiguiente, y en palabras del Tribunal de Justicia en el caso Sentencia en el asunto C-212/13 František Ryneš / Úřad pro ochranu osobních údajů de la República Checa, “la imagen de una persona grabada por una cámara constituye un dato personal porque permite identificar a la persona afectada. Del mismo modo, la vigilancia mediante videocámara que incluya la grabación y el almacenamiento de datos personales está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, puesto que constituye un tratamiento automatizado de esos datos”¹³. En este mismo fallo, el Tribunal de Justicia concluye “el tratamiento de datos personales puede efectuarse sin el consentimiento del interesado, especialmente cuando tal tratamiento es necesario para satisfacer el interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento de los datos. En segundo lugar, no es obligatorio informar al interesado del tratamiento de sus datos cuando tal información resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados. En tercer lugar, los Estados miembros podrán limitar el alcance de las obligaciones y los derechos previstos en la Directiva cuando tal limitación resulte necesaria para la salvaguardia de la prevención, la investigación, la detección y la represión de infracciones penales o para la protección de los derechos y libertades de otras personas”.

Este razonamiento es compatible con lo preceptuado en el artículo 23 del Reglamento Europeo sobre Protección de Datos Personales pues establece ciertas limitaciones a los derechos de los titulares de datos personales, específicamente la letra d) la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales, incluida la protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención.

¹³ Recurso en línea. Disponible en: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-12/cp140175es.pdf> Última visita 30 de junio de 2017.

I.1.3.3 España. C-131/12 “Google Spain S.L., Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) por caso Mario Costeja González”

Tratándose de España, analizaremos la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) del día 13 de mayo de 2014, caso C-131/12, conociendo acerca de una petición de decisión prejudicial entre Google Spain S.L., Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) por la reclamación de Mario Costeja González, deducida en contra ambas sociedades, solicitando a Google Inc. que adoptara las medidas necesarias para retirar sus datos personales de su Índice e imposibilitara el acceso futuro a los mismos.

El Sr. Costeja, de nacionalidad española y domiciliado en España, el 5 de marzo de 2010, presentó ante la AEPD una reclamación en contra de La Vanguardia Ediciones, S.L. (en lo sucesivo “La Vanguardia”), que publica un periódico de gran difusión, concretamente en Cataluña y contra de Google Spain y Google Inc. Esta reclamación se basaba en que, cuando un internauta introducía el nombre del Sr. Costeja González en el motor de búsqueda de Google, obtenía como resultado vínculos hacia dos páginas del periódico La Vanguardia, del 19 de enero de 1998 y del 9 de marzo de 1998, respectivamente, en las que figuraba un anuncio de una subasta de inmuebles relacionada con un embargo por deudas a la Seguridad Social, que mencionaba el nombre del Sr. Costeja González. Su pretensión era, por un lado, que se exigiese a La Vanguardia eliminar o modificar la publicación para que no apareciesen sus datos personales, o utilizar las herramientas facilitadas por los motores de búsqueda para proteger estos datos. Adicionalmente solicitaba que se exigiese a Google Spain o a Google Inc. que eliminaran u ocultaran sus datos personales para que dejaran de incluirse en sus resultados de búsqueda y dejaran de estar ligados a los enlaces de La Vanguardia. En este marco, el Sr. Costeja González afirmaba que el embargo al que se vio sometido estaba totalmente solucionado y resuelto desde hace años y que carecía de relevancia actualmente. Mediante resolución de 30 de julio de 2010, la AEPD desestimó la reclamación en la medida en que se refería a La Vanguardia, al considerar que la publicación que ésta había llevado a cabo estaba legalmente justificada, dado que había tenido lugar por orden del Ministerio de Trabajo y

Asuntos Sociales y tenía por objeto dar la máxima publicidad a la subasta para conseguir la mayor concurrencia de licitadores. En cambio, se estimó la misma reclamación en la medida en que se dirigía contra Google Spain y Google Inc. A este respecto, la AEPD consideró que quienes gestionan motores de búsqueda están sometidos a la normativa en materia de protección de datos, dado que llevan a cabo un tratamiento de datos del que son responsables y actúan como intermediarios de la sociedad de la información. La AEPD consideró que estaba facultada para ordenar la retirada e imposibilitar el acceso a determinados datos por parte de los gestores de motores de búsqueda cuando considere que su localización y difusión puede lesionar el derecho fundamental a la protección de datos y a la dignidad de la persona entendida en un sentido amplio, lo que incluye la mera voluntad del particular afectado cuando quiere que tales datos no sean conocidos por terceros. La AEPD estimó que este requerimiento puede dirigirse directamente a los explotadores de motores de búsqueda, sin suprimir los datos o la información de la página donde inicialmente está alojada e, incluso, cuando el mantenimiento de esta información en dicha página esté justificado por una norma legal. Google Spain y Google Inc. interpusieron sendos recursos contra dicha resolución ante la Audiencia Nacional. El mencionado tribunal expone en el auto de remisión que estos recursos plantean la cuestión de cuáles son las obligaciones que tienen los gestores de motores de búsqueda en la protección de datos personales de aquellos interesados que no desean que determinada información, publicada en páginas web de terceros, que contiene sus datos personales y permite relacionarles con la misma, sea localizada, indexada y sea puesta a disposición de los internautas de forma indefinida. Considera que la respuesta a esta cuestión depende del modo en que debe interpretarse la Directiva 95/46, vigente a la época, en el marco de estas tecnologías, que han surgido después de su publicación.

La defensa de Google Spain y Google Inc. se basaba en que la actividad de los motores de búsqueda no puede considerarse tratamiento de los datos que se muestran en las páginas web de terceros que presenta la lista de resultados de la búsqueda, dado que estos motores tratan la información accesible en Internet globalmente sin seleccionar entre datos personales y el resto de información. En su opinión, además, aun suponiendo que esta actividad deba ser calificada de «tratamiento de datos», el gestor de un motor de búsqueda

no puede considerarse «responsable» de ese tratamiento, ya que no conoce dichos datos y no ejerce control sobre ellos.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia declara que, al explorar Internet de manera automatizada, constante y sistemática en busca de la información que allí se publica, el gestor de un motor de búsqueda «recoge» tales datos que «extrae», «registra» y «organiza» posteriormente en el marco de sus programas de indexación, «conserva» en sus servidores y, en su caso, «comunica» y «facilita el acceso» a sus usuarios en forma de listas de resultados de sus búsquedas. Ya que estas operaciones están recogidas de forma explícita e incondicional en el artículo 2, letra b) de la Directiva 95/46 (vigente a la época)¹⁴, deben calificarse de «tratamiento» en el sentido de dicha disposición, sin que sea relevante que el gestor del motor de búsqueda también realice las mismas operaciones con otros tipos de información y no distinga entre éstos y los datos personales.

Asimismo, declara “puesto que éste 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 sólo 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.”

¹⁴ REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) define en su artículo 4 número 2: «tratamiento»: cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción;

En este sentido, cabe destacar la preponderancia de otros elementos que determinan la decisión del Tribunal más allá de declarar que el gestor de búsqueda de Google efectivamente realiza tratamiento de datos personales. Nos referimos a elementos como el interés público en conocer dicha información y la vida pública que el afectado tuviera, elemento que en este caso tuvo un resultado favorable para el afectado.

I.2 El derecho a la imagen propia en Chile

A lo largo de nuestro sistema jurídico nacional, vemos cómo, tanto la Constitución Política de la República como diversas normativas legales, reconocen y procuran la protección de la vida privada como aquel ámbito interno del que solo la persona puede administrar.

I.2.1 El derecho a la imagen propia en la Constitución Política de la República

En primer lugar, la Constitución Política de la República establece en su artículo 1º inciso 1º: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Este artículo es una directriz a través de la cual debe iluminarse e interpretarse todo el resto del texto constitucional y el ordenamiento jurídico nacional. Así, la dignidad de las personas se constituye como un valor supremo y en un principio jurídico que constituye la columna vertebral básica de nuestro ordenamiento constitucional y es fuente de todos los derechos fundamentales, irradiando todo el sistema jurídico el que debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice de la mejor forma¹⁵.

El desarrollo tecnológico ha evidenciado efectos no calculados por nuestro constituyente sobre determinados derechos fundamentales; las tecnologías de la información y comunicaciones a que ha dado lugar se han convertido en el elemento causal de la colisión entre el derecho a la vida privada y a la honra con los derechos a la libertad de expresión, información y comunicación y creación artística, todos ellos consagrados en nuestra Carta Fundamental.

¹⁵ NOGUEIRA Alcalá, Humberto “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito Fundamentación y caracterización.” Revista Ius et Praxis - año 13 - N° 2 p. 246

La Constitución Política de la República de 1980, tal como lo afirma ANGUITA¹⁶, fue el primer texto constitucional chileno en incorporar la protección a la vida privada como derecho fundamental. Antes de la entrada en vigencia de la Constitución, las únicas dimensiones de tutela de la vida privada en nuestro ordenamiento jurídico se consagraban en la normativa penal y se limitaban a la violación de morada y allanamiento irregular de la casa habitación y la vulneración de la correspondencia. El nuevo texto incorporó el artículo 19 N° 4, para proteger la vida privada y honra de las personas y el número 5 de este mismo artículo 19, relativo a “la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada”. Ambas garantías se encuentran amparados bajo la acción de protección constitucional consagrada en el artículo 20° de nuestra Carta Fundamental, además de entregarse a la ley la regulación más específica. Es así como la tipificación de los delitos de injurias y calumnias son descritos en el Código Penal, las leyes reguladoras de la actividad periodística se ocupan de penalizar las injurias y calumnias cometidas a través de un medio de comunicación social, junto con incorporar el derecho a rectificación y aclaración cuando una persona resulta injustamente aludido a través de un medio de comunicación social¹⁷.

En este contexto, si bien la Constitución no contiene un reconocimiento expreso al llamado “derecho a la propia imagen” NOGUEIRA, sostiene que este derecho estaría implícito en el derecho al respeto de la vida privada de la persona, en tanto que se refiere al aspecto más externo de la persona, cual es el de la figura humana, que garantiza también un ámbito de autonomía y control respecto de sus atributos más característicos y definitorios de la propia persona, posesión irreductible e inherente a ella. De acuerdo a este autor, la protección de la imagen de la persona señala esta doctrina, salvaguarda la intimidad y “el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz”¹⁸.

¹⁶ ANGUITA Ramírez, Pedro. “La protección civil del derecho a la propia imagen, honra y vida privada ante la jurisprudencia. Obstáculos normativos para una reparación adecuada” en Colección de Derecho Privado, julio de 2007, pp. 21-22.

¹⁷ Ley 19.733 sobre Libertad de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo de 2001.

¹⁸ ALEGRE Martínez, Miguel Ángel. El derecho a la propia imagen. Ed. Tecnos, Madrid, España. 1997, p.85. Citado por NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Ob cit. p.260

I.2.2 Protección de la imagen propia y la Ley N° 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo

Tal como su nombre lo indica, la ley 19.733 regula la actividad periodística en Chile, inspirada en la libertad de emitir opinión y de informar sin censura previa como derecho fundamental de todas las personas. Su artículo 1° dispone que “el ejercicio de este derecho incluye no ser perseguido ni discriminado a causa de las propias opiniones, buscar y recibir informaciones y difundirlas por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan, en conformidad a la ley”. Si bien la ley no prohíbe la divulgación de información correspondiente a la esfera de la vida privada sin el consentimiento de las personas, si establece un sistema de protección a la imagen propia desde el punto de vista social al prever el derecho de aclaración y rectificación en el Título IV, previsto en favor de toda persona natural o jurídica “ofendida o injustamente aludida” por alguna información personal divulgada en algún medio de comunicación social. El artículo 16 otorga el derecho a “que su aclaración o rectificación sea gratuitamente difundida”.

Luego, los artículos 17 y siguientes regulan las condiciones de su aplicación.

El sujeto activo del derecho es la persona ofendida o injustamente aludida, o por su mandatario o apoderado, o, en caso de fallecimiento o ausencia de aquélla, por su cónyuge o por sus parientes por consanguinidad o por afinidad hasta el segundo grado inclusive. El plazo para ejercer este derecho es de 20 días contados desde la fecha de emisión (artículo. 20).

En cuanto al alcance del derecho, como vimos, la inserción de la aclaración o rectificación es gratis para el injustamente aludido. Sin embargo, estas deberán circunscribirse al objeto de la información que las motiva y no podrán tener una extensión superior a mil palabras o, en el caso de la radiodifusión sonora o televisiva de libre recepción o servicios limitados de televisión, a dos minutos.

Otro aspecto relevante en este ámbito es que el derecho no es ilimitado y por ende no se podrá ejercer el derecho de aclaración o rectificación “con relación a las apreciaciones personales que se formulen en comentarios especializados de crítica política, literaria, histórica, artística, científica, técnica y deportiva, sin perjuicio de la sanción a que

pueden dar lugar esos artículos, si por medio de su difusión se cometiere algunos de los delitos penados en esta ley.” (art. 21)

En los aspectos formales, el requerimiento deberá dirigirse a director del medio de que se trate, o a la persona que deba reemplazarlo, dentro del plazo de veinte días, contado desde la fecha de la edición o difusión que lo motive. Los notarios y los receptores judiciales estarán obligados a notificar el requerimiento a simple solicitud del interesado. La notificación se hará por medio de una cédula que contendrá íntegramente el texto de la aclaración o rectificación, la que será entregada al director o a la persona que legalmente lo reemplace, en el domicilio legalmente constituido.

“El escrito de aclaración o de rectificación deberá publicarse íntegramente, sin intercalaciones, en la misma página, con características similares a la información que lo haya provocado o, en su defecto, en un lugar destacado de la misma sección. En el caso de servicios de radiodifusión sonora o televisiva de libre recepción o servicios limitados de televisión, la aclaración o la rectificación deberá difundirse en el mismo horario y con características similares a la transmisión que la haya motivado. La difusión destinada a rectificar o aclarar se hará, a más tardar, en la primera edición o transmisión que reúna las características indicadas y que se efectúe después de las veinticuatro horas siguientes a la entrega de los originales que la contengan. Si se tratare de una publicación que no aparezca todos los días, la aclaración o la rectificación deberán entregarse con una antelación de, a lo menos, setenta y dos horas. El director del medio de comunicación social no podrá negarse a difundir la aclaración o rectificación, salvo que ella no se ajuste a las exigencias del inciso segundo del artículo 18, o suponga la comisión de un delito. Se presumirá su negativa si no se difundiere la aclaración o rectificación en la oportunidad señalada en el inciso anterior, o no la publicare o difundiere en los términos establecidos en los incisos primero o segundo, según corresponda. Si el medio hiciera nuevos comentarios a la aclaración o rectificación, el afectado tendrá derecho a réplica según las reglas anteriores. En todo caso, los comentarios deberán hacerse en forma tal, que se distingan claramente de la aclaración o rectificación. (art. 19)

Respecto a la televisión, “El ofendido (...) tendrá derecho, pagando sólo el valor del material que se emplee en la reproducción o proporcionando el que se usará para ello, a

requerir directamente la entrega de una copia fiel de la transmisión a que se refiere el artículo 15, la que deberá ser puesta a su disposición dentro de quinto día. En caso de que el respectivo servicio no hiciera entrega de la copia dentro de plazo o se negare injustificadamente a hacerlo, y un juez con competencia en lo criminal la estimara pertinente para acreditar un posible hecho delictivo, a solicitud del interesado y a su costa podrá requerir el envío de la copia, para ponerla a disposición de éste. El director responsable o quien lo reemplace deberá entregar al tribunal la copia fiel de la transmisión dentro de tercero día, contado desde que se le notifique la resolución que ordene enviarla.”

Adicionalmente, el art. 29 de la ley 19.336 prevé que los delitos de injurias y calumnias cometidos a través de un medio de comunicación social, “serán sancionados con las penas corporales señaladas en los artículos 413, 418, inciso primero, y 419 del Código Penal, y con multas de veinte a ciento cincuenta unidades tributarias mensuales en los casos del N° 1 del artículo 413 y del artículo 418; de veinte a cien unidades tributarias mensuales en el caso del N° 2 del artículo 413 y de veinte a cincuenta unidades tributarias mensuales en el caso del artículo 419.

El artículo 30 señala que “Al inculpado de haber causado injuria a través de un medio de comunicación social, no le será admitida prueba de verdad acerca de sus expresiones, sino cuando hubiere imputado hechos determinados y concurrieren a lo menos una de las siguientes circunstancias:

1. Que dicha imputación haya sido con motivo de defender un interés público real o bien,
2. Que el afectado con la imputación ejerciere funciones públicas y que la imputación se refiriere a hechos propios de su ejercicio.

Estas excepciones se conocen en doctrina como “*exceptio veritatis*”.

“En estos casos, si se probare la verdad de la imputación, el juez procederá a sobreseer definitivamente o absolver al querellado, según correspondiere. Para lo dispuesto en el presente artículo se considerarán como hechos de interés público de una persona los siguientes:

- a) Los referentes al desempeño de funciones públicas;

b) Los realizados en el ejercicio de una profesión u oficio y cuyo conocimiento tenga interés público real;

c) Los que consistieren en actividades a las cuales haya tenido libre acceso el público, a título gratuito u oneroso;

d) Las actuaciones que, con el consentimiento del interesado, hubieren sido captadas o difundidas por algún medio de comunicación social;

e) Los acontecimientos o manifestaciones de que el interesado haya dejado testimonio en registros o archivos públicos, y

f) Los consistentes en la comisión de delitos o participación culpable en los mismos.

Se considerarán como pertinentes a la esfera privada de las personas los hechos relativos a su vida sexual, conyugal, familiar o doméstica, salvo que ellos fueren constitutivos de delito.

Otra normativa relevante es aquella contemplada en el artículo 33, que prescribe: Se prohíbe la divulgación, por cualquier medio de comunicación social, de la identidad de menores de edad que sean autores, cómplices, encubridores o testigos de delitos, o de cualquier otro antecedente que conduzca a ella. Esta prohibición regirá también respecto de las víctimas de alguno de los delitos contemplados en el Título VII, "Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública", del Libro II del Código Penal, a menos que consientan expresamente en la divulgación.

Finalmente cabe mencionar la responsabilidad extracontractual por la reparación de los perjuicios sufridos por la invasión de privacidad. En el Código Civil no existe normativa especial al respecto, por lo que rigen las normas generales de la responsabilidad civil aquiliana. Sin embargo, la responsabilidad civil extracontractual derivada de las libertades de información y opinión constituye una categoría muy singular dentro de las reparaciones que debe efectuar el amplio campo del ejercicio de profesiones o actividades tales como: la medicina, la construcción, el transporte, entre otros. Como destaca ANGUITA, la especialidad radica en que la estrecha relación entre libertad de expresión y democracia implica que en todo juicio de indemnización de perjuicios esté implícito la posible afectación al debate público, es decir, un efecto silenciador en casos en que las indemnizaciones a pagar por parte de los medios de comunicación sean de alta cuantía¹⁹.

I.2.3 Protección de la imagen propia y la Ley N° 19.628 de Protección de Datos Personales

La Ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada, dispone, en su artículo 2° letra f), que son datos de carácter personal o datos personales son: “los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables” y, en el literal g) del mismo precepto, que son datos sensibles: “aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual”, de lo que se colige qué información relativa a la imagen de una persona tendrían la calidad de dato personal sensible en cuanto da cuenta de las características físicas de una persona, además de otras informaciones de características personales como gustos, pasatiempos, formas de vida, entre otras. Por esta consideración, el legislador ha dispuesto de resguardos para la obtención efectiva del consentimiento de su titular, incorporando el artículo 4 de la antes citada ley que establece que el tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando la ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello. En este último caso, la persona que autoriza debe ser debidamente informada respecto del propósito del almacenamiento de sus datos personales y su posible comunicación al público. Respecto a la autorización, señala la ley que debe constar por escrito y que ésta puede ser revocada, aunque sin efecto retroactivo, lo que también deberá comunicarse por escrito.

Respecto de la autorización, ésta no será necesaria cuando los datos provengan o se recolecten de fuentes accesibles al público, cuando sean de carácter económico, financiero, bancario o comercial, se contengan en listados relativos a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia del individuo a ese grupo, su profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento, o sean

¹⁹ ANGUIA Ramírez, Pedro. “La protección civil del derecho a la propia imagen, honra y vida privada ante la jurisprudencia. Obstáculos normativos para una reparación adecuada” en Colección de Derecho Privado, julio de 2007, pp. 21-22.

necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios.

Tampoco requerirá de esta autorización el tratamiento de datos personales que realicen personas jurídicas privadas para el uso exclusivo suyo, de sus asociados y de las entidades a que están afiliadas, con fines estadísticos, de tarificación u otros de beneficio general de aquéllos”.

A su vez, el artículo 10 del aludido cuerpo normativo preceptúa que: “No pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares”, debiendo entenderse por “tratamiento de datos”, según dispone su artículo 2 letra o): “cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma”.

Como concluye BONILLA, la importancia de proteger los datos personales no radica en que se acumule información de un individuo, sino que éste pierda la capacidad de disposición sobre ella y respecto de quién y con qué objeto se utiliza dicha información. La privacidad y la dignidad no se agotan ni destruyen sino por la transmisión disfuncional sobre la que el afectado pierde la posibilidad de influir²⁰.

1.2.4 Jurisprudencia nacional sobre imagen propia

La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad – informativa, comercial, científica, cultural, etc. perseguida por quien la capta o difunde.²¹ Sin embargo, como ya se ha dicho, en Chile no existe reconocimiento expreso de este derecho, sino que se ha construido un

²⁰ BONILLA Marcelo, Gilles Cliche, “Impacto de las nuevas tecnologías de comunicación e información sobre los derechos de intimidad y privacidad”, en Internet y sociedad en América Latina y el Caribe, investigaciones para sustentar el dialogo. 2001. p. 382

²¹ CONTRERAS Navidad, Salvador. “Ob. Cit. pp. 23-24

estatuto de este derecho a nivel jurisprudencial, algunas de las cuales estudiaremos a continuación.

I.2.4.1 El derecho a la imagen propia como un derecho personalísimo.

Así lo ha reconocido la Excma. Corte Suprema a propósito de la utilización de la imagen de Christian Antonio Caroca Rodriguez que aparecía en la publicidad de unos audífonos de marca Fujitel “Sistema Multimedia Digital” sin autorización suya, “Considerando Cuarto: Que, como puede advertirse, la cuestión planteada por el recurrente gira en torno al derecho a la propia imagen, concepto que debe entenderse referido a una proyección física de la persona, que le imprime a ésta un sello de singularidad distintiva entre sus congéneres dentro del ámbito de la vida en sociedad y que, por consiguiente, constituye, junto con el nombre, un signo genuino de identificación de todo individuo; Quinto: Que el derecho a la propia imagen, desde una perspectiva jurídica, forma parte del conjunto de los llamados derechos de la personalidad, esto es, de aquellas propiedades o características que son inherentes a toda persona; y si bien no han merecido un tratamiento normativo determinado, según ha ocurrido con otros atributos de la personalidad, como la capacidad de goce, la nacionalidad, el domicilio y el estado civil, ello no significa que lo concerniente a ese derecho en particular pueda resultar indiferente al ordenamiento, especialmente, en el aspecto de su protección y amparo, bastando para ello tener presente que en las bases de nuestra institucionalidad se inscribe el principio que el Estado- y por ende su sistema normativo- debe estar al servicio de las personas, protegiendo y respetando los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”²².

Un buen ejemplo de cómo se defiende el derecho a la imagen propia en sitios de Internet lo encontramos en el conflicto suscitado por la solicitud del nombre de dominio Piñeramiente.cl. El primer solicitante invocó fundamentos de libertad de expresión para realizar “la ruta del mitómano” con el fin de dejar en evidencia las contradicciones y falencias del dicho candidato, recopilando información que ya es pública y se encuentra

²² Corte Suprema. Fallo Rol 2506-2009, caratulado “Caroca Rodríguez Christian Antonio con Electrónica Sudamericana Limitada”.

repartida en distintos soportes. En este caso no existe un fin de lucro con el nombre e imagen del Presidente de la República, como tampoco existiría una violación de derechos de propiedad industrial por utilización de marca comercial, sino que simplemente se tiene la idea de construir un sitio web para expresar ideas políticas. Sin embargo, el Reglamento de NIC Chile establece que se prohíben que haya un sitio especialmente dedicado a denostar a una persona, cuando estas no son figuras públicas, pero aun cuando lo son prima el criterio de protección a la imagen propia de las personas. Actualmente este nombre de dominio se encuentra asignado a Sebastián Piñera Echeñique.

En otro fallo, la Corte de Apelaciones de Temuco el año 2001, a propósito de la difusión de la imagen de una estudiante en el sitio web www.xuxetumadre.cl, estimó que no se pudo acreditar fehacientemente la persona que procedió al envío de la imagen y no acoge la acción contra el presunto autor del ilícito, pero sí respecto de NIC Chile. También se acoge el recurso respecto del encargado técnico de la página web. En ambos casos, la Corte estima que tienen responsabilidad en la difusión de la imagen y texto relativa a la recurrente. Nos parece que este fallo no cumple con los principios establecidos en la Declaración conjunta sobre Libertad de Expresión en Internet de las Naciones Unidas puesto que NIC Chile solo se limita a otorgar una dirección IP, por lo que no tiene dentro de sus funciones controlar el contenido subido por los usuarios a las páginas de extensión “.cl”.

Otro caso interesante en el cual se responsabiliza a Entel como ISP es el dictado por la Corte de Apelaciones de Concepción el 6 de diciembre de 1999, en el cual ordena a Entel S.A. en su calidad de proveedor de acceso y de alojamiento la adopción de todas las “medidas técnicas y fácticas que sean necesarias –que no signifiquen censura– para que en lo sucesivo la empresa “Grupoweb”, en su calidad de proveedor de contenido, se abstenga de publicar avisos que en el país, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, sean contrarios al orden público a la moral o a las buenas costumbres, y proceda, en el Administrador de la sección “Avisos Clasificados” subsección “Empleo” y “Diversión, espectáculos” ubicada en el sitio web <http://www.tribu.cl> a eliminar, a lo menos dos veces a la semana, todos los avisos contrarios a las normas y valores señalados precedentemente”²²³.

Como concluye ANGUIA, la adopción de medidas que decreta la Corte son incompatibles con el régimen de libertad de expresión y de opinión que asegura la Constitución en el artículo 19 N° 12, el que además prohíbe expresamente la censura previa, consagrando el principio de la responsabilidad ulterior.

Finalmente cabe analizar el fallo Rol N° 228-2012 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, quien en virtud del recurso de protección interpuesto por Jorge Abbott Charme en contra del sitio de búsqueda de páginas de Internet “google.cl” y del administrador de correos electrónicos “gmail.cl”. Asimismo, recurre en contra de los administradores de otros sitios .cl en los cuales se contienen afirmaciones a su juicio calumniosas en contra de su persona, cónyuge, hijos y familia, por ser tratado como abogado corrupto y de haber cometido delitos contra los Derechos Humanos.

La Corte consideró, al acoger el recurso, que los contenidos vulneraban el derecho a la honra del recurrente y su familia, resolviendo lo siguiente:

“1. Eliminación en las respectivas páginas web mencionadas a fs. 12, de las informaciones injuriosas que en ellas se consignan, lo que se hace extensivo a las páginas web de la cuenta de correo correspondiente y blogspot, a que se refieren dichas publicaciones y,

2. Que el buscador “google.cl” establezca, computacionalmente, los filtros necesarios, para evitar publicaciones que presenten inequívocamente publicaciones de carácter injurioso, o de cualquier tipo y bajo cualquier circunstancia, siempre que en esa publicación se incurra en una afectación constitucional como la mencionada, todo ello bajo los apercibimientos que establece el citado del Auto Acordado sobre la materia.”

La sentencia se transforma en un incentivo perverso desde la perspectiva de la libertad de expresión en Internet: avalados por resoluciones como éstas, conviene a los proveedores filtrar -que es una forma distinta, pero idéntica en lo esencial, de llamar a la

²³ ANGUIA Ramírez, Pedro: “Jurisprudencia Constitucional Sobre El Derecho a la Propia Imagen y a la Vida Privada En Chile (1981-2004): Un Intento De Sistematización.” En “Libertad de expresión en Chile” Santiago, Chile: Eds. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2006. p. 375

censura- todo cuanto sea necesario para evitar problemas con los tribunales. En otras palabras, la Corte abre la puerta, de un modo explícito y sin eufemismos, al control preventivo de la difamación. Pareciera, entonces, que la sentencia comentada se transforma en una muy mala noticia para la libre expresión en Internet, y en una muy buena para todos quienes miran con recelo su amplio ejercicio²⁴.

Por otro lado, este fallo constituye un atentado al derecho de expresión amparado tanto en la legislación nacional como en los Tratados Internacionales sobre la materia. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa en su artículo 13, inciso 2° que el ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar, entre otros, el respecto a los derechos o a la reputación de los demás. Luego, su inciso 3° señala que no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

1.2.4.2 Existe derecho de propiedad sobre el derecho a la imagen propia

En la causa *Ustovic Kaflik, Izet y otra con Sáez Infante, Eugenio y otros*²⁵ basada en la publicación de una fotografía de la afectada, realizada por el recurrente a través del sitio web www.xuxetumadre.cl acompañada de textos ofensivos, groseros, injuriosos y de menosprecio tanto del padre, como de la hija. El recurrente manifestó que el uso de fotografías no puede realizarse sin el consentimiento expreso del dueño de la imagen, el cual posee un derecho de propiedad según el artículo 583 del Código Civil y 19 N° 24 de la

²⁴ Recurso en línea. Disponible en <http://www.derecho.uchile.cl/noticias/88836/sobre-el-control-preventivo-de-la-difamacion>. Última visita 30 de junio de 2017.

²⁵ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco el 6 de diciembre de 2001, confirmada con declaración por la Corte Suprema por sentencia de 30 de enero de 2002. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCIX, N° 1: enero-marzo 2002, 2° parte, sección 5°, páginas 20 y siguientes. Citada por ANGUIA “Jurisprudencia Constitucional Sobre El Derecho A La Propia Imagen y a la Vida Privada En Chile (1981-2004): Un Intento De Sistematización.” En “Libertad de expresión en Chile” Santiago, Chile: Ed. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2006. pp. 373-377

Constitución Política. Concluye el recurrente señalando que los actos descritos vulneran el derecho a la vida e integridad psíquica, el derecho a la vida privada y pública y honra de la persona y su familia, y el derecho de propiedad.

En esta oportunidad, la Corte Suprema reconoce expresamente que sobre el derecho a la imagen propia se tiene un derecho de propiedad señalando: “4° Que no puede caber duda alguna que con aquella difusión de la imagen de la recurrente y el mensaje anexo, se ha atentado contra la integridad psíquica de la recurrente; al respeto y protección a su vida privada, y a su honra y de su familia; además, al derecho de propiedad, toda vez que su imagen forma parte de su personalidad y que le es propia, no siendo dable difundir una imagen sin el consentimiento o al menos conocimiento de la persona de que se trate.”

Asimismo, el fallo de la Corte Suprema sobre la imagen utilizada por la marca Fujitel antes individualizado, señaló en su considerando undécimo lo siguiente: “El mecanismo de resguardo pertinente al caso se suministra al afectado por el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, en que se asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales. A esta última especie “de bienes incorporeales- pertenece el derecho a la propia imagen, cuyo legítimo ejercicio le permite a su titular gozar y disponer exclusivamente de su efigie, sin que nadie pueda utilizarla, no mediando su expreso consentimiento”.

Otro ejemplo de esta doctrina es la demanda deducida por el ex futbolista nacional Iván Zamorano en contra de la empresa de televisión por cable VTR²⁶. Esta acción se fundó en la utilización de la imagen del deportista para promocionar los partidos de la Copa Libertadores que transmitiría el canal Fox Sports Premium cuya transmisión se contrataba a través de la empresa VTR. En su razonamiento, la Corte de Apelaciones reconoció el derecho a la propia imagen sosteniendo: “4° Que, en virtud de lo expuesto precedentemente queda claro que la fotografía del aludido deportista ha sido expuesta sin contar con su anuencia, y, como resulta que el derecho a la propia imagen de una persona natural queda amparado por el derecho de propiedad consagrado en el artículo 19 N° 24 de la

²⁶ ANGUIA Ramírez, Pedro. “La protección civil del derecho a la propia imagen, honra y vida privada ante la jurisprudencia. Obstáculos normativos para una reparación adecuada” en Colección de Derecho Privado, julio de 2007. p. 34

Constitución Política de la República, que se refiere a la propiedad en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales; entre estos últimos se encuentran aquellos bienes incorporeales que pertenecen a las personas por el sólo hecho de pertenecer a la especie humana. Además, el derecho a la propia imagen constituye uno de los atributos de la personalidad, del que se puede disponer sólo por el sujeto mismo, sin que nadie pueda beneficiarse de ello sin su expreso consentimiento".

I.2.4.3 Derecho a la imagen propia y el valor comercial

El desarrollo artístico que alcance un individuo no está protegido o, más bien, no es parte del contenido del derecho a la imagen propia, sino que se resguarda a través de la Propiedad Intelectual.

La facultad de consentir el uso de la propia imagen por terceros ha propiciado una patrimonialización de la imagen propia, insertándola en el tráfico jurídico. Las personas pueden disponer de la propia imagen, pudiendo autorizar su captación, transmisión y publicación de ella, a título oneroso. Esta perspectiva surge en aquellas profesiones o actividades que por su carácter específico implican la toma o publicidad de la imagen como es el caso de deportistas destacados, artistas, modelos, locutores de televisión, conductores de programas, actores, entre otros. A este respecto, NOGUEIRA lo denomina *right of publicity*, "consistente en la explotación de signos característicos de la personalidad con fines comerciales o publicitarios". Se reconoce así un derecho a ser pagado por el uso comercial de nombres, imágenes, voces. Se desarrolla así un derecho de explotación comercial de la imagen de las personas, la que opera en una dimensión patrimonial, sometido a la legalidad ordinaria en los aspectos correspondientes a derechos de uso de la imagen y su remuneración, las indemnizaciones y sanciones por uso ilegal de la misma, entre otros aspectos.

Este autor señala que el Tribunal Constitucional Español ha establecido una categórica y clara diferenciación entre el derecho fundamental a la propia imagen y la dimensión patrimonial de la misma: "Es cierto que en nuestro ordenamiento jurídico -especialmente en la Ley Orgánica 1/1982 - se reconoce a todas las personas un conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de su imagen. Sin embargo, esta dimensión legal del derecho no puede confundirse con la Constitucional, ceñida a la protección de la esfera

moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas. La protección de los valores económicos, patrimoniales o comerciales de la imagen afectan a bienes jurídicos distintos de los que son propios de un derecho de la personalidad y por ello, aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del art. 18.1 CE²⁷

Como ya lo señalábamos, en el derecho norteamericano se ha desarrollado lo que se denomina el *right of publicity* como una rama separada del *right of privacy*, desde mediados del siglo XX, donde se reconoce que el primero consiste en la facultad exclusiva de explotación comercial del nombre o de la imagen comercial de la persona, donde lo que se busca no es reparar un daño por intromisión en la *privacy*, sino una indemnización por el aprovechamiento comercial de la imagen susceptible de valorarse en el mercado.

El profesor ANGUITA describe este elemento como "*publicity right*" y se refiere a la explotación de signos característicos de la personalidad con fines comerciales o publicitarios. Se expresa como la facultad de control que posee el titular de la imagen sobre el uso comercial de los rasgos que le identifican, tanto imagen (fotográfica convencional, digital o un retrato pictórico), como su nombre y voz. Este derecho le permite controlar el uso comercial de su identidad y con ello a participar en los beneficios que dicha explotación conlleva.

La dimensión patrimonial de la propia imagen, concluye NOGUERA, no forma parte del derecho fundamental, el que se relaciona con la protección del ámbito moral de la personalidad, con fundamento en la dignidad humana y que garantiza un ámbito libre de intromisiones ajenas. La protección de valores económicos, comerciales o patrimoniales de la imagen afectan bienes jurídicos de rango legal protegidos por el ordenamiento jurídico, pero no forman parte del derecho fundamental y no revisten carácter constitucional. El uso de la imagen puede ser revocada por el titular atendiendo a las relaciones jurídicas y derechos creados en favor de terceros, donde ya nos encontramos en el ámbito de los

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Español 81/2001, de 26 de marzo, F.2. Un comentario de esta sentencia se encuentra en Pulido Quecedo, M. "La negación del contenido patrimonial de los derechos fundamentales: el derecho a la imagen como derecho personalísimo, Comentario a la STC 81/2001, de 26 de marzo". Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional N° 6, 2001, España, pp. 9 - 12.

derechos patrimoniales producto del uso de la imagen y no en el marco del derecho fundamental a la propia imagen.

Sin embargo, ello no impide señalar que el uso comercial de la imagen de una persona sin su consentimiento siga constituyendo una vulneración del derecho fundamental a la propia imagen, al interferir en el ámbito de libre determinación individual que ampara el derecho. El hecho de que el uso sin consentimiento de la propia imagen tenga fines comerciales no excluye el daño moral al margen de la existencia de un perjuicio patrimonial²⁸.

El derecho a la propia imagen, señala ANGUITA, es un derecho que tiene una connotación moral –el solo hecho de divulgar la imagen sin consentimiento conlleva ya perjuicios para el titular–, y una económica en el sentido que el afectado ha quedado marginado en la participación de las utilidades que la explotación de la imagen genera.²⁹

Para la industria publicitaria la proyección comercial de la imagen de las personas posee una significativa importancia, en especial cuando se utilizan populares figuras del espectáculo. En Chile, el Consejo de Autorregulación Publicitaria (CONAR) resuelve en base al Código de Ética Publicitaria las denuncias que toda persona presente en contra de las normas y principios que estipula. Algunos artículos regulan la utilización de la imagen comercial de la persona desde distintas perspectivas:

- Testimoniales, personificaciones y doblajes. Artículo 8°. “... La ‘personificación’ o ‘doblaje’ deberá ser expresamente autorizada para el caso específico por la persona personificada o doblada”.
- Respeto, Privacidad y consentimiento. Artículo 9°. En consideración a la dignidad en intimidad de las personas, los avisos no deben mostrar o referirse a cualquiera, sea en calidad de privada o pública, a menos que, previamente, se haya obtenido expreso permiso y consentimiento, ni deben los avisos, sin permiso previo, representar o referirse a la

²⁸ PASCUAL Medrano, Amelia. “El derecho fundamental a la propia imagen”. Ed Thomson- Aranzadi, Navarra, 2003. pp. 81-82

²⁹ ANGUITA Ramírez, Pedro: “Jurisprudencia Constitucional Sobre El Derecho A La Propia Imagen y a la Vida Privada En Chile (1981-2004): Un Intento De Sistematización.” En “Libertad de expresión en Chile” Santiago, Chile: Eds. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2006. p. 377

propiedad de cualquier persona en la forma que dé la impresión de una recomendación personal.

- Imagen Adquirida o *Goodwill*. Artículo 13°. Los avisos no deberán hacer uso injustificado del nombre o iniciales de cualquier firma, compañía, institución, o de la marca de un producto o servicio. Los avisos no deberán aprovecharse del “*goodwill*” o imagen adquirida que tiene el nombre comercial y/o símbolo de otra forma o producto, o del *goodwill* o imagen adquirida por una campaña publicitaria.

El autor Carlos Peña González, a propósito del fallo sobre la imagen de una persona utilizada por la marca Fujitel, critica que nuestra jurisprudencia invoque el derecho de propiedad para garantizar no solo los derechos reales y personales en sentido estricto sino también otras situaciones subjetivas³⁰. En el mismo sentido se pronuncia Peña Altero³¹, que comentando la sentencia Orellana Barrera con Caja de Compensación Javiera Carrera sostiene que dicha sentencia “... no incurre en el error de entender que en la especie se vulnera la privacidad de la persona, pero tampoco parece acertada la afirmación de que se vulnera el derecho de propiedad sobre la imagen, pues este derecho es de naturaleza extrapatrimonial y nos parece vinculado con el derecho a la vida pública de la persona que con un supuesto derecho a la explotación comercial de la imagen”. Dicha afirmación a su juicio apoyándose en un artículo de Ramón Domínguez y Alejandro Vergara conllevaría a afirmar la existencia de un derecho patrimonial sobre un derecho de la persona.

1.2.4.4 El derecho a la imagen propia y la Propiedad Intelectual sobre las imágenes

Más vinculado al derecho sobre la imagen propia se encuentra el conflicto entre el uso de una fotografía sobre la cual se reconoce derecho de autor versus la persona que aparece en dicha imagen y que reclama ejerciendo su derecho a autorizar la difusión de la misma en

³⁰ PEÑA González, Carlos. El Derecho Civil en su relación con el Derecho Internacional de Derechos Humanos, en Sistema Jurídico y Derechos Humanos, Cuadernos de Análisis Jurídico N° 6, serie publicaciones especiales, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, septiembre de 1996. p. 669. Citado por ANGUIA RAMIREZ, PEDRO: “Jurisprudencia Constitucional Sobre El Derecho A La Propia Imagen y a la Vida Privada En Chile (1981-2004): Un Intento De Sistematización.” En “Libertad de expresión en Chile” Santiago, Chile: Eds. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2006. p. 379

³¹ PEÑA Atero, José Ignacio, “La Protección del Derecho a la Propia Imagen”, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, Volumen 64, 2002. p. 301. ANGUIA RAMIREZ, PEDRO: “Jurisprudencia Constitucional Sobre El Derecho A La Propia Imagen y a la Vida Privada En Chile (1981-2004): Un Intento De Sistematización.” En “Libertad de expresión en Chile” Santiago, Chile: Eds. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2006. p. 379

plataformas digitales. El autor de una obra como una fotografía no tiene un derecho de imagen sobre la misma, sino un derecho de Propiedad Intelectual. La obra no es parte de su derecho a la propia imagen, aunque se identifique con ella o, en general, se identifiquen mutuamente fundado en el derecho de paternidad sobre la obra (derecho moral). Señala LARRAIN que ambos derechos conviven, limitándose recíprocamente, pero sin eliminarse. Mas esto en ocasiones se olvida, llegando a oponerlos como si fuera necesario optar entre uno y otro. En nuestro ordenamiento, a falta de previsión legal, se debe concluir que, aunque se actúe previo encargo, el derecho a la imagen no altera en lo más mínimo la titularidad de la propiedad intelectual, aunque afecte a su ejercicio. El retratado, por el mero hecho de serlo, no adquiere ningún derecho de propiedad intelectual sobre la obra, pero tampoco el autor de la obra, por el mero hecho de la titularidad de la Propiedad Intelectual puede explotar *ad libitum* e indiscriminadamente la imagen captada y reproducida. Para ello precisará el consentimiento del titular del derecho a la imagen en él aunque no se trate de un uso comercial, publicitario o análogo, so pena de incurrir en una intromisión ilegítima. Además, dicho consentimiento no se limita a la captación de la imagen, sino que debe alcanzar a su reproducción y publicación (si el autor quiere publicarla), así como al medio o medios en que quede plasmada la imagen. Para alcanzar esta conclusión es indiferente que el fotografiado o retratado o pintado haya pagado al autor de la obra o, al revés, que alguno de éstos haya contratado y pagado los servicios de aquél. La diferencia puede hallarse en el hecho de que cuando el autor de la obra paga al modelo quizás se puede entender que hay un consentimiento tácito para el uso y la explotación de la imagen, sobre todo si esa es la actividad comercial o profesional del autor de la obra³².

I.3 Conclusiones al Capítulo I. El derecho a la imagen propia como derecho fundamental.

El derecho a la imagen propia se vincula con los derechos fundamentales desde el punto de vista de su expresión o ejercicio, toda vez que este derecho deriva de la condición de ser humano con identidad propia, específicamente como un atributo de la personalidad. En

³² LARRAIN Páez, Cristián Andrés. “Algunas cuestiones relevantes sobre el derecho al honor y la responsabilidad civil en particular, sobre el daño moral, el artículo 2331 del código civil, y la legitimación activa” Revista Chilena de Derecho Privado, N° 17 diciembre 2011. pp.47-51

relación a esto, vemos que el derecho a la imagen propia se vincula con algunos derechos fundamentales recogidos en nuestra Carta Fundamental:

- a) El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona (artículo 19 N°1 núm. 1°) Sin duda que una infracción al derecho de imagen propia puede conculcar el derecho a la integridad psíquica toda vez que ve afectada la imagen propia que proyecta al exterior, a la sociedad, su imagen social, y que perturba, en mayor o menor medida, su tranquilidad psíquica.
- b) El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia (Artículo 19 N°1 núm. 4°). Ya decíamos en apartados anteriores cómo se vincula el derecho a la imagen propia con el derecho a la vida privada, en resguardo de aquella información personal que el individuo desea mantener en reserva, y que, si es difundida sin su consentimiento, o bien ésta no es fidedigna, causaría una infracción al derecho a mantener información dentro del ámbito de su vida privada.
- c) La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado. (Artículo 19 N°1 núm. 12°). Sin duda este derecho es un límite al derecho de imagen propia, pues cuando la difusión de información de índole personal tiene el carácter de interés público, existe una colisión de derechos en donde se debe ponderar cual de ambos derechos tiene mayor o menor preponderancia según sea el caso en particular. Esta discusión la hemos enunciado en términos generales, pues ahondaremos en ella más adelante.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la libertad de pensamiento y expresión es la piedra angular de cualquier sociedad democrática. Se ha entendido que este derecho no solo atañe al derecho individual de emitir y expresar el pensamiento sino incluso al derecho social a la información de los individuos que viven en un Estado democrático.

Por su parte, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, le da un alcance muy amplio: el artículo 13 de la Convención Americana garantiza el derecho de toda

persona a la libertad de expresión, y precisa que este derecho comprende, “la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. Es que ello que se considera correcto concluir que el artículo 13 se aplica plenamente a las comunicaciones, ideas e informaciones que se difunden y acceden a través de Internet³³. Es así como la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos ha dicho que “la libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación” y ha agregado que “los Estados tienen la obligación de promover el acceso universal a Internet para garantizar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de expresión. El acceso a Internet también es necesario para asegurar el respeto de otros derechos, como el derecho a la educación, la atención de la salud y el trabajo, el derecho de reunión y asociación, y el derecho a elecciones libres” (Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet de 1° de junio de 2011, puntos 1.a y 6.a, respectivamente)

Señala este informe que en Chile se han adoptado importantes leyes destinadas a proteger la libertad de expresión en Internet, como la reforma a la Ley de Propiedad Intelectual que limita la responsabilidad de intermediarios por contenido generado por terceros, instaura un estándar judicial para la eliminación de contenidos infractores y crea nuevas excepciones al consentimiento del titular de derechos. Además, de manera ejemplar, la Ley 20.453, también de este país, consagró el principio de neutralidad en la red para los consumidores y usuarios de Internet, prohibiendo el bloqueo, la interferencia, la discriminación, el entorpecimiento y la restricción del derecho de cualquier usuario para “utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio legal a través de Internet, así como cualquier otro tipo de actividad o uso legal realizado a través de la red”

³³ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Libertad de Expresión e Internet (2013). Recurso en línea disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_WEB.pdf. Última visita 30 de junio de 2017

A nivel del ámbito de aplicación de la ley, este informe indica que los tribunales de justicia han reiterado la jurisprudencia indicando que el derecho de expresarse a través de Internet fomenta la libertad de expresión tanto desde su dimensión individual como colectiva. Así, a través de Internet, se puede concretizar el derecho personal que tiene todo individuo a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar –o no hacerlo- sus ideas, opiniones, creencias, críticas, etc. Desde el aspecto colectivo, Internet constituye un instrumento para garantizar la libertad de información y la formación de la opinión pública.

Este informe se destaca la importancia de los motores de búsqueda de Internet como una herramienta extremadamente útil y proporciona una gran ayuda para ejercer libremente el derecho de acceso a la información. De esta forma, el motor de búsqueda permite que el usuario acceda a información que de otra forma no habría obtenido de no conocer el enlace directo con el sitio que aloja la información que requiere. Sin embargo, la libertad de información no es un principio absoluto, puesto que tiene como límite la dignidad de las personas, en términos globales, lo que debería importar la posibilidad de reclamar por el uso de la información que circula en internet en relación a la imagen propia, salvo que la información actualizada y cumpla con los estándares de connotación pública y de interés nacional.

El análisis del problema conlleva la debida ponderación entre la libertad de expresión y de acceso a la información de relevancia pública versus el derecho a la Imagen Propia en forma casuística, para realizar una correcta apreciación de los hechos para determinar cuál de estos principios primaría en el caso en particular. Esa labor de ponderación queda entregada a los tribunales de justicia. A modo de ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido el interés público de una información al siguiente tenor: “en cuanto al carácter de interés público, en su jurisprudencia la Corte ha reafirmado la protección a la libertad de expresión respecto de las opiniones o informaciones sobre asuntos en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado, o afecta derechos o intereses generales o le acarrea consecuencias importantes” (Corte

Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 29 de noviembre de 2011, caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina).

Finalmente es dable destacar lo concluido por la Organización de Estados Americanos (OEA), en la “Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión en Internet” del año 2011: “a. La libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación. Las restricciones a la libertad de expresión en Internet solo resultan aceptables cuando cumplen con los estándares internacionales que disponen, entre otras cosas, que deberán estar previstas por la ley y perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional y ser necesarias para alcanzar dicha finalidad (la prueba "tripartita").

b. Al evaluar la proporcionalidad de una restricción a la libertad de expresión en Internet, se debe ponderar el impacto que dicha restricción podría tener en la capacidad de Internet para garantizar y promover la libertad de expresión respecto de los beneficios que la restricción reportaría para la protección de otros intereses.

c. Los enfoques de reglamentación desarrollados para otros medios de comunicación —como telefonía o radio y televisión— no pueden transferirse sin más a Internet, sino que deben ser diseñados específicamente para este medio, atendiendo a sus particularidades.

d. Para responder a contenidos ilícitos, debe asignarse una mayor relevancia al desarrollo de enfoques alternativos y específicos que se adapten a las características singulares de Internet, y que a la vez reconozcan que no deben establecerse restricciones especiales al contenido de los materiales que se difunden a través de Internet.

e. La autorregulación puede ser una herramienta efectiva para abordar las expresiones injuriosas y, por lo tanto, debe ser promovida.

f. Deben fomentarse medidas educativas y de concienciación destinadas a promover la capacidad de todas las personas de efectuar un uso autónomo, independiente y responsable de Internet ("alfabetización digital").”

Asimismo, establecen principios relevantes en relación a Internet como la responsabilidad de los intermediarios de Internet, filtrado y bloqueo, responsabilidad penal y civil, neutralidad de la red, y el acceso universal a Internet.³⁴

³⁴ OEA Organización de Estados Americanos. Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet. Recurso disponible en línea: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849> Última visita 30 de junio de 2017.

CAPÍTULO II: EL FUNCIONAMIENTO DE INTERNET Y LAS AFECTACIONES A LA PROPIA IMAGEN

II.1 Redes sociales y libertad de expresión

Las redes sociales y otros servicios que ofrece Internet son utilizados por un número de personas cada vez mayor. Estas plataformas se configuran como importantes canales de interacción y comunicación que permiten a sus participantes publicar y difundir datos personales e imágenes y relacionarse con otros usuarios. No obstante, la utilización de los servicios online implica riesgos importantes para la privacidad. Entre los diferentes peligros que acechan en la red cobran especial importancia los posibles ataques a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, que se ven expuestos desde el momento que los usuarios se registran hasta incluso después de haberse dado de baja en el servicio.

Se entiende como red social una página web o aplicación en la que los internautas intercambian información personal y contenidos multimedia de modo que crean una comunidad de amigos virtual, dinámica e interactiva. Las redes sociales son servicios prestados a través de Internet que permiten a los usuarios generar un perfil público, en el que plasman datos personales e información de tipo personal, disponiendo de herramientas que permiten interactuar con el resto de usuarios.

Uno de los principales objetivos de la red social se alcanza en el momento en el que sus miembros utilizan el medio online para convocar actos y acciones que tengan efectos en el mundo offline. La 3ª Oleada del Estudio *Power to the people social media, Wave 3 de Universal McCann* de marzo 2008 cifra el número de usuarios de redes sociales en 272 millones, un 58% de los usuarios de Internet registrados en todo el mundo, lo que supone un incremento del 21% respecto de los datos registrados en junio de 2007.³⁵

En la actualidad se pueden distinguir tres tipos de redes sociales: genéricas o de ocio, que son las más extendidas y tienen como objetivo favorecer las relaciones personales

³⁵ Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación. Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online. Febrero de 2009. Recurso en línea disponible en: <http://www.uv.es/limprot/boletin9/inteco.pdf> Última visita 30 de junio de 2017.

entre los usuarios (como Facebook, Instagram o Twitter); profesionales, que facilitan la conexión entre personas relacionadas laboralmente (como LinkedIn); y temáticas, cuyos miembros comparten un *hobby* o actividad (como Flickr o Youtube)

- Facebook: la red social personal por antonomasia, con una gran cantidad de aplicaciones que permite incluir fotos en sus perfiles, agregar amigos, enviarse mensajes con ellos, actualizar perfiles, visualizar la actividad de otros de forma dinámica, publicar fotos o escribir comentarios en ellas, entre otros.

- Twitter (Trinar, parlotear): es un servicio de microblogging gratuito que permite a los usuarios enviar y compartir comentarios, imágenes y videos denominadas “tweets”, no mayores de 140 caracteres.

- My Space: Fundado en el año 2003 por Chris DeWolfe y Tom Anderson, dio sus primeros pasos en la red como un sitio Web orientado a la socialización. Comenzó siendo el rey indiscutible de esta clase de redes sociales en Internet, pero el crecimiento de Facebook es proporcional al decrecimiento de MySpace desde mediados de 2008. El concepto de MySpace es parecido al de Facebook: un usuario crea un perfil, puede agregar amigos al mismo, posee un muro donde otros usuarios dejan mensajes, videos, enlaces, etc., y él puede acceder a los otros perfiles realizando las mismas tareas.³⁶

- Instagram: es una red social y aplicación para subir fotos y videos. Sus usuarios también pueden aplicar efectos fotográficos como filtros, marcos, similitudes térmicas, áreas subyacentes en las bases cóncavas, colores retro, y posteriormente compartir las fotografías en la misma red social o en otras como Facebook, Tumblr, Flickr y Twitter. También hay un medio de comunicación privado para hablar llamado Instagram Direct.³⁷

Entre las redes sociales profesionales más populares se puede encontrar LinkedIn, que es una red social muy útil a la hora de buscar empleo. Muchos usuarios han encontrado mejores puestos laborales a partir de su presencia en esta red, pero también, ayuda a mantener contacto con colegas en cualquier parte del mundo.

³⁶ TecCom Studies. Recurso disponible en línea en: <http://www.teccomstudies.com/numeros/revista-1/136-las-redes-sociales-una-aproximacion-conceptual-y-una-reflexion-teorica-sobre-los-posibles-usos-y-gratificaciones-de-este-fenomeno-digital-de-masas?start=6> Última visita 30 de junio de 2017.

³⁷ Recurso en línea disponible en: <https://es.wikipedia.org/wiki/Instagram> Última visita 30 de junio de 2017.

Luego, es importante señalar que, al igual que cualquier banco de datos personales, las redes sociales son responsables de cumplir la normativa de protección de datos personales de sus usuarios por disponer de perfiles de usuarios y otros datos de carácter personal facilitados por los propios usuarios. En este sentido, la red social deberá recabar el consentimiento inequívoco del usuario, con anterioridad a la recogida de los datos, de modo tal que sea “un consentimiento libre, específico, informado e inequívoco”, Además, la red social deberá informar la finalidad por la cual se recogen los datos personales, sus derechos y los datos del responsable del fichero o banco de datos, todo de conformidad con la Ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada.

El internauta podrá interactuar libremente en la red social, publicar fotos e información que desee compartir, sin embargo, deberá respetar los términos y condiciones de la plataforma o aplicación de la red social, los cuales aceptó expresamente al ingresar y registrarse en dicha plataforma. Dentro de estas restricciones respecto al contenido de la información que se publica se contempla la protección de la propiedad intelectual, la seguridad de la información que se proporciona, y los límites relativos a la libertad de expresión. Sobre este último principio nos referiremos con mayor abundamiento. Veamos, por ejemplo, los términos y condiciones de la aplicación Facebook en lo que respecta a este punto:

Declaración de derechos y responsabilidades. Punto número 3 “Seguridad”:

Número 6: No molestarás, intimidarás ni acosarás a ningún usuario.

Número 7: No publicarás contenido que contenga lenguaje que incite al odio, resulte intimidatorio, sea pornográfico, incite a la violencia o contenga desnudos o violencia gráfica o injustificada.

Número 8: No desarrollarás ni pondrás en funcionamiento aplicaciones de terceros que incluyan contenido relacionado con el consumo de alcohol o las citas, o bien dirigido a público adulto (incluidos los anuncios) sin las restricciones de edad apropiadas.

Número 9: No utilizarás Facebook para actos ilícitos, engañosos, malintencionados o discriminatorios.

En la misma línea el punto número 5: “Protección de los derechos de otras personas”. Respetamos los derechos de otras personas y esperamos que tú hagas lo mismo.

Número 1: No publicarás contenido ni realizarás ninguna acción en Facebook que infrinja o vulnere los derechos de terceros o que vulnere la ley de algún modo.

Número 2: Podemos retirar cualquier contenido o información que publiques en Facebook si consideramos que infringe esta Declaración o nuestras políticas.

Número 8: No publicarás los documentos de identidad ni la información financiera confidencial de nadie en Facebook.

Como se puede apreciar, Facebook establece límites a los usuarios de la plataforma en relación a la libertad de opinión en las publicaciones que realice en dicha aplicación, en el sentido de prohibir la vulneración de derechos de terceros. De esta forma, una persona que se sienta afectado por algún comentario o fotografía que un usuario emita a través de dicha plataforma podrá iniciar el procedimiento de reclamo que para estos efectos dispone la aplicación Facebook y conseguir, en definitiva, que dicha opinión o material gráfico sea eliminado. No existe en nuestra normativa interna el requisito de iniciar un reclamo ante los administradores al sitio web o plataforma de red social en forma previa a la reclamación judicial.

En la jurisprudencia nacional podemos estudiar diversos casos en los cuales se realiza la ponderación entre la libertad de expresión y el derecho de emitir opinión en redes sociales, ambos derechos protegidos desde el punto de vista constitucional. Así, el Tribunal Constitucional ha expresado que “el derecho a la honra y al honor, por trascendente que sea para la vida de las personas, no es un derecho absoluto, pues su protección admite límites. El derecho a la honra debe ser debidamente ponderado con la libertad de expresión, en especial, cuando las posibles expresiones injuriosas han sido emitidas a través de un medio de comunicación masiva (Tribunal Constitucional Roles 2071 y 2085)

Revisemos dos fallos sobre el derecho a la imagen propia en las redes sociales digitales.

Multitiendas Corona S.A. contra Eduardo Segundo Sepúlveda Velásquez

Por ejemplo, la Corte Suprema, en la causa Rol N°12.873-2015, al conocer la apelación de una sentencia de recurso de protección interpuesto por la multitienda Corona, revocó la sentencia apelada y resolvió que las personas jurídicas o empresas también gozan de la protección del derecho a la honra consagrado en la Constitución Política de la República, por lo que tienen derecho a exigir que se eliminen las publicaciones deshonrosas de la red social Twitter y otros sitios web en los cuales, a través de las expresiones y comentarios injuriosos en contra de la multitienda, se atenta contra su derecho de imagen. Este fallo es relevante pues establece que la acción constitucional del derecho al honor puede ser ejercida por personas jurídicas por la comprensión de que integra el concepto de honor también el prestigio, buen nombre e imagen y/o prestigio comercial, así como la argumentación relativa a que el concepto de honor comprende un aspecto objetivo o sociológico y otro subjetivo, íntimo o personal. Para los efectos que aquí interesa, en el aspecto objetivo se incluye el reconocimiento que los demás hacen de una persona, esto es, el trato que se recibe de los otros, en tanto en el aspecto subjetivo alude a la propia estimación (Considerando Sexto). Así, sigue el razonamiento, citando el fallo de causa Rol N°1736-2008 de la misma Corte Suprema de fecha 4 de junio de 2008, Considerando Décimo Cuarto, “para cualquier empresa es relevante contar con un nombre y con una reputación que sea señal de confianza y seguridad para su clientela y esa es precisamente la razón por la cual las personas jurídicas tienen prestigio o reputación, que es una variante de la honra objetiva, como tal, objeto de amparo constitucional.” Es, en definitiva, esta variante objetiva, la relativa a la imagen comercial y/o a su prestigio, razones por las cuales considera procedente acoger el recurso de protección.

César David Venegas Yáñez contra Scarlett Andrea Álvarez Marchant

Otro ejemplo, la Corte Suprema acogió un recurso de protección proveniente de una sentencia apelada de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, y ordenó eliminar fotografía desde un perfil de Facebook por atentar contra el derecho a la honra y a la propia imagen del demandante (Corte Suprema Rol N°9973-2015). El caso trató sobre un conflicto suscitado entre un funcionario del Ejército de Chile y la hija de su ex pareja, tras una polémica proveniente de una venta de un inmueble, la recurrente publicó en su perfil de Facebook una fotografía del recurrente junto a comentarios que lo denostaron como

persona, por lo tanto, habría vulnerado su derecho a la honra y a la propia imagen a través de la publicación de una fotografía sin su consentimiento y a través de comentarios ofensivos referidos a su persona que acompañan dicha fotografía. En este fallo, la Corte cita un extracto de la sentencia de la misma Corte (Rol N°2506-2009), que indica que el derecho a la propia imagen ha sido entendido por esta Corte como “Referido a la proyección física de la persona, que le imprime a ésta un sello de singularidad distintiva entre sus congéneres dentro del ámbito de la vida en sociedad y que, por consiguiente, constituye, junto con el nombre, un signo genuino de identificación de todo individuo”. Asimismo, agrega que, por su parte, el Tribunal Constitucional ha entendido que este derecho se encuentra conectado con la figura externa, corporal o física de la persona, la que por regla general no puede ser reproducida o utilizada sin la autorización de ésta (Tribunal Constitucional Rol N° 2454-13). Agrega que el artículo 20 de la Constitución Política de la República no lo enumera determinadamente entre las garantías susceptibles de ampararse por ese arbitrio cautelar, pero, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que su protección deviene procedente y encuadra en el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental, por encontrarse implícitamente comprendida en el atributo de privacidad de la persona, que esa norma se encarga de tutelar (Corte Suprema Rol N° 9970-2015), y ponderando los hechos la Corte acoge el recurso de protección y dispone que la recurrida deberá adoptar todas las medidas conducentes para eliminar la publicación de la fotografía del actor desde Facebook.

II.2 La Imagen propia y las etiquetas en redes sociales

En este apartado analizaremos el caso de ser identificado en una publicación de red social sin expresar consentimiento. Este sería el caso de un usuario que comparte una fotografía en donde aparecen otras personas, las cuales no han consentido expresamente en ser identificadas en esa fotografía. Nos referimos puntualmente al caso del etiquetado automático de las fotografías en Facebook y otras hipótesis de reconocimiento de imagen propia no autorizada.

La tecnología de reconocimiento facial proviene de la utilización de un software especialmente diseñado para la identificación de rostros con información proporcionada por una base de datos. Los softwares de reconocimiento facial, de texto y comportamiento en Internet sirven para identificar la información disponible en Internet afectando los derechos de las personas que, sin su consentimiento, resultan identificadas.

Durante el año 2011, Facebook lanzó la función de reconocimiento facial en las cuentas de todo el mundo. A partir de entonces, Facebook es capaz de reconocer nuestras caras y las de nuestros amigos para etiquetarnos en las fotografías que subamos al servicio. Si bien es cierto que al subir muchas fotos y a etiquetar a varias personas esta función representa mucha utilidad pues lo realiza en forma automática, tiene como contrapartida el problema de la privacidad, pues cuando un usuario suba una imagen en la cual aparezcan terceras personas Facebook las identificará automáticamente etiquetándolos sin que éstos acepten expresamente identificarse con una fotografía.

Esta funcionalidad opera por defecto en cada cuenta, pues, dispone la posibilidad de desactivar el reconocimiento desde los ajustes de la cuenta de usuario a través de las preferencias de privacidad. De este modo, Facebook dejará de sugerir a nuestros amigos el etiquetado automático en cuanto aparezcamos en sus fotografías.

Estos softwares de reconocimiento facial se han ido perfeccionando debido a su popularidad. Así, durante el año 2016, se lanza al mercado la aplicación de origen ruso “*FindFace*”, a través de la cual se podrá identificar a un desconocido mediante el uso de fotografías en menos de un segundo. Con la ayuda de Twitter, la empresa ha creado una base de datos con todas imágenes de las cuentas de la red social y los ha analizado con redes neuronales. La aplicación permite que las personas tomen fotos de desconocidos y, luego casi al instante, logren encontrarlos en las redes sociales. Está disponible para cualquiera que disponga un smartphone y cuenta en Twitter. Los fundadores de esta firma estiman que esa herramienta –capaz de explorar con tanta rapidez la base de datos de esa red social compuesta por más de 300 millones de cuentas— ofrecerá "grandes oportunidades" a los tuiteros. El servicio, de la empresa *NTechLab*, de reconocimiento facial *FindFace* tiene una exactitud del 70%. Aunque los programas de reconocimiento facial no son algo nuevo, *FindFace* se desmarcó el año pasado del resto cuando superó en

precisión y rapidez al software de Google y *Beijing FaceAll*, en la mayor competición de reconocimiento facial organizada por la Universidad de Washington.

Sin embargo, estos importantes avances en las ciencias informáticas traen como contrapartida una amenaza a la privacidad de las personas por la falta de control de la información personal a la que terceros pueden acceder sin consentimiento de su titular. Por ejemplo, Egor Tsvetkov, realizó un estudio y tomó fotos en el metro de San Petersburgo a personas anónimas. Después, las subió a *FindFace*. El resultado que encontró los perfiles de sus redes sociales y localizó información de carácter personal, accediendo a una gran cantidad de datos de las 'víctimas' de su experimento que habían colgado en la nube sin ser conscientes de lo expuesta que quedaba su intimidad. Las imágenes que Tsvetkov tomó en el suburbano, aburridas y normales, contrastaban con las sugerentes y provocativas poses que esas mismas personas colgaban en sus perfiles. Con las fotos obtenidas, el fotógrafo creó '*Your Face is Big Data*', un entorno donde publicó las instantáneas obtenidas comparándolas con las de las cuentas, algo que no satisfizo a todos sus protagonistas. De hecho, una de las jóvenes immortalizadas se puso en contacto con él para expresarle su descontento, aunque también le hizo llegar su aprobación por el objetivo de concienciación sobre la exposición pública que pretendía alcanzar.³⁸

Finalmente, otro de los motivos de preocupación sobre cómo se utilizará este software de reconocimiento facial es la utilización de esta información por parte de la policía y la seguridad nacional, tema que mantiene en pie de guerra a los activistas por la privacidad en Internet. En efecto, las policías pueden buscar sospechosos en las grabaciones en cuestión de segundos o las empresas comprar bases de datos para detectar las preferencias de compra de sus clientes.

En definitiva, los usos que se le puede dar a la información que entregan estos softwares son múltiples, del mismo modo, los riesgos de perder privacidad aumentan a medida que se desarrolla tecnología que permite obtener cada vez más y más información personal, sin el expreso consentimiento del afectado y sin que éste pueda tener control sobre lo que se dice de sí mismo.

³⁸ Recurso en línea disponible en: http://www.elconfidencial.com/tecnologia/2016-05-10/findface-caras-reconocimiento-facial_1197377/ Última visita 30 de junio de 2017.

II.3 La imagen propia y la captación de imágenes por terceros

Dentro de las condiciones de uso de la aplicación Facebook “Declaración de derechos y responsabilidades” se deja en claro que el usuario declara ser el propietario de todo el contenido y la información que publica en Facebook y puede controlar cómo se comparte a través de la configuración de la privacidad. En el caso de contenido protegido por derechos de propiedad intelectual, como fotos y videos, el usuario concede una licencia no exclusiva, transferible, con derechos de sublicencia, libre de regalías y aplicable en todo el mundo para utilizar cualquier contenido de propiedad intelectual que el usuario publique en Facebook o en conexión con Facebook ("Licencia de PI"). Esta Licencia de PI finaliza cuando se elimina el contenido de PI o la cuenta, salvo si el contenido se compartió con terceros y estos no lo eliminaron. Pero cabe preguntarse, ¿cuál es el límite de esta licencia?, ¿qué derechos abarca?, ¿qué es lo que se puede hacer y no se puede hacer con el material visual y/o audiovisual que un usuario comparte a través de Facebook? Veremos qué dice la jurisprudencia en España y en Chile al respecto.

Isacio Iglesias de la Llave con Opinión de Zamora S.A.,

Fallo del Tribunal Supremo Español. Sala de lo Civil. PLENO. Sentencia núm. 91/2017 de fecha 15 de febrero de 2017. Los hechos: el 8 de julio de 2013, en la edición en papel y digital del diario «La opinión-El correo de Zamora» se publicó un reportaje consistente en que el demandante fue herido por su hermano, quien le disparó con un arma de fuego y luego se suicidó. El artículo periodístico contenía datos que permitían identificar al demandante: su nombre, el de su hermano, y las iniciales de sus apellidos, el apodo de su hermano, la dirección exacta del domicilio familiar, que su padre había sido médico en un determinado pueblo de la provincia, referencias a la notoriedad de la familia en la localidad, etc. En el reportaje publicado en la edición en papel del diario se incluyó una fotografía del demandante, que había sido obtenida de su perfil de Facebook.

El demandante interpuso la demanda civil. La demandada alegó que el hecho ocurrido y objeto de noticia era de gran entidad y relevancia pública. La imagen, captada del perfil de Facebook, era la que el propio interesado dio a conocer en las redes sociales, y ocupaba un lugar accesorio en la noticia publicada. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia

consideró que la información publicada, cuya veracidad se reconocía, suponía una intromisión en el derecho a la intimidad del demandante, puesto que se revelaban numerosos datos personales del demandante y de su familia, que permitían su identificación y eran innecesarios para la información. También consideró que se había producido una vulneración del derecho a la propia imagen, pues el demandante no consintió la publicación de la fotografía, y esta no aportaba elemento informativo de interés público y solo permitía la perfecta identificación del demandante. Por todo ello, declaró la existencia de intromisión ilegítima en los derechos a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar y condenó a la demandada a indemnizar al demandante en treinta mil euros, a publicar en el diario de la demandada la parte dispositiva de la sentencia y a que retirara la fotografía del demandante de los ejemplares del diario que se encontraran en sus archivos. La empresa editora del diario apeló la sentencia. La Audiencia confirmó los argumentos de la sentencia recurrida.

Luego, la demandada ha interpuesto recurso de casación. En este recurso, el Tribunal establece lo siguiente: el conflicto entre los derechos fundamentales que respectivamente amparan la posición jurídica de cada litigante (el derecho a la intimidad personal y familiar, la del demandante, y la libertad de información, la de la demandada), hace precisa la ponderación entre los derechos en conflicto. Esta sala ha considerado que, en determinadas circunstancias, la divulgación no consentida de la identidad de la víctima supone una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad. Hemos declarado que tal ilicitud concurre en casos tales como el de las víctimas de delitos gravemente atentatorios de su dignidad, etc. Ahora bien, la intromisión en la intimidad personal y familiar del demandante que supone la información del artículo periodístico no puede considerarse grave. En este caso, la sala considera que debe prevalecer el derecho a la información ejercitado a través del medio de prensa. Ahora bien, respecto a la fotografía del demandante tomado de su perfil de Facebook, la Corte señala que la circunstancia, alegada por la recurrente, de que la fotografía publicada en el diario no capte la imagen del recurrente en una actividad de su vida privada no excluye la existencia de intromisión en el derecho a la propia imagen. El Tribunal Constitucional, a partir de la sentencia 139/2001, caracterizó el derecho a la propia imagen como un derecho fundamental autónomo de los demás derechos de la personalidad,

y en concreto, del derecho a la intimidad. Por tanto, que la fotografía no suponga una intromisión en el derecho a la intimidad del demandante no excluye que pueda constituir una intromisión en el derecho a la propia imagen, que tiene un contenido propio y específico, pues, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, protege a su titular frente a la captación, reproducción y publicación de su imagen que afecte a su esfera personal, aunque no dé a conocer aspectos de su esfera íntima. Que, en la cuenta abierta en una red social en Internet, el titular del perfil haya “subido” una fotografía suya que sea accesible al público en general, no autoriza a un tercero a reproducirla en un medio de comunicación sin el consentimiento del titular, porque tal actuación no puede considerarse una consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes en un perfil público de una red social en Internet. El consentimiento del titular de la imagen para que el público en general, o un determinado número de personas, pueda ver su fotografía en un blog o en una cuenta abierta en la web de una red social no conlleva la autorización para hacer uso de esa fotografía y publicarla o divulgarla de una forma distinta, pues no constituye el «consentimiento expreso» que prevé el art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982 como excluyente de la ilicitud de la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona. Aunque este precepto legal, en la interpretación dada por la jurisprudencia, no requiere que sea un consentimiento formal (por ejemplo, dado por escrito), sí exige que se trate de un consentimiento inequívoco, como el que se deduce de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas ni dudosas. Esta sala ha declarado en reiteradas ocasiones que el consentimiento dado para publicar una imagen con una finalidad determinada (en este caso, como imagen del perfil de Facebook) no legitima su publicación con otra finalidad distinta (en este caso, ilustrar gráficamente el reportaje sobre el suceso violento en que se vio envuelto el demandante). En la sentencia 746/2016, de 21 de diciembre, afirmamos que, aunque hubiera sido cierto que la fotografía publicada por el medio de información hubiera sido “subida” a Facebook por la persona que en ella aparece, «[...] esto no equivaldría a un consentimiento que [...] tiene que ser expreso y, además, revocable en cualquier momento». Por lo demás, el consentimiento a la captación, reproducción o publicación de la imagen no puede ser general, sino que ha de referirse a cada acto concreto, como se desprende de los arts. 2.2 y 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982, lo que deriva del carácter

irrenunciable que tiene este derecho, como prevé el art. 1.3 de dicha ley orgánica y es propio de su carácter de derecho fundamental. Tener una cuenta o perfil en una red social en Internet, en la que cualquier persona puede acceder a la fotografía del titular de esa cuenta, supone que el acceso a esa fotografía por parte de terceros es lícito, pues está autorizada por el titular de la imagen. Supone incluso que el titular de la cuenta no puede formular reclamación contra la empresa que presta los servicios de la plataforma electrónica donde opera la red social porque un tercero haya accedido a esa fotografía cuyo acceso, valga la redundancia, era público. Pero no supone que quede excluida del ámbito protegido por el derecho a la propia imagen la facultad de impedir la publicación de su imagen por parte de terceros, que siguen necesitando del consentimiento expreso del titular para poder publicar su imagen. Por tanto, la publicación en el periódico de una fotografía del demandante, por más que el demandante tuviera una momentánea relevancia pública involuntaria en tanto que víctima del suceso violento sobre el que versaba el reportaje periodístico, obtenida de su cuenta de Facebook, sin recabar el consentimiento expreso del afectado para realizar tal publicación, no puede considerarse autorizada y constituye por tanto una intromisión en tal derecho fundamental que no está justificada del modo previsto en el art. 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982. En definitiva, considera que la afectación de la intimidad del demandante no fue ilícita, y que solo fue ilícita la intromisión en su derecho a la propia imagen, la indemnización debe reducirse a la mitad de la fijada en la sentencia recurrida por la vulneración de ambos derechos (...)"

Este fallo nos parece muy relevante puesto que establece lo siguiente:

- La ponderación entre los derechos fundamentales libertad de información y protección a la intimidad e imagen propia tiene como núcleo determinar la relevancia e interés público de la noticia. De acuerdo con este criterio, se identifica la mayor o menor intensidad de la intromisión en la privacidad e imagen propia del afectado versus la importancia de informar a la comunidad sobre un suceso de connotación pública.
- El Tribunal Constitucional, a partir de la sentencia 139/2001, caracterizó el derecho a la propia imagen como un derecho fundamental autónomo de los demás derechos de la personalidad. Por tanto, que la fotografía no suponga una intromisión en el

derecho a la intimidad del demandante no excluye que pueda constituir una intromisión en el derecho a la propia imagen,

- En la cuenta abierta en una red social en Internet, el hecho de que el titular del perfil haya “subido” una fotografía suya que sea accesible al público en general, no autoriza a un tercero a reproducirla en un medio de comunicación sin el consentimiento del titular.
- El consentimiento a la captación, reproducción o publicación de la imagen no puede ser general, sino que ha de referirse a cada acto concreto, como se desprende de los arts. 2.2 y 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982, lo que deriva del carácter irrenunciable que tiene este derecho, como prevé el art. 1.3 de dicha Ley Orgánica y es propio de su carácter de derecho fundamental.

A diferencia de lo que sucede en España, que tienen legislación especial para el derecho de imagen con una clara distinción del derecho de privacidad, en Chile no existe jurisprudencia que separe ambos derechos, pues, como ya se dijo, no tenemos legislación que recoja explícitamente el derecho de imagen y le dé un contenido independiente, sino que ha sido una construcción doctrinaria y jurisprudencial. La Corte Suprema en Chile ha establecido que cuando un usuario comparte información en un perfil público está autorizando que esas imágenes puedan ser captadas por terceros, sin requerir ulterior autorización. A continuación, revisaremos dos fallos de la Corte Suprema sobre captación de imágenes por terceros que reflejan esta afirmación.

Caso Raúl Alvarado con Canal 13 S.A.

Recurso de Protección. Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°1306-2014. En esta causa, el señor Raúl David Alvarado Granja, pastor evangélico de la Iglesia Unida Metodista Pentecostal, dedujo recurso de protección en contra de Canal 13 S.A., sindicando acto ilegal y arbitrario la divulgación de su imagen, sin autorización, a través de un reportaje exhibido en el programa “Bienvenidos”, de dicha casa televisiva, en el cual un periodista solicitaba hacerle una entrevista por las denuncias de vecinos en contra de la Iglesia de la cual es pastor, a la cual accedió, con el compromiso de no ser grabado, ya que no quería que su imagen saliera al aire. Sin embargo, el reportaje salió al aire con imágenes de suyas y de un amigo ya fallecido, vinculando su imagen en un contexto de fanatismo

religioso. Dichas imágenes fueron extraídas de su cuenta en Facebook, sin su autorización. Reclama que todos estos hechos afectan las garantías constitucionales del artículo 19 N° 4 y 24 de la Constitución Política de la República. En este fallo, la Corte de Apelaciones pudo constatar que se en dicho reportaje “se utilizaron imágenes personales del recurrente y de sus familiares, sin su autorización, antes de iniciarse la entrevista, perturbando el ejercicio de su derecho de propiedad sobre su propia imagen y la de su familia. En ningún momento ha otorgado autorización facultando al Canal para utilizar sus imágenes en el reportaje en cuestión, actuación que constituye una infracción constitucional, ya que la imagen corporal es un atributo de la persona, y como tal, corresponde a cada individuo autorizar su uso, constituyendo un derecho incorporal protegido por la Constitución Política de la República en el artículo 19 N°24” (Considerando Octavo). En virtud de lo anterior, esta Corte acogió el recurso de protección y ordenó a la recurrida eliminar del reportaje emitido, el cual se encuentra disponible en la página web del canal, las imágenes correspondientes a la persona del recurrente y demás imágenes obtenidas desde su Facebook personal. Sin embargo, la Corte Suprema, conociendo la apelación de esta sentencia, realiza una ponderación entre la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información, particularmente en lo tocante al interés público. Para ello cita una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en donde se indica que son asuntos sobre los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que índice sobre el funcionamiento del Estado o afecta derechos o intereses generales o le acarrea consecuencias importantes” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 29 de noviembre de 2011, caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina). Asimismo, la Ley N°19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y ejercicio del Periodismo establece en su artículo 30 letra e) que se consideran hechos de interés público de una persona “los acontecimientos o manifestaciones de que el interesado haya dejado testimonio en registros o archivos públicos”. Finalmente la Corte determina que las imágenes captadas del recurrente “no se obtuvieron en forma subrepticia sino que estuvieron a disposición de quien quisiera verlas, en cuanto el actor las incorporó a su página del sitio de internet denominado Facebook sin ningún tipo de restricción en cuando a quienes pueden acceder a ella, por lo que una vez que las referidas fotografías fueron

publicadas en una red social abierta al público no puede pretenderse una exclusividad sobre ellas, configurándose, en consecuencia, la existencia de un interés público real, el cual constituye -como ya se dijo- un límite expresamente reconocido por el legislador respecto del derecho constitucional a la propia imagen.”(Considerando Séptimo). En virtud de lo anterior, revoca la sentencia apelada y rechaza el recurso de protección. Cabe destacar el voto en contra de la Ministra Sra. Egnem, quien estuvo por confirmar la sentencia apelada, por considerar que la exhibición de las imágenes del recurrente sin su consentimiento es una acción arbitraria “en cuanto cada persona tiene la facultad exclusiva de determinar no solo la forma en que se capten imágenes de si misma sino que también el modo y contexto en que éstas se reproducen y hace públicas, motivo por el que quien disiente considera vulnerado el derecho a la privacidad y a la propia imagen del recurrente, consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental”.

En otras palabras, por el simple hecho de que un usuario comparta una fotografía en una plataforma virtual pública o red social no significa que cualquier persona pueda “tomarla” y reproducirla en otro medio virtual sin consentimiento del titular de la imagen o de quien detente los derechos de imagen sobre la misma. Sin embargo, las condiciones de uso de la plataforma Facebook de la cual Canal 13 obtuvo las imágenes es clara al señalar lo siguiente:

“Declaración de derechos y responsabilidades” N° 2 “Contenido e información compartidos”, punto 4. “Cuando publicas contenido o información con la configuración "Público", significa que permites que todos, incluidas las personas que son ajenas a Facebook, accedan a dicha información, la utilicen y la asocien a ti (es decir, a tu nombre y foto del perfil).” En este caso el consentimiento se encuentra otorgado por el recurrente al momento de aceptar las condiciones de uso de la plataforma, pues ésta es clara al indicar que las imágenes que se encuentran en un perfil público pueden ser utilizadas, incluso por terceros ajenos a Facebook, y asociarla a su nombre y foto de perfil.

Miguel Ángel Valderrama Bustamante contra Karina Jerez Lara

En esta causa, con un fallo unánime, la Corte Suprema acogió recurso de protección y ordenó eliminar de la red social Facebook la fotografía de la cédula de identidad de un

trabajador, por considerar que la difusión de la imagen afecta el respeto a la vida privada y su derecho a la honra.

Al efecto, el trabajador recurrió en contra de Karina Jerez Lara por la publicación –a través de la cuenta "Portal Natales" de la red social "Facebook"– de una noticia titulada: "Maestro cobró \$15 millones por trabajos que no terminó", la que está acompañada por una fotografía de su cédula de identidad.

Citando la sentencia del mismo Tribunal, Rol 9970-2015, señala que es dable distinguir en el derecho a la propia imagen dos aspectos o dimensiones que interesan a la cuestión planteada en el recurso de autos: uno, de orden positivo, en virtud del cual, su titular se encuentra facultado para obtener, reproducir y publicar su propia imagen, adscribiéndola a cualquier objeto lícito; y otro, de carácter negativo, expresado en su derecho a impedir que terceros, sin su debida autorización, capten, reproduzcan o difundan esa imagen, cualquiera sea la finalidad tenida en consideración para ello. Que ambas facetas del derecho a la propia imagen, a que se viene de hacer alusión, resultan patentes en el caso que aquí se trata, pues, de una parte, consta que el actor otorgó una copia de su cédula de identidad al padre de la recurrida en el marco de un contrato de construcción de obra menor celebrado entre ambos ante Notario; y, por la otra, ante el hecho de haberse utilizado sin su consentimiento la fotografía contenida en su documento de identificación por la recurrida en una red social, se opuso a dicha difusión no autorizada, requiriendo la protección de su derecho en sede jurisdiccional. Que, como ya se dijo, se encuentra acreditado que la recurrida, sin el consentimiento del recurrente, subió la fotografía de éste contenida en su cédula de identidad, al portal que mantiene en la red social denominada Facebook, espacio público en que era observable por quien accediera al sitio donde ella se exhibía, no pudiendo entenderse que la entrega por parte del actor de una copia de dicho documento identificador al padre de la recurrida implique una renuncia de la disponibilidad sobre la misma por parte de su titular, toda vez que dicho acto –la entrega de la fotocopia de su cédula de identidad– se efectuó en el marco de la celebración de un contrato entre las partes ante Notario, con la única finalidad de comprobar la identidad de los comparecientes. Que el uso no autorizado de la imagen propia, en condiciones como la que se viene de señalar conduce necesariamente a abordar el tema de la protección jurídica del derecho

correspondiente, cuando con su vulneración resulta agraviado el titular del mismo en su interés patrimonial. El mecanismo de resguardo pertinente al caso se suministra al afectado por el artículo 19 N°4 de la Carta Fundamental. Que acreditadas en los términos expuestos las condiciones de procedencia de la acción de amparo deducida en autos, corresponde que ésta sea acogida y se revoca la sentencia apelada, y en su lugar se declara que se acoge el recurso de protección, disponiéndose que la recurrida Karina Andrea Jerez Lara deberá eliminar desde la cuenta “Portal Natales”, en la red social Facebook, la fotografía de la cédula de identidad del actor. (Considerandos Décimo Segundo y siguientes).

Este fallo nos parece bastante completo pues analiza la problemática desde el punto de vista de la libertad de expresión, datos personales, y políticas de privacidad de Facebook, pero nos parece incompleto por la ausencia de pronunciamiento acerca de los dichos de la recurrida. Es decir, no se refiere a los comentarios injuriosos vertidos en contra del recurrente, sino que solo analiza si la fotografía publicada sin consentimiento del recurrente infringe o no su derecho de privacidad y de imagen propia protegidos por el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental.

A modo de conclusión, creemos que se debe atender a las condiciones de uso de cada red social para determinar si las imágenes e información que los usuarios compartan pueda o no ser utilizada por terceros fuera de la misma plataforma virtual, pues es a través de los propios términos y condiciones de uso en donde el usuario expresa su consentimiento.

Veamos el caso de otra red social. “Flickr” es una comunidad para compartir fotografías, que le proporciona una manera fácil de publicar y compartir fotografías en línea y agregarles metadatos y comentarios significativos. No necesita estar registrado para buscar o ver fotografías en Flickr; sin embargo, debe ser un miembro registrado de Flickr o Yahoo para poder publicar. Este sitio permite al usuario configurar la privacidad del perfil, de esta forma controlar quién tiene acceso a diferentes partes de su perfil, incluyendo su correo electrónico, sus identificaciones de mensajeros instantáneos, su nombre real y la ciudad donde vive. En la configuración de la cuenta, el usuario también puede esconder fotografías o su perfil de las búsquedas en flickr.com, así como de las búsquedas en sitios de terceros, incluyendo el motor para búsqueda de imágenes de Yahoo. En las configuraciones de privacidad, se puede seleccionar que las fotografías sean públicas y

estén disponibles para cualquier persona, restringir el acceso a un número limitado de otros usuarios de Flickr, o mantener las fotografías privadas a las que sólo el usuario que las publicó tiene acceso. Sin embargo, no contiene una cláusula de consentimiento similar a la que analizamos en Facebook en relación a la utilización de imágenes por parte de terceros ajenos a Flickr.

Por su parte, la aplicación Instagram señala en sus términos de uso que Instagram no se queda con la propiedad del contenido que el usuario comparte en su servicio. En efecto, el usuario otorga una licencia no exclusiva, gratuita, de ámbito mundial y limitada para usar, modificar, eliminar de, añadir en, comunicar públicamente, reproducir y traducir ese contenido en parte o en su totalidad sin limitación alguna en cualquier medio o formato, excepto el contenido que no es compartido públicamente “contenido privado” el cual no será distribuido fuera del servicio de Instagram. En este sentido, se puede concluir que Instagram posee la misma excepción de uso que analizamos en relación Facebook, es decir, que las imágenes que no sean identificadas como “privadas” pueden ser distribuidas fuera de la plataforma de la red social, quedando configurado el consentimiento por parte del usuario a través de esta excepción.

A modo de conclusión, las imágenes que los usuarios comparten a través de una red social no pueden ser utilizadas por terceros fuera de dicha plataforma, salvo que los términos y condiciones de uso de la plataforma o red social indiquen lo contrario o establezcan excepciones, las cuales deberán ser expresamente conocidas y consentidas por el usuario.

II.4 Imagen propia frente a la indexación de los motores de búsqueda de Internet

Los proveedores de servicios de motores de búsqueda en Internet permiten localizar contenidos en distintos sitios web, por lo que tienen un rol de intermediarios pues permiten el acceso a contenidos provistos por terceros mediante la entrega de enlaces que permiten su ubicación en la Red.³⁹

³⁹ Recurso en línea. Disponible en: <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/pp03.pdf> Última visita 30 de junio de 2017.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que “la actividad de los motores de búsqueda desempeña un papel decisivo en la difusión global de dichos datos en la medida en que facilita su acceso a todo internauta que lleva a cabo una búsqueda a partir del nombre del interesado, incluidos los internautas que, de no ser así, no habrían encontrado la página web en la que se publican estos mismos datos (Google Spain S.L. Google Inc. V. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González”, sentencia del 13 de mayo de 2014).

Cabe plantearse, ¿tienen los motores de búsqueda de Internet autorización para almacenar información personal de los usuarios de redes sociales? El prestador de servicios de motores de búsqueda respondería que tal autorización es innecesaria puesto que él provee de servicios de intermediación, y lo que hace es conducir al internauta a localizar la información que está disponible en otro sitio web, proporcionando solamente el enlace para conducirlo al sitio web de su interés.

La discusión respecto a cuál es el límite de responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet (ISP) ha tenido lugar no solo en nuestra doctrina nacional, sino que también a nivel internacional, quedando plasmado en instrumentos como la Declaración conjunta sobre Libertad de Expresión en Internet de las Naciones Unidas⁴⁰. A través de este documento se declara sobre la responsabilidad de los ISP:

“Ninguna persona que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet como acceso, búsquedas o conservación de información en la memoria caché deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de estos servicios, siempre que no intervenga específicamente en dichos contenidos ni se niegue a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando esté en condiciones de hacerlo ("principio de mera transmisión").

Debe considerarse la posibilidad de proteger completamente a otros intermediarios, incluidos los mencionados en el preámbulo, respecto de cualquier responsabilidad por los

⁴⁰ OEA Organización de Estados Americanos. Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet. Recurso disponible en línea: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&IID=2> Última visita 30 de junio de 2017.

contenidos generados por terceros en las mismas condiciones establecidas en el párrafo 2(a). Como mínimo, no se debería exigir a los intermediarios que controlen el contenido generado por usuarios y no deberían estar sujetos a normas extrajudiciales sobre cancelación de contenidos que no ofrezcan suficiente protección para la libertad de expresión (como sucede con muchas de las normas sobre "notificación y retirada" que se aplican actualmente)".

Al respecto, la Ley Española 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en su artículo 17 prescribe:

“Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.

1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que:

a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o

b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite

actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos.”

Idéntico sistema de responsabilidad opera en Chile desde la publicación de la Ley N° 20.435 que estableció un régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet, a través de la cual incorpora el artículo 85 letra ñ) a la Ley sobre Propiedad Intelectual, prescribiendo lo siguiente:

“Los prestadores de servicios que a petición de un usuario almacenan, por sí o por intermedio de terceros, datos en su red o sistema, o que efectúan servicios de búsqueda, vinculación y/o referencia a un sitio en línea mediante herramientas de búsqueda de información, incluidos los hipervínculos y directorios, no serán considerados responsables de los datos almacenados o referidos a condición de que el prestador:

- a) No tenga conocimiento efectivo del carácter ilícito de los datos;
- b) No reciba un beneficio económico directamente atribuible a la actividad infractora, en los casos en que tenga el derecho y la capacidad para controlar dicha actividad;
- c) Designe públicamente un representante para recibir las notificaciones judiciales a que se refiere el inciso final, de la forma que determine el reglamento, y
- d) Retire o inhabilite en forma expedita el acceso al material almacenado de conformidad a lo dispuesto en el inciso siguiente.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene un conocimiento efectivo cuando un tribunal de justicia competente, conforme al procedimiento establecido en el artículo 85 Q, haya ordenado el retiro de los datos o el bloqueo del acceso a ellos y el prestador de servicios, estando notificado legalmente de dicha resolución, no cumpla de manera expedita con ella.”

En definitiva, recientemente las legislaciones internas han incorporado en su normativa la consideración de que los motores de búsqueda de Internet no tienen responsabilidad sobre los contenidos que arroja el resultado de la búsqueda, salvo que se determine que éste tiene conocimiento efectivo del carácter ilícito de los datos almacenados o referidos. Asimismo, la legislación le impone un deber de colaboración para impedir que determinados contenidos ilícitos sigan siendo divulgados.

CAPÍTULO III: CARACTERIZACIÓN DE LOS REMEDIOS JURÍDICOS FRENTE A LOS RIESGOS DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN INTERNET.

III.1 Principales amenazas a la imagen propia en Internet

Debemos diferenciar entre las amenazas que se producen por la información que los internautas comparten voluntariamente de aquella información que otros comunican respecto a una persona.

Como hemos visto, cuando el usuario autoriza a la plataforma Facebook e Instagram para almacenar sus fotografías e información personal bajo la modalidad “perfil público”, pierde automáticamente el control sobre dicho material pues terceros ajenos a ella están autorizados para utilizarla y asociar el nombre con su foto de perfil. Desde este punto de vista se hace muy necesario que las condiciones legales de las plataformas sean lo suficientemente claras, precisas y de fácil lectura para informar a los usuarios acerca de los riesgos de mantener su información bajo el perfil “público”.

Por otro lado, como ya lo hemos estudiado, la información que se publica en redes sociales sobre terceras personas puede dañar su imagen propia e intimidad, o suplantar personas, o realizar spam u otras actividades de hostigamiento, lo que se ve acrecentado debido al carácter universal de Internet y difusión global de cualquier información, imagen, contenido audiovisual, con capacidad de difamar u ofender a un individuo, toda vez que se pueden ver incrementadas dichos efectos por la velocidad e inmediatez que implica Internet. Para evitar ser objeto de este tipo de ataques a la imagen propia se aconseja llevar a cabo una labor de carácter preventivo; tales como leer detenidamente las condiciones generales de uso de la plataforma social, especialmente en lo referido a términos de privacidad; ingresar datos personales exclusivamente en aquellos sitios web que revistan seriedad en la administración de los datos personales, como por ejemplo, que exhiban visiblemente sus políticas de datos personales; tener el conocimiento de que se debe otorgar información clara y precisa acerca de la finalidad por la cual se recogen dichos datos

personales, qué derechos se otorgan al consentir en su divulgación, qué es lo que puede hacer el fichero con los datos que recaba, entre otros aspectos legales.

Por su parte, las redes sociales proveen de mecanismos de control de cada red social para reportar malos usos o conductas que violan las reglas de la comunidad.

Facebook, por ejemplo, contiene un sistema de reporte por fotografía y por perfiles. Una vez que el denunciante hace “clic” sobre la imagen, Facebook envía un mensaje ¿Cuál es el problema? Al elegir cualquiera de las alternativas, Facebook preguntará los motivos por los cuales seleccionas esa alternativa y llegará al mismo resultado (salvo la opción marcar como spam, pues en ese caso solo queda como reporte de spam): Es mejor pedirle al usuario que elimine la fotografía. Por ejemplo, ¿Cuál es el problema? Las alternativas son: Es molesto o no es interesante; Aparezco en esta foto y no me gusta; Creo que no debería estar en Facebook; Es spam: ¿Por qué no te gusta esta foto? o ¿por qué no debería estar en Facebook? Alternativas: No me gusta esta foto porque: Salgo mal en la foto; Es inapropiada; Me pone triste; Me da vergüenza; Otro motivo. En cualquiera de las opciones que seleccione, Facebook indica que la mejor manera de eliminar esta foto es pedirle al usuario que la quite, para lo cual entrega las siguientes opciones: 1. Enviar un mensaje a N.N. para resolver esta situación. Pide a N.N. que la quite.; 2. Bloquear a N.N. Ya no podrán verse ni contactarse; 3. Dejar de seguir a N.N. No verás sus publicaciones, pero seguirán siendo amigos; 4. Eliminar a N.N. de tu lista de amigos. Ya no serán amigos(as) en Facebook.

Para el caso que se pretenda denunciar una fotografía sin ser usuario de Facebook se debe completar un formulario que dispone Facebook para estos efectos.

En caso de este tipo de reclamos, Facebook opta por buscar una solución entre los miembros de la comunidad. Distinto es el caso de denunciar suplantación de identidad o reportar a un miembro de Facebook por compartir fotografías de pornografía, o de menores o cualquier otra ilicitud.

De cualquier forma, Facebook advierte en relación a los reportes: “Cuando se informa de algo a Facebook, revisamos el informe y eliminamos todo el contenido que no cumpla las Normas comunitarias de Facebook. Tu nombre y otros datos personales se mantendrán completamente confidenciales si contactamos con la persona responsable. Ten en cuenta que el hecho de informar de algo a Facebook no garantiza que ese contenido se elimine. Puede que veas cosas en Facebook que no te gustan pero que no infringen las Condiciones de Facebook.”

En el centro de ayuda de Facebook se indica ¿Qué debo hacer si alguien comparte una foto íntima mía sin mi permiso? Queremos ayudarte a buscar ayuda y a tomar las medidas necesarias. Por ello, trabajamos junto a *Cyber Civil Rights Initiative* (Iniciativa de derechos civiles en internet) para recopilar esta lista de pasos que puedes seguir y organizaciones a las que puedes contactar en busca de ayuda y consejos: Documenta la publicación: Es posible que necesites contar con un registro de la publicación si decides tomar alguna medida en este sentido. Obtén información sobre cómo tomar una captura de pantalla; Reporta la publicación: Puedes reportar fotos que infrinjan nuestras Normas comunitarias de forma anónima. Si alguien te amenaza con compartir información que preferirías que fuese privada (como mensajes, fotos y videos), te pide que le envíes dinero o que hagas algo con lo que no te sientes cómodo, reporta a esta persona en Facebook. Antes de enviar el reporte, ve al perfil de la persona y copia su URL de Facebook y su dirección de correo electrónico; Obtén ayuda: Estas organizaciones ofrecen información y recursos a personas que sufren de acoso o maltrato en internet: *Cyber Civil Rights Initiative*: información y recursos sobre la pornografía sin consentimiento, *Without My Consent*: consejos prácticos para las personas que sufren hostigamiento en internet, *Love Is Respect*: recursos para que los adolescentes eviten y acaben con el abuso en citas y relaciones. Te recomendamos que consultes con las autoridades locales si es ilegal publicar cosas de este tipo en tu región o país. Si quieres emprender acciones legales, es posible que necesites una captura de pantalla u otro registro de la publicación.

Instagram, por su parte, tiene un sistema más simplificado para denunciar imágenes. Al pinchar la opción “denunciar contenido inapropiado”, se despliegan las siguientes

opciones: No me gusta esta foto; Esta foto es spam o fraude; Esta foto supone un riesgo para las personas; Esta foto no debería estar en Instagram. Al seleccionar “No me gusta esta foto” Instagram explica cómo bloquear a la persona que subió la fotografía. Para el resto de las alternativas, Instagram pregunta cuál es la ilicitud del contenido, ninguna de las alternativas guarda relación con infracción a la privacidad o a la imagen propia. Sin embargo, en el sitio de condiciones de uso advierte lo siguiente:

“Denuncia de fotos que vulneran tus derechos de privacidad” Si crees que una foto vulnera tus derechos de privacidad, avísanos. Eliminaremos las fotos que denuncies por no estar autorizadas si así lo requiere la legislación vigente en tu país en materia de privacidad, siempre que en el contenido denunciado aparezcas tú, tu hijo (menor de 13 años) u otra persona de la que seas tutor o representante legal. Las fotos en las que aparezcan otras personas tendrán que ser denunciadas por los interesados.”

Otro problema que se genera con la aparición de las redes sociales es la exposición que tienen los menores de edad frente a su entorno social y/o comunidades que se vayan creando a su alrededor, lo cual constituye un peligro no tan solo para el desarrollo psicológico de los menores por la exposición a contenidos lesivos, sino que también por la difusión descontrolada de la imagen de los menores, porque la forma cómo se presentan a la comunidad podrá marcarlos para toda la vida, sin perjuicio de otras amenazas como el cyber-acoso o la exposición en sitios web de pedofilia.

Las campañas de marketing utilizan asimismo las redes sociales, para lo cual realizan tratamiento de datos de interesados para crear perfiles de gustos de potenciales compradores. Este interés de distintos sectores por descubrir las preferencias personales de los usuarios se funda en que la información obtenida es variada y amplia, y puede ser utilizadas en procesos de selección, control de productividad, perfiles de personalidad, evaluación de solvencia y crédito, seguros, etc.

Los datos y contenidos de las redes sociales se transfieren a nivel global, en distintos servidores, sin que se pueda tener algún tipo de control sobre los mismos. Debido a la enorme capacidad tecnológica que se requiere para almacenar y procesar los datos y contenidos de los millones y millones de usuarios de estas redes sociales, se utilizan los

llamados sistemas de *cloud computing* o “computación en nube”, que exigen que dichos datos se traten en, literalmente, miles de ordenadores a la vez, repartidos por todo el mundo, siendo muy difícil, por no decir imposible, determinar dónde se almacena físicamente la información en un momento concreto⁴¹. De esta manera en pocos minutos podría estar replicada en múltiples servidores localizados en distintos países y por ende bajo distintas jurisdicciones y legislaciones, lo cual implica una gran dificultad al tratar de dar de baja la información que lesiona la imagen propia de una persona.

Por otra parte, acerca de la información que otras personas o medios de comunicación expresan en otros sitios web o redes sociales también puede llegar a lesionar la imagen propia por la perennidad de la información. Por ejemplo, si ocurrido un hecho noticioso que es informado por diversos medios de comunicación, se vincula a una persona con ese hecho, y luego ésta persona solicita su eliminación, ya sea por la necesidad de actualizar la información, o porque considera que ha pasado el tiempo y que esa noticia es intrascendente, o ya cumplió la pena por ese delito, o simplemente porque esa noticia le causa perjuicios en su vida actual, ¿cómo podemos pedirle a Internet que olvide nuestros actos? Este tema se ha vuelto muy controversial últimamente y se ha conocido como “el derecho al olvido”, el cual estudiaremos en los siguientes apartados.

III.2 Mecanismos de defensa frente a la violación de la privacidad e imagen propia en Internet

La mayoría de la ciudadanía que utiliza la web 2.0 no es consciente de las posibles repercusiones de lo que se publica en el ciberespacio. Evidentemente, el componente emotivo o la carga sentimental en la transmisión de información a través de Internet, así como la descontextualización de lo que se publica, pueden hacer incrementar los comentarios ofensivos, injuriosos o de mofa, de los cuales los ciudadanos son responsables.⁴² Ante estas amenazas al prestigio personal debemos estudiar las acciones que tienen los afectados con esa información de modo de evitar la propagación o continua

⁴¹ SALGADO Seguin, Víctor. “Intimidad, privacidad y honor en Internet”, Revista número 85 - Octubre - Diciembre 2010, Revista Fundación Telefónica, España. p.3

⁴² CASTELLANO Piere, Simón. “El régimen constitucional del derecho al olvido digital”. Agencia Española de Protección de Datos. Valencia, 2012. p.43

difusión, o bien buscar reparación económica por los daños a su imagen, y/o mover el aparato judicial para buscar reprimenda criminal por las expresiones injuriosas o calumniosas de las cuales pueden ser víctimas.

III.2.1 Recurso de protección

Los mecanismos de defensa ante alguna violación de derechos de imagen propia o intimidad son diversos. Como derecho de la personalidad, intimidad y honra, se debe recurrir a las acciones constitucionales que provea la normativa nacional. En el caso de Chile se debe interponer un recurso de protección, pues si bien el derecho a la imagen propia no se encuentra expresamente considerado en el artículo 19 N°20, se ha entendido que deriva del reconocimiento del derecho a la vida privada y a la honra, por lo tanto, su reconocimiento es un tema pacífico, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional. Esta es la vía más rápida para tratar de impedir la circulación de imágenes que dañen la imagen de una persona en Internet. Y decimos intencionalmente “tratar de impedir” pues la información pues si las imágenes se comparten y difunden por distintos sitios y servidores de internet resulta difícil rastrear todos los lugares donde se encuentran alojadas para evitar su difusión.

Los efectos limitados de la acción de protección pues no se puede conseguir reparación económica sino el restablecimiento del imperio del derecho, ha motivado también la presentación de demandas ordinarias de indemnización de perjuicios por la utilización no consentida con fines publicitarios de la imagen de una persona. En reiteradas oportunidades se ha visto que luego de obtener un fallo favorable respecto a la vulneración de la imagen propia en sede constitucional, se interpone una demanda por la vía civil pues se dan por acreditados los perjuicios a través del fallo favorable de índole constitucional.

III.2.2 Indemnización de perjuicios

La responsabilidad recae sobre los propios cibernautas que realizan los comentarios o suben fotografías que dañan la imagen de las personas. La responsabilidad en estos casos se funda en la responsabilidad extracontractual por los perjuicios sufridos por el afectado, en virtud de la aplicación del artículo 2314 del Código Civil, especialmente en lo que respecta al daño moral por daños a la imagen propia conocido como difamación.

Un caso emblemático en nuestro país fue aquel que se produjo por las repercusiones que tuvo una entrevista realizada por el canal Chilevisión a la señora Inés Pérez Concha respecto a su opinión sobre el hecho de que las empleadas de hogar y personal de aseo de un condominio de alto nivel en Santiago, transitaran sin utilizar la locomoción que el condominio les proporcionaba. En la entrevista, la Sra. Pérez señaló que le parecía mal que el personal de la comunidad pasara caminando entremedio de los niños que jugaban en el sector. La supuesta mala edición de esta entrevista la hizo parecer una persona que discriminaba a los obreros y empleadas de hogar, por lo que generó una serie de repercusiones en las redes sociales, lo cual hizo sentir a la Sra. Pérez y a su familia un profundo malestar e incomodidad al verse expuestos en la opinión pública. Este hecho provocó que la Sra. Pérez demandara a Chilevisión ante el 28° Juzgado Civil de Santiago por indemnización de perjuicios, incluido el daño moral, por la suma de \$935.000.000 por una supuesta edición maliciosa de una entrevista otorgada a Chilevisión.

En primera instancia el Tribunal condenó a Chilevisión al pago de la suma de \$80.000.000.- por los perjuicios causados en su imagen y la de su familia, pero luego la Corte Suprema rebajó el monto de la indemnización de los daños a \$5.000.000.-

Este juicio tiene relevancia pues es un fallo reciente, en el cual la Corte Suprema ha cuantificado el daño a la imagen propia afectado en las redes sociales.

III.2.3 Querrela por injurias y calumnias en el Derecho Penal

En Chile, las injurias son un delito y se define como toda expresión declarada o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona (artículo 416 del Código Penal Chileno). Se trata de una expresión que lesiona el honor y puede tener como contenido tanto la imputación de hechos como juicios de valor. No constituyen injurias las apreciaciones personales que se formulen en comentarios especializados de crítica política, literaria, histórica, artística, etc., salvo que su tenor pusiere de manifiesto el propósito de injuriar además del de criticar.

Diversos fallos de la Corte Suprema han indicado que, para verificar el ánimo de injuriar del inculpado, se debe apreciar no solo el significado textual de las palabras o frases

vertidas, sino el propósito por las que se pronuncian o escriben, la ocasión en que lo hace o la forma en que se emplea.

Las clases de injurias tipificadas en nuestra ley son:

a. Injurias Graves: Están establecidas en el artículo 417 del Código Penal Chileno y son aquellas que merezcan la calificación de graves atendido el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor. Son injurias graves:

- La imputación de un crimen o simple delito que no dé lugar a procedimiento de oficio;
- La imputación de un crimen o simple delito penado o prescrito;
- La imputación de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o intereses del agraviado;
- Las injurias que por su naturaleza o circunstancias fueren tenidas como afrentosas.

b. Injurias Leves: Están establecidas en el artículo 418 del Código Penal Chileno y son aquellas hechas por escrito y con publicidad que no estén comprendidas en los casos de injurias graves.

En cuanto al delito de calumnia, se define como aquella imputación de un delito determinado pero falso y que actualmente pueda perseguirse de oficio persona (artículo 412 del Código Penal Chileno) La calumnia por escrito y con publicidad es una figura más grave.

Nuestro Código Penal contiene una serie de reglas comunes aplicables a ambas clases de delitos.

a. Escritura y Publicidad: las injurias y calumnias se reputan hechas por escrito y con publicidad cuando se propaguen por medio de carteles fijados en sitios públicos, papeles impresos, caricaturas, etc.

b. Calumnias e injurias encubiertas: en relación al mensaje comunicativo, las injurias y calumnias se clasifican en simples u ordinarias y encubiertas. Son simples aquellas en que el mensaje es claramente percibido por los potenciales receptores. Será encubierta cuando el receptor deba efectuar una especial labor intelectual, y en ella la alusión injuriosa se encubre bajo la apariencia inocente.

La importancia de esta clasificación radica en que la injuria o calumnia encubierta no se castiga salvo que su autor se rehusare a dar explicaciones satisfactorias acerca de ella, las que deben ser exigidas por el tribunal o el querellante o por el tribunal para configurar el delito.

c. Calumnia e injuria causada en juicio: Estas injurias o calumnias pueden ser causadas por cualquier interviniente en el contexto de un procedimiento judicial, ya sea en calidad de parte o de tercero.

d. Compensación de injurias y calumnias: en aquellos casos en que las injurias sean recíprocas, pero solo una de las partes ha entablado la acción penal, de acuerdo a nuestros tribunales en tales casos debe operar la compensación.

e. Prescripción de estos delitos: El artículo 431 del Código Penal Chileno fija la prescripción de estos delitos en 1 año desde que el ofendido tuvo o pudo tener racionalmente conocimiento de la ofensa.⁴³

En el caso de España, el Código Penal define la calumnia como aquella “imputación de un delito o falta con conocimiento de su falsedad o con temerario desprecio a la verdad” y a la injuria como “aquellas acciones o expresiones que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”. De acuerdo a la gravedad de las expresiones esos tipos se considerarán delito o falta.

⁴³ Síntesis realizada por el equipo de Legal Chile. Recurso disponible en <https://www.legalchile.cl/injurias-y-calumnias-en-que-se-diferencian/> Última visita 30 de junio de 2017.

En el caso de la calumnia, el autor de la expresión requiere un actuar doloso, es decir, que tenga conocimiento que el hecho que se imputa es falso y en definitiva como una actitud en la que no se ha guardado la más mínima cautela o precaución respecto de los posibles derechos de terceros o de los posibles daños que pudieran producirse.

En el caso de la injuria, ésta solo será constitutiva de delito si es considerada grave. Se considerará grave cuando la expresión implique un hecho o valoración que se pueda considerar grave “en conjunto de la sociedad”, es decir, no por valoración del propio juez sino por los valores sociales que rigen en la actualidad.

Las penas previstas para estos tipos de delitos son de multa.

Estos tipos de delitos se cometen a través de medios de difusión y con publicidad, lo cual abarca aquellas expresiones que se viertan a través de Internet, pues se consideran realizadas con publicidad.

Además, existe un tipo de responsabilidad del medio de comunicación por el cual se difunden las expresiones injuriosas o calumniosas, estableciendo que “será responsable civil solidaria la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o injuria”. En virtud de esto, una vez se comunica el presunto delito al propietario y al responsable del sitio web y éstos no proceden a la retirada de los contenidos, el juez podría entender que ésta cometiéndose una colaboración a la hora de llevar a cabo el ilícito penal, por aplicación de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico, que regula la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información.⁴⁴

III.2.4 Hipótesis del Derecho al Olvido

Se debe evaluar si un remedio posible es la consagración de un derecho al olvido en relación a las imágenes de personas que circulan en Internet y cuáles serían los criterios que permitan ponderar los distintos derechos en juego. En este sentido, existen casos

⁴⁴ Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación. Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online. Febrero de 2009. Recurso en línea disponible en: <http://www.uv.es/limprot/boletin9/inteco.pdf> p. 8-10. Última visita 30 de junio de 2017

emblemáticos a nivel internacional en contra de los proveedores de servicios de búsqueda por almacenar información dañosa o no actualizada acerca de una persona. Sobre este derecho nos referiremos con mayor profundidad en el siguiente apartado.

III.2.5 Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet

Como ya nos referíamos anteriormente, los proveedores de servicios de búsqueda de internet pueden ser perseguidos por las personas afectadas con la información ilícita que dicho proveedor de servicios almacena solo en las hipótesis establecidas en el artículo 85 letra ñ) de la Ley de Propiedad Intelectual chilena.

Respecto de delitos contra la honra, a falta de reglas específicas, han existido casos y prácticas aisladas y diversas en los tribunales. No existe práctica conocida de tribunales superiores de justicia en el ámbito penal sobre intermediarios, aunque se ha conocido sobre querrelas en contra de administradores de sitios web que prestan servicio para la puesta a disposición de contenidos por terceros, en procesos que han sido objetos de salidas alternativas a la sentencia. Uno de los casos más citados es uno de ejercicio de la acción constitucional de protección del derecho a la honra, el caso Fuentes con Entel⁴⁵. El actor reclamaba a propósito de un aviso que apareció a mediados de 1999 en el sitio de avisos económicos dispuesto por el proveedor de conexión y acceso. Aparecía como oferente de servicios sexuales (sin serlo realmente) la hija menor de edad del actor con su número telefónico. La empresa adujo que no era responsable pues el aviso provenía de un usuario en la ciudad de Concepción, en uso de la plataforma gratuita facilitada por el proveedor, pero cuyo contenido era total responsabilidad de quien exponía el aviso. La pretensión fue rechazada por haberse presentado de forma extemporánea la acción, no sin hacer igualmente alusión a diversas materias involucradas. Entre ellas, la sentencia reconoce la falta de legislación especial en la materia e identifica tres clases de prestadores de servicio de Internet: el proveedor de acceso, el proveedor de almacenamiento y el proveedor de contenido. Señala que, para que se cometa el ilícito, todos ellos deben participar; califica a Entel como proveedor de acceso y de almacenamiento y a la empresa externa, GrupoWeb,

⁴⁵ Corte de Apelaciones de Concepción, fallo sobre Recurso de protección, Orlando Fuentes Siade c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones Entel S.A., rol 243-19-99, sentencia de 6 de diciembre de 1999.

como proveedora de contenido. Indica que la responsabilidad recae directamente en el usuario proveedor de contenido en la red, cuando tal contenido es ilícito o nocivo. La Corte establece un deber de control posterior sobre Entel, debiendo tomar las medidas susceptibles de hacer cesar el perjuicio que hubiera causado a un tercero, pues sería “evidente” la responsabilidad del proveedor de servicios de alojamiento cuando este permite que mediante los servicios que presta se cometan hechos ilícitos, al conocerlo efectivamente o pudiendo hacerlo, ya que por medio de este comportamiento (culposo o negligente) se convierte en cooperador y responsable de la ilicitud.⁴⁶ Cabe señalar que este fallo es anterior a la entrada en vigencia de la Ley N°20.435 de 2010 que establece el capítulo sobre “Limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet” a la que hemos hecho referencia en párrafos anteriores.

En el derecho comparado vemos que se repite el mismo principio de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de internet e inexistencia de una obligación de vigilancia.

La Directiva Europea 2000/31 EC establece en su artículo 15.1: “Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14”. El artículo 16 señala “la información almacenada a petición del destinatario, siempre que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o si es que lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos” Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha interpretado esta norma en sentido amplio para incluir cualquier tipo de notificación de contenido ilícito. A mayor abundamiento, los prestadores de servicios de alojamiento web, a pesar de que no tienen un deber general de supervisión de los datos que las páginas web contienen, si que son responsables cuando tienen un conocimiento efectivo

⁴⁶ Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet. ONG Derechos Digitales. Autores Francisco Vera y Juan Carlos Lara. Recurso en línea disponible en: <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/pp03.pdf> . p.20

de la ilicitud, el cual se puede acceder por el simple hecho que cualquier persona y no necesariamente de un órgano competente, les avise de las informaciones ilícitas que contiene una página web.⁴⁷

En Latinoamérica, la Ley 12.965 de Brasil sobre “Marco Civil de Internet” de 2014 establece en su artículo 18 que los proveedores no son responsables civilmente por daños provenientes de contenidos generados por terceros.

Otro aspecto a revisar acerca de la responsabilidad de los motores de búsqueda es la función de autocompletado de la búsqueda o sugerencias de términos para completar la búsqueda que propone el propio buscador. Los términos que propone el buscador no corresponden necesariamente a los contenidos disponibles en la red, sino que depende de lo que otros cibernautas hayan ingresado al buscador con anterioridad. CASTELLANO cita como ejemplo ingresar en el buscador de Google la palabra “Felipe González” el citado buscador propone “Felipe González Falangista”. Evidentemente estas sugerencias permiten asociar ideas de tal manera que pueden perjudicar la fama de una persona o una empresa, o suponer un auténtico ataque a su reputación. En España -continúa el autor- los tribunales no han tenido la posibilidad de exigir reparación de los daños causados por el buscador en relación a la función “autocompletar la búsqueda”, pero en la perspectiva comparada, algunos tribunales europeos ya han reconocido tal extremo. Sirva como ejemplo que en Francia, en el año 2009, se condenó a Google por asociar la palabra “estafa” (*arnaque*) a la empresa *Direct Energie*; en Italia, a principios del año 2011, una sentencia del Tribunal de Milán ha considerado que Google es responsable de los daños derivados de la asociación de los datos de una empresa con la palabra “estafa” (*truffa*)⁴⁸.

III.3 Implicancias del reconocimiento del derecho al olvido y otras hipótesis de retracto de consentimiento en la legislación y su implicancia en la imagen propia en Internet.

⁴⁷ CASTELLANO Piere, Simón. “El régimen constitucional del derecho al olvido digital”. Agencia Española de Protección de Datos. Valencia, 2012. pp.44-45

⁴⁸ CASTELLANO Piere, Simón. Ob. Cit. p.46

El derecho al olvido, en términos generales, se ha entendido como aquel derecho que tienen las personas para exigir la eliminación de información relativa a su pasado de estar disponible en Internet.

En España, este derecho no tiene un reconocimiento expreso, pero se ha interpretado como una aplicación del artículo 10.1 de la Constitución Española, es decir, como parte del título de derechos y deberes fundamentales. Sin embargo, si bien este derecho no tiene protección constitucional expresa, su protección se fundamenta por el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad. En la medida que se considere enlazada la protección constitucional del libre desarrollo de la personalidad y el derecho al olvido, este puede llegar a ser protegido en las instancias y procedimientos ordinarios, porque los poderes públicos están sujetos a la Constitución Española.⁴⁹

Resulta evidente que la información del pasado que permanece en el mundo digital puede afectar el libre desarrollo de la personalidad, sin embargo, la información debe necesariamente contener datos que permitan identificar con claridad al afectado, por lo tanto, para poder ejercer el derecho al olvido en contra de terceros es necesario que contenga datos personales. Es, a nuestro juicio, la legislación más próxima para fundamentar y reconocer legalmente el derecho al olvido.

En este sentido, la AEPD⁵⁰ ha recordado que los individuos no tienen que resignarse ni tienen que verse expuestos eternamente al tratamiento de sus datos personales, muchas veces contenidos en noticias del pasado que se mantienen perennes en la web, cuando las noticias o los hechos no tengan relevancia pública o no versen sobre un personaje público. En este marco, la AEPD ha entendido que los ciudadanos pueden ejercer un derecho de oposición frente al tratamiento que los buscadores web realizan de los datos personales, es decir, además de la cancelación -la indexación por parte de los motores de búsqueda de la información pasada-, se exige que el buscador encuentre medios para que la información no vuelva a aparecer en el futuro.

Un caso emblemático de consagración del derecho al olvido es aquella petición de tutela al AEPD por parte del Sr. Costeja que analizábamos en capítulos anteriores, en donde la AEPD acoge su solicitud y ordena a *Google Spain* y *Google Inc.* a retirar los datos del

⁴⁹ CASTELLANO Piere, Simón. Ob. Cit pp. 134-135

⁵⁰ Resolución TD/00463/2007 de la AEPD. Citado en CASTELLANO Piere, Simón. Ob. Cit. pp.138-139

denunciante de su índice, fundándose en que la actividad del buscador puede considerarse tratamiento de datos personales, haciendo una diferenciación con el sitio web que contenía la noticia y la hemeroteca digital al considerar que se justificaba la permanencia de la información en dichos sitios por la extensión de la libertad de la información.

Es por esto que el autor CASTELLANO⁵¹ concluye que al estar el derecho al olvido protegido por la garantía del derecho fundamental a la protección de datos los individuos serían titulares de los mecanismos de defensa que provee la Ley Orgánica de Datos Personales frente a toda información del pasado que contenga datos personales y esté sometida a un “tratamiento”, siempre que se publicación no responda a un interés público actual. Y es ese interés público actual el que constituye una limitación al derecho a la privacidad, cuya preponderancia se ponderará caso a caso de acuerdo a las circunstancias que lo rodean.

Además del interés actual preponderante que limite el derecho a la privacidad está en juego el rol del consentimiento en el mantenimiento de los datos personales en la web. El consentimiento inequívoco del interesado no es necesario en caso que los datos personales estén contenidos en una fuente de acceso público o bien en caso que sean tratados con un interés legítimo, siendo dos situaciones claramente diferenciadas. Esto no quiere decir que siempre se debe interpretar como un pase libre para el tratamiento de datos personales sin consentimiento de sus titulares, pues siempre se debe realizar el ejercicio de ponderación entre el derecho a tratar los datos personales y el derecho de sus titulares. Por lo tanto, el consentimiento no juega un papel clave para fundamentar el derecho al olvido.

Otro criterio para fundar el reconocimiento del derecho al olvido en la normativa es el criterio de finalidad en el almacenamiento de los datos personales. Los datos personales almacenados en un sitio web deben ser cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios para la finalidad con la que se registraron. El artículo 4.5 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal “LOPD” señala “Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados. No serán conservados en forma que permita la identificación del interesado durante un periodo superior al necesario para los fines en base

⁵¹ CASTELLANO Piere, Simón. Ob. Cit. p. 142

a los cuales hubieran sido recabados o registrado”. De esto se colige que la cancelación de los datos garantizaría el derecho al olvido digital.

En la medida que los hechos del pasado contengan datos personales y no respondan a un interés público, esto puede suponer una violación de la legislación de protección de datos, luego el particular podrá oponerse y cancelar sus datos en determinado sitio web.

En el caso de Chile, y a diferencia de lo que ocurre con la normativa española, nuestra ley de protección de datos de carácter personal no es una ley orgánica constitucional, sino una simple ley. Sin perjuicio de lo anterior, se le ha dado una interpretación constitucional al relacionarlo con datos sensibles y la protección constitucional del derecho a la vida privada.

En el inciso 2° del artículo 1 prescribe: “Toda persona puede efectuar el tratamiento de datos personales, siempre que lo haga de manera concordante con esta ley y para finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico. En todo caso deberá respetar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de los datos y de las facultades que esta ley les reconoce.” Por su parte, se define como dato sensible como “aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.” Esta ley contempla los mismos principios que rigen la comunicación y tratamiento de datos personales que hemos analizado de la legislación española y que sustentan el derecho al olvido digital, a saber, consentimiento informado y con posibilidad de ser revocado (sin efecto retroactivo), caducidad de los datos, confidencialidad de los datos, finalidad, derecho de información, entre otros. Por lo tanto, creemos que también en Chile podemos dar sustento al derecho al olvido digital por expresa aplicación de la ley de datos de carácter personal en Internet.

III.3.1 El derecho al olvido en redes sociales

En sede de plataformas de redes sociales es perfectamente aplicable la legislación de protección de datos de carácter personal, por lo que se puede afirmar que el afectado con

una información que contenga sus datos personales tiene el derecho de reclamar la cancelación y rectificación de toda información que pueda afectar el bien jurídico protegido por el derecho al olvido, en la hipótesis que terceros usuarios hayan compartido información en determinada red social sin su consentimiento. En el caso que haya sido el mismo afectado quien compartió la información en la red social y que, por ende, expresó su consentimiento, puede solicitar su eliminación o rectificación fundado en el derecho de revocación de consentimiento establecido en la ley de datos de carácter personal, sin que esta revocación pueda producir efectos retroactivos. Por este motivo, los ciudadanos pueden ejercer el derecho de cancelación y rectificación sobre la información publicada, independiente de quien haya sido el emisor de dicha información, es decir, un tercero o el propio afecto, con o sin su expreso consentimiento.

III.3.2 El derecho al olvido en los medios de comunicación social de carácter informativo

Se debe diferenciar la aplicación del derecho al olvido en redes sociales de la aplicación en los medios de comunicación social digitales, debido a que estos últimos están premunidos de una característica fundamental y diferenciadora: tienen una presunción de licitud debido a su carácter informativo y de interés público y la libertad de información y del libre acceso a la información. Es por este motivo que la aplicación de la ley de datos de carácter personal debe ser ponderada con otros derechos fundamentales como la libertad de información de interés público.

Un interesante y trascendente fallo de la Corte Suprema del año 2016 nos ilustra sobre el derecho al olvido en el ámbito de los medios de comunicación social de carácter informativo, considerando como criterio relevante para ponderar los derechos fundamentales en juego el transcurso de tiempo en relación al hecho noticioso.

Aldo Graziani con El Mercurio

Fallo Rol N° 22.243-2015 de la Corte Suprema de fecha 21 de enero de 2016. En este fallo la Corte Suprema conoce la apelación de una sentencia de recurso de protección, interpuesto por el Mayor (I) de Carabineros Aldo Graziani en contra del diario El Mercurio

en base a una publicación efectuada el día 14 de agosto de 2014, a través del medio de comunicación EMOL.COM, dependiente de “El Mercurio” en la cual se indica que “el Ministro en visita Sergio Muñoz, sometió a proceso al Mayor (I) de Carabineros Aldo Graziani, como presunto autor del delito de abusos sexuales contra menores (...) Graziani se desempeñó como Jefe de Contabilidad del Hospital de Carabineros hasta el año 1999 y en la 34ava. Comisaria de Menores”.

Dicha publicación periodística, sostiene el actor, implica una vulneración de sus garantías constitucionales, puesto que no le ha permitido su reinserción en la vida social en paz, al resultar estigmatizado con la información, afectando con ello no sólo a su persona, sino que también a toda su familia.

En este contexto, el recurrente señala como garantías infringidas las contenidas en la Constitución Política de la República, en particular la del N° 1 del artículo 19, por cuanto existiría a su juicio una afectación a su integridad física y síquica, ya que al mantenerse vigente la referida noticia generaría graves consecuencias psicológicas, y N° 4 del artículo 19 del mismo texto constitucional, en lo que dice relación con la protección a la vida privada de él y su núcleo familiar, por mantener en Internet una publicación por más de diez años de ocurridos los hechos, y finalmente contiene una afirmación falsa, al sostener que mantenía contacto con menores de una Unidad de Carabineros, cuando prestaba servicios en un departamento distinto de dicha institución policial.

Por su parte, el recurrido indica que no resulta posible eliminar esa información, ya que, de hacerlo sin causa justificada, se estaría contrariando la libertad de información, base del ejercicio del periodismo. Además, el ejercicio de la libertad de expresión en forma legítima mediante la publicación oportuna de hechos reales, constituye un derecho amparado en el artículo 19 N° 12 de la Constitución, por lo que en este caso no puede existir una afectación ilegal o arbitraria de los derechos del recurrente. Expone, además, que la Ley de Prensa contempla procedimientos especiales para conocer de los hechos denunciados, como lo son el de aclaración o rectificación, y que para la eliminación de una noticia se necesitan antecedentes que justifiquen dicha medida, como en este caso una certificación de absolución o sobreseimiento, o la modificación de antecedentes efectuada conforme a la ley.

Ante estos argumentos la Corte analiza si en nuestro ordenamiento jurídico tiene cabida el derecho al olvido y en este caso con afectación de una garantía constitucional. Señala que el derecho al olvido se refiere sustancialmente a que una persona pueda aspirar a la eliminación de una información desfavorable sobre sí misma que le provoque perjuicios actuales y que se contenga en los sistemas informáticos disponibles, y ello por una razón plausible. En este caso se invoca, como se advierte, la antigüedad de la noticia; y como perjuicio actual, el menoscabo sobre todo síquico y laboral, tanto para sí como para una familia única y de apellido estigmatizable. Si bien en nuestro ordenamiento jurídico nacional no existe, por ahora, una solución legislativa expresa sobre este tema, aunque no resulta difícil advertir en él su compromiso con la protección del honor, la dignidad y vida privada de las personas. Advierte también que sistemáticamente ha venido recogiendo la tendencia mundial de reconocer el derecho al olvido respecto de conductas reprochables de las personas –sean éstas penales, civiles o comerciales- después de un lapso de un tiempo, como una forma de reintegrarlas al quehacer social.

Funda, entre otros instrumentos internacionales, la Propuesta de Reglamento General de Protección de Datos Personales (2012) de la Comisión Europea, se indica que el “derecho al olvido” –en verdad derecho a la cancelación, rectificación u oposición respecto de la utilización informática de un dato personal- está intrínsecamente vinculado a su utilización, en términos que si en un momento fue legítima, luego del transcurso de un tiempo determinado ha dejado de serlo; y cuyo efecto ineludible a su expiración es que debe ser borrado. Su objetivo, por lo tanto, no es otro que evitar la diseminación de información personal pasada que, habiendo dejado de cumplir su finalidad, es capaz de producir un daño en la persona.

El fallo agrega que la jurisprudencia, principalmente extranjera ya ha desarrollado una serie de criterios importantes, que la legislación de los países ha consagrado, para resolver algunos de estos conflictos. En el 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). En definitivas cuentas, no se trata de que la información personal –como de la que se trata en el presente caso- sea eliminada de todo tipo de registro, sino que el acceso a la misma debe ser circunscrita a las fuentes oficiales de la información, de manera que puedan ser siempre consultadas por quien tenga un interés real en conocerla y con alguna finalidad específica -de investigación, por ejemplo-. El lapso de más de diez años transcurridos desde la fecha de la noticia –período suficiente para la prescripción penal de la mayoría de los delitos más graves- resulta más que suficiente para resolver provisoriamente y en cautela de las garantías constitucionales antes mencionadas, que debe procurarse el “olvido” informático de los registros de dicha noticia. Por este motivo la Corte revoca la sentencia apelada y acoge el recurso de protección, ordenando al recurrido a eliminar el registro informático de la noticia que afecta negativamente al recurrente, dentro del plazo de tres días.

Este fallo contiene un voto de minoría de la Ministra señora Sandoval que no podemos dejar de considerar. Al analizar los hechos que fundan el recurso de protección la Ministra destaca que la aludida noticia se enmarca en el contexto del caso Spiniak por el que fue sometido a proceso, no habiéndose acreditado por ningún medio de prueba legal la situación procesal vigente del recurrente que permita modificar las circunstancias actuales. Que en la causa se acreditó que el recurrente terminó de cumplir su condena de 541 días como autor del delito de abuso sexual, cuestión que terminó de cumplir el día 19 de junio de 2013.

Que el recurrente pide la eliminación de la noticia por la circunstancia de haber transcurrido más de diez años desde su publicación, por considerar que ello atenta a su derecho a la reinserción social y a la honra y privacidad de su familia o si debe analizarse, para tomar tal decisión, que los derechos del recurrente deben sopesarse con los de la libertad de información, teniendo presente al efecto que el recurrente habría sido condenado el año 2011, que terminó de cumplir su pena el año 2013, que el delito por el que fue condenado es de alta connotación social y que la noticia publicada cuya eliminación se solicita da cuenta de un hecho que consta en un expediente que es público.

El derecho al olvido en los casos en que éste es aplicado “entra en conflicto con el derecho a la información; el tiempo es el criterio para resolver el conflicto. El derecho al olvido debe dar prioridad a las exigencias del derecho a la información cuando los hechos que se revelan presentan un interés específico para su divulgación. Pero con el transcurso del tiempo, cuando ya no se trata de una cuestión de actualidad o noticiable, y siempre y cuando ya no exista una razón que justifique una nueva divulgación de la información como noticia, el derecho al olvido anula el derecho a la información. Por lo tanto, el valor informativo de un caso inclina la balanza a favor del derecho a difundir a costa del derecho al olvido. Y en cuanto deja de tener valor como noticia, la balanza se inclina en la otra dirección.

Se pueden admitir dos excepciones. Esto significa que el derecho a la información anulará el derecho al olvido a pesar del tiempo transcurrido:

- para los hechos relacionados con la historia o cuando se trate de un tema de interés histórico y;
- para los hechos vinculados al ejercicio de la actividad pública por parte de una figura pública.

Que cabe incluir en el análisis el interés público del hecho noticioso. En este caso guarda relación con el delito de abuso sexual de menores, y que, al ser un delito de esa índole, no es posible poner en duda el carácter de interés público que esta noticia posee.

Por tanto, concluye la Ministra disidente, no es procedente otorgar la cautela a las garantías constitucionales solicitadas por el recurrente de protección, con base en el fundamento esgrimido en el recurso planteado, de aplicar en la especie el derecho al olvido, por cuanto, en el evento de considerarse éste procedente en un delito de abusos sexuales, el tiempo transcurrido no justifica la aplicación del mismo, y, en consecuencia, es de la opinión de confirmar la sentencia apelada y rechazar el recurso de protección.

Del análisis de lo preceptuado podemos concluir que la Corte Suprema establece que, si bien el derecho al olvido tiene una existencia doctrinaria y jurisprudencial, especialmente en el extranjero, en Chile se reconoce por la aplicación de la protección del honor, la dignidad y vida privada de las personas, sin hacer expresa mención a la ley sobre

datos personales. En relación a la ponderación entre el derecho al olvido del pasado judicial y el derecho de acceso a la información, el factor tiempo se ha usado como un criterio decisivo. Señala el voto mayoritario “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.” En este sentido, el voto mayoritario vincula el “interés periodístico” con la proximidad del hecho noticioso, criterio que no compartimos pues una noticia puede mantener su carácter de interés periodístico según su connotación o su gravedad o en la forma en que afecta o impacta a cierta comunidad, según sus especiales características, por lo que la actualidad e inmediatez del hecho noticioso no es el único criterio que determina su interés periodístico. Dicho de otra forma, señalar que solo el grado de proximidad constituye interés periodístico es mirar en forma parcial el interés mediático de un hecho noticioso. Más bien nos inclinamos por el razonamiento del voto disidente en el sentido, en el que considera la proximidad del suceso noticioso, “, y siempre y cuando ya no exista una razón que justifique una nueva divulgación de la información como noticia, el derecho al olvido anula el derecho a la información. Por lo tanto, el valor informativo de un caso inclina la balanza a favor del derecho a difundir a costa del derecho al olvido.” Y es, a nuestro juicio, la complejidad del caso; el determinar el “valor informativo” de un hecho noticioso y cómo repercute en la comunidad. En este sentido, compartimos también el razonamiento del voto disidente que considera dos aspectos relevantes, el transcurso del tiempo: que desde el año 2013 y el año 2016 sólo han transcurrido 3 años, y la connotación del delito: abuso sexual contra menores de edad, motivos que inclinan la balanza por el derecho a la información.

CONCLUSIONES

El derecho a la imagen propia se ha reconocido de manera sostenida y creciente, tanto a nivel nacional como en derecho comparado, teniendo distintas formas de manifestación pues, por un lado, en España se reconoce expresamente este derecho en la Constitución Española, mientras que, en Chile, se desprende de la aplicación de los derechos constitucionales de vida privada, honra, y otros derechos legales como el que deriva de la protección de los datos de carácter personal. Asimismo, este derecho ha sido interpretado de distinta naturaleza o atributos, como derecho de la personalidad, al ser una manifestación de un derecho personalísimo como atributo de la personalidad, con carácter comercial, o considerándolo como un derecho de propiedad sobre el cual la persona tiene derecho a decidir sobre el uso de su propia imagen y a excluir a terceros de su uso y goce, etc.

Como el derecho a la imagen propia se vincula con la información que se ventila sobre una persona se produce un conflicto en la aplicación de distintos derechos fundamentales, como lo son, el derecho a la libertad de expresión, derecho al acceso a la información, versus derecho a la vida privada y honra. Ante esta colisión de derechos los tribunales deben realizar una ponderación de derechos atendiendo a las especiales circunstancias del caso, sobre las cuales hemos visto que priman criterios sobre como el interés público sobre la información, las características de la persona sobre la cual se habla como es el caso de un personaje público, determinando la necesidad de mantener la información disponible al público hasta que pierda el interés, ya sea por el paso del tiempo o por la desactualización de la información.

Esta problemática ha ido en aumento en los últimos años, especialmente por la irrupción de las redes sociales, en donde existen límites a las expresiones de los usuarios y a la información que comparten pues las plataformas poseen normas de privacidad y reglas de uso de la comunidad, las cuales deben ser aceptadas por el usuario. Es en base a estas condiciones que podemos conocer lo que se puede o no hacer con la información que el usuario dispone al resto de la comunidad como terceros ajenos a la comunidad y también como miembros de ella.

Finalmente, hemos estudiado diversos mecanismos de defensa frente a trasgresiones a la imagen propia, siendo el más novedoso la doctrina sobre el derecho al olvido en el ámbito digital. Así, analizamos fallos emblemáticos donde se recoge esta doctrina y un fallo de la Corte Suprema de Chile que la consagra en nuestro país. A esto debemos agregar que la Ley de Protección de Datos Personales provee de derechos para que los aludidos puedan solicitar la eliminación y/o actualización de la información cuando ésta tenga el carácter de dato personal, que si bien es cierto no tiene rango constitucional, la jurisprudencia le ha otorgado preponderancia por vincularse a los derechos de vida privada y honra, los cuales sí tienen consagración constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

ALEGRE Martínez, Miguel Ángel. El derecho a la propia imagen. Ed. Tecnos, Madrid, España. 1997

ANARTE Borrallo, Enrique. “Sobre los límites de la protección penal de datos personales” Derecho y conocimiento, vol. 2, pp. 225-254, ISSN 1578-8202. Facultad de Derecho. Universidad de Huelva.

ANGUITA Ramírez, Pedro. “La protección civil del derecho a la propia imagen, honra y vida privada ante la jurisprudencia. Obstáculos normativos para una reparación adecuada” en Colección de Derecho Privado, julio de 2007.

ANGUITA Ramírez, Pedro: “Jurisprudencia Constitucional Sobre El Derecho a la Propia Imagen y a la Vida Privada En Chile (1981-2004): Un Intento De Sistematización.” En “Libertad de expresión en Chile” Santiago, Chile: Eds. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2006.

E. BENDA, W. MAIHOFFER, H.J., VOGEL, K. HESSE, W, HEYDE “Manual de Derecho Constitucional” Segunda Edición, Ed. M. Pons, 2001.

BONILLA Marcelo, Gilles Cliche, “Impacto de las nuevas tecnologías de comunicación e información sobre los derechos de intimidad y privacidad”, en Internet y sociedad en América Latina y el Caribe, investigaciones para sustentar el dialogo.

CERDA Silva, Alberto “Algunas consideraciones sobre los códigos de conducta en la protección de los datos personales” Revista Chilena de Derecho Informático, N°8, año 2006.

CONTRERAS Navidad, Salvador. “La Protección del Honor, la Intimidad y la Propia Imagen en Internet”. Ed. Aranzadi, 2012.

HERAS Hernández, María Del Mar: “Internet y el derecho al honor de los menores” Revista Del Instituto De Ciencias Jurídicas De Puebla, México, ISSN: 1870-2147. Año Vi No. 29, Enero-Junio De 2012.

JERVIS Ortiz, Paula. “Modelo de propuesta regulatoria al mercado de datos personales.” Revista Chilena de Derecho Informático, N°8, año 2006.

LARRAIN Páez, Cristián Andrés. “Algunas cuestiones relevantes sobre el derecho al honor y la responsabilidad civil en particular, sobre el daño moral, el artículo 2331 del código civil, y la legitimación activa” Revista Chilena de Derecho Privado, N° 17 diciembre 2011.

CRESPO, Karina; ELGUETA Ruiz, Álvaro; RIFFO Parra, Alejandro. “Motivación, consumo y apreciaciones de Facebook por parte de jóvenes universitarios: el caso de la red UCSC Chile”.

NOGUEIRA Alcalá, Humberto “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito Fundamentación y caracterización.” Revista Ius et Praxis - año 13 - N° 2

PASCUAL Medrano, Amelia. “El derecho fundamental a la propia imagen”. Ed Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003. pp. 81-82

PAUL Díaz, Álvaro “La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada” Revista Chilena de Derecho, vol. 38 N° 2.

PEÑA Atero, José Ignacio, “La Protección del Derecho a la Propia Imagen”, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, Volumen 64, 2002. p. 301. ANGUIITA RAMIREZ, PEDRO: “Jurisprudencia Constitucional Sobre El Derecho A La Propia Imagen y a la Vida

Privada En Chile (1981-2004): Un Intento De Sistematización.” En “Libertad de expresión en Chile” Santiago, Chile: Eds. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2006.

PEÑA González, Carlos, El Derecho Civil en su relación con el Derecho Internacional de Derechos Humanos, en Sistema Jurídico y Derechos Humanos, Cuadernos de Análisis Jurídico Nº 6, serie publicaciones especiales, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, septiembre de 1996

REBOLLO Delgado, Lucrecio. “El Derecho Fundamental a la Intimidad” Editorial Dykinson, S.L., 2000.

SALGADO Seguin, Víctor. “Intimidad, privacidad y honor en Internet”, Revista número 85 - Octubre - Diciembre 2010, Revista Fundación Telefónica, España.

CASTELLANO Piere, Simon. “El régimen constitucional del derecho al olvido digital”. Agencia Española de Protección de Datos. Valencia, 2012.

TORRES Vargas, Georgina Araceli: “El uso del término redes sociales y algunas confusiones”, Investigación bibliotecológica, Vol. 22, Núm. 45, mayo/agosto, 2008, México, ISSN: 0187-358X.

VALENZUELA, María Gabriela “Sobre el control preventivo de la difamación. Comentario a la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en el caso Jorge Abbott Charme con Google.cl y otras páginas de Internet.” 30 de enero de 2013. Texto disponible en <http://www.derecho.uchile.cl/noticias/88836/sobre-el-control-preventivo-de-la-difamacion>.

Sitios Web

Recurso en línea. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/83/exegesis-del-derecho-a-la-propia-imagen.pdf> Última visita 30 de junio de 2017.

Recurso en línea. Disponible en: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-12/cp140175es.pdf> Última visita 30 de junio de 2017.

Recurso en línea. Disponible en: <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/pp03.pdf> Última visita 30 de junio de 2017.

Recurso en línea. Disponible en <http://www.derecho.uchile.cl/noticias/88836/sobre-el-control-preventivo-de-la-difamacion>. Última visita 30 de junio de 2017.

Recurso en línea. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722016000100004 Última visita 02 de noviembre de 2017.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana De Derechos Humanos Libertad de Expresión e Internet (2013). Recurso en línea disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_WEB.pdf. Última visita 30 de junio de 2017

OEA Organización de Estados Americanos. Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet. Recurso disponible en línea:

<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849> Última visita 30 de junio de 2017.

Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación. Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online. Febrero de 2009. Recurso en línea disponible en: <http://www.uv.es/limprot/boletin9/inteco.pdf> Última visita 30 de junio de 2017.

Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet. ONG Derechos Digitales. Autores Francisco Vera y Juan Carlos Lara. Recurso en línea disponible en: <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/pp03.pdf>

TecCom Studies. Recurso disponible en línea en: <http://www.teccomstudies.com/numeros/revista-1/136-las-redes-sociales-una-aproximacion-conceptual-y-una-reflexion-teorica-sobre-los-posibles-usos-y-gratificaciones-de-este-fenomeno-digital-de-masas?start=6> Última visita 30 de junio de 2017.

Recurso en línea disponible en: <https://es.wikipedia.org/wiki/Instagram> Última visita 30 de junio de 2017.

Recurso en línea disponible en: http://www.elconfidencial.com/tecnologia/2016-05-10/findface-caras-reconocimiento-facial_1197377/ Última visita 30 de junio de 2017.