



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

**LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD FRENTE A LA RED INTERNET:
PERSPECTIVAS INTERNACIONALES Y SITUACIÓN EN CHILE.**

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales.

IGNACIO ESTEBAN SAAVEDRA OLGUÍN

PROFESOR GUÍA: DAVID IBACETA MEDINA

SANTIAGO, 2016

Contenidos

Resumen.....	1
Introducción.....	2
Capítulo I: Intimidad, evolución conceptual y doctrinal.....	3
1.1. Fundamentos para el reconocimiento y protección de la intimidad o vida privada	4
1.1.1 Visión fundada en la propiedad	4
1.1.2 Visión Liberal.....	5
1.1.3 Concepción Marxista.....	6
1.1.4 Concepción Feminista	7
1.1.5 Concepción Económica	8
1.1.6 Concepción de la dignidad humana	9
1.1.7 Concepción antropológica	10
1.2 Hacia un concepto de derecho a la intimidad	10
1.2.1 Concepto de la Real Academia Española	10
1.2.2 Teorías Subjetivas	11
1.2.3 Teorías Objetivas.....	13
1.2.4 Teoría de limitaciones de vida	14
1.2.5 Teorías Negativas	15
1.2.6 Elaboración conceptual	15
1.3 Referencias históricas a la protección constitucional de la intimidad	17
1.3.1 Estados Unidos.....	17
1.3.2 Estados Europeos	18
1.3.3 Chile	19
1.4 Ámbito de protección de la intimidad en Chile	20
1.4.1 Ámbito de protección de acuerdo a la interpretación que del artículo 19 N° 4 de la Constitución Política, ha hecho el Tribunal Constitucional	20
1.4.2 Ámbito de protección propiamente tal.....	21
1.4.3. Delimitación respecto a otros derechos	22
1.4.3.1 Intimidad y honor	22
1.4.3.2 Intimidad e imagen	23

1.5	Conclusiones del capítulo.....	24
	Capítulo II: La intimidad en la sociedad actual, visión del derecho comparado.....	25
2.1	Realidad tecnológica	25
2.1.1	¿Qué es Internet?.....	25
2.1.2	Evolución de Internet	26
2.1.3	Promoción positiva de la red	27
2.1.4	Aspectos negativos de la red: peligro a la intimidad.....	28
2.2	Especificación de la intimidad ante la red	29
2.2.1	Protección de datos personales	30
2.2.1.1.	Origen de la protección de datos de carácter personal	30
2.2.1.2	Vinculación de la protección de datos personales con la intimidad	32
2.2.2	Derecho al olvido	33
2.2.2.1	Antecedentes del derecho al olvido	34
2.2.2.2	Justificación doctrinal del derecho al olvido.....	35
2.2.2.3	Derecho al olvido y su relación con la intimidad.....	36
2.2.2.4	Derecho al olvido y protección de datos personales	37
2.2.2.5	Límites al derecho al olvido.....	38
2.3	Soluciones del Derecho Comparado.....	39
2.3.1	Justificación Constitucional del derecho al olvido.....	39
2.3.1.1.	Tutela del derecho al olvido	42
2.3.2	El problema de acceso a datos personales a través de las sentencias judiciales	44
2.3.3.	El consentimiento informado en la red	46
2.3.4.	El problema de los Cookies	48
2.3.5.	Los buscadores de internet	50
2.4	Conclusiones del capítulo.....	53
	Capítulo III: La intimidad y las nuevas tecnologías en Chile.	55
3.1	El Derecho de Protección de Datos en el Derecho Chileno	55
3.1.1	Derecho de Protección de Datos como problema constitucional	55
3.1.2	Modelo de garantía de Ley Protección de Datos Personales.....	56
3.1.3	Problemas del sistema chileno.....	58
3.2	Derecho al olvido en Chile	59
3.2.1.	Construcción constitucional del derecho al olvido en Chile	59

3.2.1.1. La Dignidad Humana.....	61
3.2.1.2 El sistema democrático	62
3.2.1.3 Derecho a la intimidad.....	63
3.2.1.4 Consideración final respecto a la construcción Constitucional	64
3.2.2. El legislador chileno y el Derecho al Olvido	65
3.2.2.1 Boletín 8.208-07.....	65
3.2.2.2. Boletín 9.388-03	65
3.3. La regulación chilena ante las problemáticas de las nuevas tecnologías.....	66
3.3.1 La acción de protección.....	66
3.3.2 Acciones civiles.....	67
3.4 Desafíos en la legislación Chilena.....	69
3.4.1 Manifestación de protección de datos personales por Órganos del Estado	70
3.4.2 Instituciones a considerar en la regulación	71
Conclusiones	72
Bibliografía	75

Resumen.

La presente memoria trata respecto a la evolución del derecho a la intimidad en Chile y el derecho comparado.

En primer acápite, se toma en consideración tanto los fundamentos filosóficos del derecho a la intimidad como el desarrollo de un concepto por parte de la legislación tanto nacional como extranjera, y su relación con otros derechos fundamentales.

En segundo término se analiza la evolución de la sociedad y de la información, por lo que se observa cómo se protege y promueve la intimidad ante el desafío de las nuevas tecnologías, y su contextualización ante la red internet. Esto permite analizar la evolución del derecho a la intimidad, en relación a su especificación como derecho a la protección de datos personales, y observar la contextualización del derecho al olvido por la doctrina y jurisprudencia comparada, en especial por la labor ejercida por el Tribunal Europeo y la Agencia de Protección de Datos Personales de España, además de analizar límites que el legislador debe considerar al momento de regular esta nueva institución.

Por último, se procede a observar estado actual de legislación Chilena en asunto, y la posible construcción del derecho al olvido como medio de protección de la intimidad con las normas actuales de constitución política, y primeras respuestas del legislador ante esta materia reciente.

Introducción

A través de la presente memoria se pretende analizar el derecho a la intimidad y cómo se desenvuelve este dentro de una sociedad moderna, en el cual la tecnología conlleva la existencia de nuevos riesgos.

A objeto de efectuar este desafío, en primer término se hace necesario efectuar un análisis sobre los orígenes del derecho a la intimidad, y con ello las concepciones filosóficas que sustentan este derecho fundamental, a objeto de poder desarrollar un concepto de esta, para así comprender la dimensión actual del derecho fundamental.

De igual forma analizar cuál es el contenido ius fundamental del derecho a la intimidad, y cómo la jurisprudencia ha configurado este derecho y cierta relación que tiene con otros derechos fundamentales.

Efectuado lo mencionado, se pretende en segundo término describir la realidad tecnológica actual, y los principales problemas que genera para el derecho a la intimidad. Esto con el objeto de visualizar y determinar la especificación del derecho a la intimidad frente a las nuevas tecnologías, principalmente la red internet, y en la concreción de los derechos a la protección de datos personales y el derecho al olvido, y comprender el contenido de estos.

Más tarde se analizara cómo la legislación y jurisprudencia comparada (España y Organismos Europeos) confrontan algunos de los problemas derivados de las nuevas tecnologías, a objeto de tener un parámetro con el cual comparar la situación actual de nuestro país con otros donde habría un mayor desarrollo.

Por último, se pretende analizar cómo en nuestra legislación se incorpora el derecho de protección de datos personales, su situación actual como un tema de carácter constitucional y cómo el legislador está afrontando el asunto; así como el derecho al olvido podría incorporarse en nuestro sistema jurídico constitucional. Para analizar finalmente, algunos problemas derivados de las nuevas tecnologías, cómo los solucionaría la legislación, y algunas consideraciones que el legislador debiese prever en un futuro.

Capítulo I: Intimidad, evolución conceptual y doctrinal

“Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign”.

(Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano)

John Stuart Mill¹

La intimidad es un derecho de permanente discusión doctrinaria en las sociedades modernas, sin perjuicio de ello el debate respecto a sus fundamentos y a su concepto, entre otros aspectos, es de gran riqueza, más aún en una sociedad en que el desarrollo tecnológico avanza día a día y con ello aumentan posibles hipótesis de vulneración de este derecho.

En nuestro derecho, la intimidad se encuentra consagrada, en primer término, a nivel constitucional, en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la Republica, en adelante e indistintamente CPR, el cual nos indica:

“Artículo 19: La constitución asegura a todas las personas:

El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia” (énfasis agregado).

De igual forma la CPR en virtud del artículo 5°, incorpora como normas protectoras de la vida privada los tratados internacionales ratificados por Chile y coloca como límite al ejercicio de la soberanía, aquellos derechos fundamentales establecidos en los instrumentos internacionales, como acontece con la Convención Interamericana de Derechos Humanos (artículo 11) y el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles (artículo 17).

Sin perjuicio de su consagración normativa, ella no es suficiente para comprender la magnitud de este derecho, por ello a lo largo de este capítulo se pretende desarrollar aquellos fundamentos filosóficos claves, que sustentarían la existencia de este derecho, así como la delimitación de un concepto, y por último una breve reseña histórica de su protección en nuestra legislación.

Como consideración previa, en este trabajo hablaremos de privacidad, vida privada o intimidad, como cuestiones sinónimas, a pesar de que cierta doctrina intenta efectuar diferenciaciones, que a mi parecer carecen de relevancia para estudiar el fin del derecho.

¹MILL, J.S. 1859. Sobre la libertad. Madrid, Alianza Editorial, trad. Pablo Azcárate (1997). 68p.

1.1. Fundamentos para el reconocimiento y protección de la intimidad o vida privada

En esta parte del capítulo procederemos a efectuar una breve síntesis respecto a las doctrinas filosóficas que sustentan un reconocimiento y posterior protección del derecho a la intimidad. Es necesario efectuar este análisis, para comprender los focos a que debiese apuntar la protección actual del derecho, y criterios que debiesen considerar los diversos operadores jurídicos al momento de posibles intromisiones del mismo.

Dentro de las doctrinas filosóficas que pueden explicar el derecho de intimidad encontramos:

1.1.1 Visión fundada en la propiedad

Quienes fundamentan la intimidad en la propiedad, recurren a LOCKE, para el cual todos los derechos de un sistema jurídico tienen su origen en el derecho de propiedad, medida sustentada en que el trabajo es fuente de la riqueza, a tal punto que nos indica:

“aunque las cosas de la naturaleza son dadas en común, el hombre, el ser dueño de sí mismo y propietario de sus persona y de las acciones y trabajos de esta, tiene en sí mismo el gran fundamento de la propiedad”².

Esta doctrina tuvo sustento dentro de una sociedad en que aún no se masificaban los medios de comunicación, y en las cuales aún no había un desarrollo de respeto y protección del derecho a la intimidad en las hipótesis de hecho que pueden presentarse en nuestro días, y más bien apuntaba aspectos restringidos, y en las cuales el agente vulnerador era el Estado. Esta concepción de acuerdo a ZAGREBELSKY se sustentaba en *“la existencia de una sociedad burguesa, y por tanto los derechos debían ordenarse, en consecuencia, en función de sus necesidades, concebidos como derechos- autonomía, vinculados al patrimonio y escasa posibilidad de interferencia”³*, por parte del aparataje estatal.

A consecuencia de este entender, un concepto de intimidad ni siquiera se pensó, y más bien se intenta dilucidar su protección, por el reconocimiento que se efectuaba en la época de derechos como la inviolabilidad de domicilio y correspondencia, cuestión que solamente se vinculan con aspectos materiales del derecho, y no manifestaciones internas, las cuales a la época y de acuerdo a las complejidades de la sociedad podían resguardarse con la invocación de la propiedad. PEREZ LUÑO señala que en esta concepción *“la continuidad entre privacy y*

²LOCKE, John. 1689. Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Madrid, Alianza Editorial, Trad. C. Mellizo (1994). 134 p.

³En SÚAREZ, Cristián. 2000. El concepto de derecho a la vida privada en el derecho Anglosajón y Europeo. Revista de Derecho (Valdivia) Volumen XI: 103-120 pp.

*property no es puramente jurídico formal, sino que la propiedad es la condición para acceder a la intimidad*⁴.

Esta doctrina, debe ser abandonada por dos motivos principales:

- 1- El derecho de intimidad es más amplio que solo el ámbito territorial de un sujeto, sino que como veremos a lo largo de este capítulo, esta comprende aspectos de decisión del sujeto y de información que no desea que se conozcan, es decir a un foro interno de este. De igual forma esta tesis, es obsoleta, por solo enfocarse en la existencia de una relación del sujeto con un Estado invasor, pues bien, hoy la vulneración puede ser de agentes particulares igualmente relevantes.
- 2- A opinión de este autor, jamás la propiedad puede ser la medida y fundamento de un derecho, por 2 consideraciones: I) la propiedad ha sido utilizada como un elemento para la disgregación de la sociedad, cuestión que soslaya la crítica marxista; y II) desde un punto de vista jurídico, reconociendo a la propiedad un ámbito amplio de protección (cuestión que efectúa la Constitución chilena al reconocer, en su artículo 19 N° 24, la propiedad sobre todas las cosas corporales e incorporales), pueden fundamentarse pretensiones que no tienen cabida para la protección por parte de un Estado.

1.1.2 Visión Liberal

Sustentada por MILL, es una doctrina que se funda en la primacía de los intereses individuales por sobre las pretensiones colectivas, es decir hay una visión individualista del asunto, y en la cual está presente la idea Kantiana de que el sujeto es un fin en sí mismo.

Esta idea filosófica, se cuestiona si la relación del individuo es solamente con el Estado, o si en ella intervienen otros entes y como estas relaciones interfieren en su libertad. Para Mill, la respuesta de esta interrogante lleva a indicar que es posible la existencia de una tiranía social, y que dicha *“tiranía ejerce una presión aún mayor que opresiones políticas, ya que si bien, de ordinario, no tiene a su servicio penas tan graves, deja menos medios de escapar a ella, pues penetra mucha más en los detalles de la vida y llega a encadenar el alma”*⁵, es decir la libertad del sujeto se ve cuestionada por la vida en sociedad, y que dicha vida puede ser más cruel que una sanción determinada, porque el sujeto puede ser coaccionado indirectamente por ella.

Ante esta situación, nos indica que la libertad es la protección que tiene el sujeto contra el poder de los Estados y contra aspiraciones sociales que *“tienden ahogar el desenvolvimiento, y si posible fuera, a impedir la formación de individuos originales y a obligar a todos los*

⁴PEREZ LUÑO, Antonio. 2005. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Editorial Tecnos. Madrid, España. 321 p.

⁵MILL, Óp. Cit., p. 62.

*caracteres a modelarse sobre el suyo propio*⁶, por tanto la libertad es la opción que tiene el sujeto para poder auto- determinarse.

MILL considera que para preponderar aún más su derecho de libertad, es necesaria de igual forma una amplia libertad de expresión, por las siguientes consideraciones que resume CORRAL:

- i) Para que se propaguen los pensamientos reales de los sujetos
- ii) Para que dichos pensamientos sean discutidos y contradichos, y se comprendan los fundamentos de ellos.
- iii) Permite el complemento de las diversas doctrinas que salen a la luz.⁷

Estas ideas, MILL las lleva un paso más allá, indicando “*de igual modo que es útil, en tanto la humanidad sea imperfecta, que existan diferentes opiniones, lo es que existan diferentes maneras de vivir*”⁸, dado que dicho individualismo puede servir de motivación a otros sujetos a como plantear sus modelos de vida, por tanto la libertad de cada sujeto actuando individualmente puede ser una medida para forma la libertad de otro, pero sin que ellas necesariamente se guíen a un fin común.

Esta noción liberal de la intimidad, nos indica igualmente que “*los sujetos no pueden intervenir en la esfera de un sujeto incluso en eventos que se dañen a sí mismo, y solo aquello sería posible en evento que se cause un perjuicio a los intereses de los demás, si esos intereses han sido declarados legalmente o tácitamente entendidos como derechos*”⁹, por tanto se ve al individuo que puede auto-determinarse a sí mismo sin considerar al resto de una sociedad, es por estos argumentos que se indica que esta doctrina generará un concepto de intimidad ligada a la noción de ser dejado solo.

1.1.3 Concepción Marxista

En primer lugar debemos indicar que la crítica de Marx apunta más bien a la noción de propiedad que a la de intimidad, la cual no alcanzó a conocer, sin perjuicio de ello es igualmente aplicable.

Esta crítica es de carácter amplio, y abarca la noción de los derechos humanos de los individuos, ante lo cual MARX señala “*ninguno de los llamados derechos humanos, va, por tanto, más allá del hombre egoísta, el hombre como medio de la sociedad burguesa, es decir del individuo replegado en sí mismo, en su interés privado y en su arbitrariedad privada y disociado de la comunidad*”¹⁰, de esta forma “*el derecho humano de la libertad no se basa en*

⁶Loc. Cit.

⁷CORRAL, Hernán. 2000. Configuración jurídica del derecho a la privacidad. I: origen, desarrollo y fundamentos. Revista Chilena de Derecho 27 (1): 51-79 pp.

⁸MILL, Op. Cit, p. 67.

⁹CORRAL, Op. Cit, p. 66.

¹⁰Ibid, p. 68.

*la unión de hombre con el hombre, sino, por el contrario, en la separación del hombre respecto al hombre. El derecho a esta disociación, el derecho del individuo delimitado, limitado a sí mismo*¹¹, por tanto los derechos humanos vienen de acuerdo a esta concepción a segregarse a encerrarse en sus ideas y vivir sin ser un sujeto social.

A perspectiva de este autor, la crítica que se efectúa a las doctrinas liberales es adecuada en el sentido de que éstas, por regla general olvidan la noción de un sujeto social que debe ser partícipe de la determinación de su Estado, pero es errada en el sentido que dicha noción no considera a lo menos la posibilidad de existencia de reserva en un sujeto, dinámica esencial para el entendimiento de sujetos diversos, aún en una sociedad de criterios colectivistas.

1.1.4 Concepción Feminista

La crítica feminista podemos graficarla a través de MACKINON, en la cual se sustenta que la distinción entre lo público y privado es una distinción para mantener la superioridad del hombre sobre la mujer.

Esta visión señala que el *“poder sobre la mujer esta afirmativamente materializada como derecho individuales en el orden jurídico, y que cuando el hombre pierde poder siente que pierde derechos. A menudo no se equivoca. Lo cual se ejemplificaría en el derecho a la privacidad, al definir el hogar y el sexo como presuntamente consensuales, y protege el uso de pornografía en el hogar”*¹². Para comprender mejor esta expresión, debemos indicar que se parte del supuesto que la vida pública, correspondiente a las decisiones del Estado, solamente incumbiría a los hombres dejando a las mujeres solamente como partícipes de la vida privada junto a la familia. Y que dentro de ese ámbito privado, habría una igualdad entre los sujetos partes, pero esa igualdad formal no sería tal, atendido a que el ámbito de protección de la intimidad de la época abarcaba situaciones en que existían abusos constantes de hombres sobre mujeres tales como violación marital o donde existía violencia de género, por ser la mujer utilizada para satisfacer supuestas necesidades masculinas (uso o participación en pornografía).

Sin perjuicio de estas críticas, que podrían ser apaciguadas en cierta medida por legislaciones actuales, hay autores feministas como JUDITH DECEW que no compartían del todo estas críticas, al entender que la intimidad es una herramienta para el mejor desarrollo de la mujer¹³.

A partir de los diversos antecedentes es que el feminismo, desea proponer una reforma de todas las instituciones a partir de la noción feminista. A juicio de este autor, es valorable del análisis feminista que haga constar las desigualdades que existen dentro de un mismo hogar en

¹¹Ibid, p. 69.

¹²MACKINNON, C. 1993. Hacia una teoría feminista del derecho. Revista Derecho y Humanidades, Año II: 155-168.

¹³CORRAL, Op. Cit, 70 p.

cuanto a protección de la intimidad, por lo que hace presente que en una concepción de intimidad debe existir tanto una protección de la libertad en consideración a todos los seres humanos, lo cual lo acerca a la igualdad.

1.1.5 Concepción Económica

Propuesta ideada por POSNER, y donde se considera que la eficiencia se consigue con la maximización de la riqueza, donde es de importancia considerar la producción de recursos al menor costo posible.

POSNER en su obra “*THE RIGHT PRIVACY*” plantea que existen dos bienes de consumo en juego, los cuales son la intimidad del sujeto y la curiosidad del resto, y que dicho juego encuentra justificación en la oportunidad de maximizar los beneficios por uno de los sujetos en la relación, como puede ocurrir por ejemplo en la relación entre un sujeto y un banco.

Nos indica que “*los economistas parten de la base de que el hecho de que una persona oculte información sobre sí misma obedece al deseo de inducir a otros a realizar transacciones personales o sociales ventajosas para ella. En consecuencia, esto es análogo a que un vendedor de bienes y servicios oculte información material. Del mismo modo que el engaño en los mercados económicos explícitos da lugar a costos de transacción elevados e impide que esos mercados funcionen en forma eficiente, el engaño en las relaciones personales (incluso en el empleo y en las demás relaciones comerciales que establecen las personas) disminuye la eficiencia de los mercados de trabajo, de matrimonio y otros de índole económica (no siempre explícitos)*”¹⁴.

De lo expuesto por POSNER, podemos deducir que la intimidad no es un bien que deba ser protegido extensivamente, y más bien en ocasiones podría actuar como una barrera de entrada tanto para la ejecución de un negocio como para el conocimiento real del sujeto que tenemos frente, por tanto habría que beneficiar a una sociedad en la cual se dé una mayor relevancia a la libertad de expresión, porque la protección de la intimidad puede ocasionar que existan asimetrías de información entre los sujetos, y con ello aumentar costos de transacción.

De acuerdo a CORRAL, podríamos entonces sintetizar la postura de POSNER en la existencia de un derecho de privacidad:

- I) Aportar protección a las empresas cuando estas desarrollan sus habilidades, lo cual en el mundo de hoy sería proteger el know-how.
- II) No conceder en general protección a las personas respecto a hechos como su mala salud, por tanto terminar con exclusividad de dicho conocimiento; salvo utilización de métodos excesivamente intrusivos.¹⁵

¹⁴POSNER, Richard. 1979. “Utilitarianism Economics, and Legal Theory”, Journal of Legal Studies. Estudios Públicos, traducido 1997, VIII (1): 207-257. Traducido al castellano por *Estudios Públicos*. Pag.250.

¹⁵CORRAL, Óp. Cit, 72 p.

Pues bien, esta doctrina tiene deficiencias, atendido a que no es apta para comprender la intimidad a cabalidad, y porque la limita en su esfera de protección frente a situaciones intrusivas que solamente tendrán efectos en el mercado, por tanto desde un punto de vista jurídico olvida que es un derecho de la personalidad, es decir inherente al ser humano por el solo hecho de serlo, y por el cual no solo se busca proteger resultados económicos. A pesar de lo indicado, sin duda que el análisis económico puede ser un elemento para valorar en un caso concreto si existe vulneración de la intimidad.

1.1.6 Concepción de la dignidad humana

Esta concepción desea fundamentar la construcción de los derechos fundamentales, y es una noción que encuentra su acogida por la consagración en diversas cartas internacionales.

Pero para fundamentarse se hace necesario efectuar un concepto de dignidad humana, el cual a primera vista es un concepto impreciso y general. ALDUNATE, indica que un concepto de dignidad a lo menos debiese englobar los siguientes elementos:

- a- Un primer elemento es la noción de individuo, que incluye la diversidad de uno y otro individuo del género humano, lo que lo hace insustituible, y en la cual sería aplicable la frase de KANT: aquello que no tiene precio, porque se encuentra sobre todo precio, y no tiene equivalente, eso es dignidad.
- b- Un segundo elemento presente es la existencia de las facultades inherentes del ser humano, vinculadas a las posibilidades de desarrollo individual, en especial su racionalidad y libertad para determinar su actuar y orientación ética.
- c- Por último este término se entiende predicado de un individuo a otro¹⁶, y desde un punto de vista ontológico implica que al referirse a dignidad humana, no se admite en ningún caso, superioridad de un ser humano sobre otro, sino de todo ser humano sobre los demás seres que carezcan de razón.¹⁷

De acuerdo a estas características descritas, se indica que la intimidad se fundamenta en la dignidad, porque el sujeto tiene que ser un fin para sí mismo, y no un medio para la realización de aspiraciones ajenas.

Si bien, es una doctrina plausible, puede ser criticada por los siguientes aspectos:

- a. Al ser un concepto amplio, puede interpretarse en diversos sentidos y no necesariamente llevará a un concepto que englobe la vida en sociedad.
- b. Los elementos que engloban a lo menos el concepto de dignidad, pueden interpretarse desde un punto de vista liberal, y llevar a la noción de un sujeto egoísta.

¹⁶ALDUNATE, Eduardo. 2008. Derechos Fundamentales. Santiago, Legal Publishing. 98-99 pp.

¹⁷APARISI, Ángela. 2013. El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global. Cuadernos de Bioética XXIV (2): pp. 201-221.

1.1.7 Concepción antropológica

Esta noción igualmente parte de la noción de dignidad, pero le da contenido social, y entiende que estamos frente a sujetos sociales y no un ser solo en el mundo. Su análisis se fundamenta en SPAEMANN.

SPAEMANN, parte indicando que la noción del hombre como fin para sí mismo es errónea, y debe indicarse que los sujetos son un fin en sí, y lo cual se identifica con el cambio del paradigma Kantiano, al indicar “*obra de tal modo que no consideres nada en el mundo meramente como medio, sino siempre al mismo tiempo también como un fin*”¹⁸, por tanto ni siquiera existe la posibilidad que otro sea un medio y fin a la vez, sino que todos en nuestras relaciones somos fines en sí mismo, y con ello se encuentra con un sujeto capaz de relacionarse con los demás, y que a la vez tiene derechos y deberes frente a los demás, los cuales debe respetar, para que a él igualmente se le respeten.

Desde esta óptica, concordamos con CORRAL, en el hecho que como consecuencia de esta doctrina, “*la justificación de la protección de la vida privada, no radica en la necesidad de un sujeto que requiera vivir en soledad, sino que en un sujeto que necesita relacionarse con sus semejantes y requiere para desarrollar relaciones satisfactorias y vínculos auto-realizadores de un espacio en el cual no sufra ninguna interferencia*”¹⁹, para de esa forma ser parte de una sociedad y a la vez construirla, como entender que hay circunstancias en que por esa misma vida en sociedad no se puede justificar la protección de la vida privada.

1.2 Hacia un concepto de derecho a la intimidad

1.2.1 Concepto de la Real Academia Española

La Real Academia de la Lengua Española, ha definido intimidad como “*zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo especialmente de una familia*”²⁰. Este concepto incorpora la noción de reserva, la cual a pesar de su correcta inclusión, no es suficiente para graficar los diferentes elementos que deben entender la concreción del derecho.

En este sentido MEINS, ha indicado que tal concepto le parece incompleto, porque además del elemento confidencialidad o reserva, este debe incluir la idea de control que la propia persona ejerce respeto de su información.²¹ Desde otra perspectiva DESANTES en seminario “El derecho a la intimidad y a la vida privada y los medios de comunicación social”²², crítica

¹⁸SPAEMAN, Robert. 1988. Sobre el concepto de dignidad humana. Madrid, Ensayos de Antropología, trad. D. Innerarity y J. Olmo (1989).103p.

¹⁹CORRAL, Óp. Cit, 78 p.

²⁰Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Tercera Edición, Ed. Espasa Calpe S.A., Madrid, 2014.

²¹MEINS, Eduardo. 2000. Derecho a la intimidad y a la honra en Chile. Ius et Praxis Vol. 6 (1): pp. 303-319.

²²DESANTES, José.1991. El derecho fundamental a la intimidad. Estudios Públicos: pp. 267-288.

el concepto, indicando “*la reserva no es una nota o condición, sino una consecuencia de la intimidad, precisamente la cual es necesaria justificar*”²³.

Atendida la falta de precisión del concepto de la RAE, se ha intentado construir concepto a partir de otras áreas de las ciencias como la psicología, es así como ha definido la intimidad como el conjunto de contenidos psíquicos en tanto que percibidos como interiores²⁴, noción plausible al entender que estamos ante un concepto que mira la interioridad de los sujetos, pero insuficiente para aspirar a entender un contenido fundamental a proteger.

Desde ya debemos indicar que tanto definiciones de la Real Academia Española como la psicológica mencionada, si bien nos pueden aportar criterios, no son suficientes, porque estamos en un contexto jurídico, y debemos darle un contenido a intimidad de acuerdo a esta área del lenguaje. Es así como para adecuarse a esta necesidad han surgido teorías subjetivas, objetivas y la de las esferas.

1.2.2 Teorías Subjetivas

Estas teorías conceptualizan la intimidad a partir de una descripción insuficiente y con cierta arbitrariedad de los elementos que incluyen el derecho.

Entre las nociones subjetivas encontramos aquella que desea definirla a partir del derecho a ser dejado solo, cuestión que estaría en el trabajo de WARREN y BRANDEIS, “*The right of privacy*”, y que en Estados Unidos se habría manifestado por el juez Abe Portas al indicar que “*la vida privada, dicho simplemente, el derecho a ser dejado solo; a vivir la propia vida como uno elija, libre de asalto, intrusión o invasión, excepto aquellas que puedan justificarse por manifiestas necesidades de una comunidad que vive bajo un estado de derecho*”²⁵, es decir un derecho a vivir en anonimato si se decide.

Esta teoría tuvo acogida en el derecho anglosajón, francés, e italiano, y está ligada a la postura filosófica de MILL. En Chile PFEFFER, sería partidario de esta postura al definir intimidad como “*el derecho a poder estar solo si uno lo desea, a mantenerse apartado de la observación de los de más sin ser molestado, sin intromisiones en lo más personal de su vida*”²⁶.

Sin embargo, esta postura es criticada, por dos cuestiones principalmente:

- i) La vida privada hoy en día debe entenderse igualmente en conjunto con una noción de vida en sociedad;

²³Ibíd., p. 272.

²⁴Ibíd., p. 272.

²⁵CORRAL, Hernán. 2000. Configuración jurídica del derecho a la privacidad II: concepto y delimitación. Revista Chilena de Derecho 27 (2): 331-355.

²⁶PFEFFER, Emilio. 1997. Manual de Derecho Constitucional. Chile, Editorial Jurídica Ediar ConoSur, p. 386.

- ii) Existen situaciones en que se ve quebrantada la idea de ser dejado solo o no molestado, y no necesariamente lo podemos vincular con el derecho a la intimidad, por ejemplo, ser interrumpido mientras se efectúa una conversación en público, por lo cual el concepto se vuelve igualmente amplio.²⁷

Dentro de las nociones subjetivas del concepto de intimidad, se encuentra aquella que pretende definirla a partir de la idea del derecho a tomar decisiones personales (autonomía), que se gráfica en Estados Unidos en el caso Eisenstad (1972), el que expresamente indica “*si el derecho a la vida privada significa algo es el derecho de los individuos, solteros o casados a ser libres de injerencias gubernamentales injustificadas sobre materias que afectan tan fundamentalmente a las personas como la decisión de tener o no tener hijos*”²⁸ y que la encontramos de igual forma en el derecho francés, donde se define como “*el derecho del individuo a tener una esfera secreta de la vida que tenga el poder de alejar a los demás*”²⁹. Esta noción ha sido cuestionada por:

I) no aportar criterios cuando una decisión personal debe ser tomada libre de injerencias;

II) porque al decidir libremente hay un ejercicio de un derecho de libertad propiamente tal, más que de intimidad.³⁰

Otra noción subjetiva utilizada ha sido la de control de información personal, la que consiste en la idea de noción de información que cada cual se concierne, concepto que se acerca a la idea de DESANTES, al indicar que la intimidad es “*aquella zona espiritual del hombre que considera inespecífica, distinta a cualquier otra, independientemente de que lo sea; y, por tanto, exclusivamente suya que tan sólo él puede libremente revelar*”³¹ o al de FRIED, quien señala respecto a la intimidad como “*aquel aspecto del orden social por el cual las personas controlan el acceso a la información por sí mismo*”³². Atendido lo expuesto, es que podemos indicar que esta tesis estructura una idea de ámbito de control del sujeto, donde es éste el que establece el núcleo de su derecho a la intimidad, y por el cual se establece que el derecho a la intimidad “*lleva consigo el deber de respetar su propia intimidad. El deber de no convertirse en personaje a fuerza de estar siempre presente como objeto de información*”³³.

Esta tesis es la sostenida por la mayoría de la doctrina chilena, pero es criticable porque controlar la información y que esta no sea conocida por otro, no conlleva necesariamente un ámbito de privacidad, un ejemplo de ello puede ser que A tenga conocimiento de la existencia de una demanda contra B, interpuesta por C, y no desea revelárselo, es una muestra que el

²⁷CORRAL, Op. Cit, p. 332.

²⁸Loc. Cit.

²⁹SUAREZ, Op. Cit, p. 107.

³⁰CORRAL, Op. Cit., p. 333.

³¹DESANTES, Op. Cit, p. 285.

³²CORRAL, Op. Cit., p. 334.

³³DESANTES, Op. Cit., p. 287.

manejo de información que tenga un sujeto no es un argumento suficiente para establecer la existencia de privacidad.

Pues bien, estos conceptos han tenido influencia en el reconocimiento del derecho a la intimidad a partir de la Segunda Guerra Mundial, es así como la Asamblea Constitutiva del Consejo de Europa se basó en un concepto subjetivo para establecer el ámbito de resguardo de este derecho.

El problema que se puede manifestar en estas concepciones subjetivas del concepto, es que por regla general tienen un marco liberal- individualista y los elementos de sus definiciones son amplios, y por ello de difícil concreción, además que el ser marcadamente individualistas, no se justificarían casos en que por la protección de un bien jurídico superior pueda ser necesario vulnerar la intimidad.

1.2.3 Teorías Objetivas

Estas teorías buscan desentrañar el concepto de intimidad, a partir de la agrupación de hechos o circunstancias en diversas categorías, y en las cuales no hay consenso en las dimensiones que puede abarcar la intimidad.

Una de estas categorías es la cuatripartita de PROSSER, la cual fue desarrollada a partir de análisis jurisprudenciales, estableciendo que hay cuatro hipótesis de vulneración de la privacidad, estas son:

- i) Intrusión en el retiro o soledad de la víctima, o en sus asuntos privados. El cual se ejemplifica con el caso DE MAY vs. ROBERTS, en el cual un joven observa el parto de una mujer, y la lesión se justificaría por la existencia de un momento íntimo y especial.
- ii) Revelación pública de hechos embarazosos de la víctima, el cual se ejemplifica con caso MELVIN vs. REID, caso en el cual se revelan hechos pasados de la víctima afectando su círculo social actual.
- iii) Publicidad de la víctima que la coloca en una imagen falsa hacia los demás, entre los casos que se mencionan destaca PEAY vs. CURTIS PUBLISHING, donde se utiliza la imagen de un taxista para graficar los fraudes que estos efectuaban.
- iv) Apropiación, para provecho del demandado, de nombre o de la apariencia de la víctima.³⁴

Esta noción ha tenido buena acogida por ser descriptiva de las situaciones en que se vulneraría la intimidad. Ha sido criticada por BLOUSTEIN, quien señala que *“lo que distingue la invasión de la privacidad como un ilícito de otras formas de ilícitos es que*

³⁴CORRAL, Óp. Cit., pp. 337-339.

*aquella envuelve un insulto a la dignidad humana*³⁵, sin embargo ella no es tan plausible en sentido que PROSSER nunca intento desarrollar un concepto inequívoco, y más bien efectuó un análisis de la jurisprudencia a su época.

Otra forma de describir la intimidad es a partir de la noción tripartita, la cual indica que la privacidad la componen diversas esferas, las que serían:

- i) *“Informational privacy*: control de información sobre sí mismo
- ii) *Accessibility privacy*: centrado en la observación y proximidad física a una persona aunque no haya información
- iii) *Expressive privacy*: protege la personalidad de cada cual a través de la palabra³⁶.

Estas teorías tienen el valor de poder describir situaciones actuales de vulneración de la intimidad, pero no lograr dar un concepto general que nos lleve necesariamente a la especificación en dichas categorías, por lo cual a juicio de este autor son criterios que sirven para observar un estado actual de la jurisprudencia o resolución de casos vía analogía, pero no para entender a primera vista que es la intimidad.

1.2.4 Teoría de limitaciones de vida

Dentro de las teorías que intentan explicar la intimidad encontramos las de gradualidad, las cuales intentan diferenciar aspectos de la vida de los sujetos.

Dentro de ellas encontramos la teoría de HUBMANN o de las esferas, en la cual debemos distinguir:

- a. Esfera íntima: la cual corresponde al ámbito de lo secreto, los sentimientos o los pensamientos.
- b. Esfera privada: que es el espacio de la vida personal que se desea mantener al margen de la injerencia de terceros
- c. Esfera social: que concierne a la individualidad del sujeto, tales como los datos personales o la imagen.

De las esferas descritas la que gozaría de mayor protección sería la íntima, la cual iría disminuyendo hasta llegar a la social. El problema de esta teoría radica en el hecho de definir exactamente lo que es una u otra esfera, y que ella puede variar de persona a persona, por tanto no siempre tendrá un contenido determinado.

Hay autores que han intentado delimitar o esclarecer el contenido de las esferas descritas, es así como GARZON³⁷ indica:

³⁵Loc. Cit.

³⁶Loc. Cit.

- a. Intimo: como ámbito de pensamiento, las dudas. Aquí estarían acciones que no requieren intervención de un tercero, y sería opacidad.
- b. Privacidad: están deseos y preferencias individuales y donde podrían acceder sujetos que deciden individuos, habría transparencia relativa.
- c. Público: que es donde hay un libre acceso de las personas, transparencia plena.

Sin embargo, el problema de determinar el contenido de la intimidad no se soluciona con determinar los ámbitos de participación en que esta una persona, dado que el derecho a la intimidad debe preponderar un contenido concreto de informaciones o aptitudes del sujeto, y no solamente circunscribirse al ámbito en que se desarrolle una relación comunicativa.

1.2.5 Teorías Negativas

Estas teorías apuntan a que se debe olvidar dar un concepto, y algunos de los autores prefieren establecer criterios de circunstancias en los que se valore la intimidad. Es así como algunos autores prefieren agrupar en ciertas categorías no taxativas, y señalan elementos entre los que se encontrarían:

“a) su vida familiar (filiación, matrimonio, y eventualmente divorcio); b) su vida amorosa; c) su imagen; d) sus recursos y los impuestos que paga; d) su tiempo libre”³⁸.

El problema de estas categorías, es que en ocasiones no se determina si las situaciones descritas son realmente vulneraciones a la intimidad, o más bien a otros derechos especificados.

1.2.6 Elaboración conceptual

Para elaborar un concepto de intimidad a lo menos debemos tener en consideración cual es el bien jurídico en juego y cuál es la fundamentación de este bien, y en cierta medida el contexto jurídico y social en que se elabora. Es por ello, que debemos considerar la existencia de una sociedad de la información, y en la cual medios como Internet son foco para la proliferación de informaciones.

En este contexto compartimos con NOVOA MONREAL, que para la elaboración de un concepto de intimidad a lo menos debe considerarse las siguientes características:

- D) El desarrollo de una actividad especialmente dirigida a entrometerse en la intimidad ajena, tomando conocimiento de aspectos que la víctima ha querido mantener como reservados, aun cuando no se proceda a su divulgación (elemento objetivo);

³⁷GARZÓN, Eduardo. 2003. Lo Íntimo, lo Privado y lo Público. Revista Claves de Razón Práctica, N° 137: pp. 14-25.

³⁸CORRAL, Op. Cit, p. 342.

- II) El deseo de que una persona, bajo su propia concepción de la intimidad, estime que ciertos hechos no sean conocidos (elementos subjetivo);
- III) El recato o pudor de esa persona que no desea que tales aspectos se conozcan, aun cuando objetivamente no lesionen su imagen, su honor u otros bienes jurídicos relacionados (Bien jurídico protegido)
- IV) Irrelevancia de la verdad o falsedad de los aspectos de la víctima deseaba mantener ocultos.³⁹

Dentro de estos elementos debemos considerar que:

- El elemento objetivo considera las situaciones de posible actuar de sujetos que vulnerarían la intimidad de otro, lo cual de acuerdo a las descripciones que hemos efectuado en este capítulo, lo acercaría a los criterios de PROSSER;
- El elemento subjetivo, el cual aportaría una noción de control de información de la posible víctima, por el cual se le permitiría optar si da a conocer determinada información, y al cual adherimos considerando las circunstancias fácticas, donde se ha creado una necesidad de conocer de las vidas de otros tanto en vida personal como en asuntos económicos.
- La noción de bien jurídico, que incorpora la efectividad del derecho como objeto de protección, atendido a que otorga a los operadores jurídicos elementos de juicio para confrontarlo a otros derecho. Además este elemento se ve complementado por la última característica, en sentido que una lesión a la intimidad es un estadio anterior a la efectividad de una información, cuestión que como delimitaremos más adelante tiene que ver con la honra de los sujetos.

A pesar de las condiciones expuestas, creó que NOVOA debe de igual forma considerar que la intimidad es un concepto que se vincula a un grupo social, por tanto reelaboraría el elemento subjetivo, indicando al respecto:

- i) El hecho de que el sujeto desea mantener fuera de la esfera social, cierta información de su persona, y que ella no sea determinante para el devenir de la vida social.

Por lo expuesto, podemos definir intimidad como “el derecho de toda persona a mantener fuera del conocimiento de terceros aquellos aspectos de su vida corporal o anímica que le provocan recato o pudor, aun cuando no afecten su honor, imagen o integridad física o mental, toda vez que le resultan íntimos, no obstante la falsedad o veracidad objetiva de su contenido”⁴⁰, y que por ello desea que no se han libremente conocidos por la sociedad.

³⁹SUAREZ, Op. Cit., pp. 110-111.

⁴⁰Loc. Cit.

1.3 Referencias históricas a la protección constitucional de la intimidad

La protección constitucional de la intimidad es una cuestión reciente dentro de los ordenamientos jurídicos, y el cual va gozando de mayor desarrollo a medida que avanza la tecnología. En esta parte del capítulo abordaremos parte del origen histórico en los sistemas de mayor influencia, y en nuestro país.

1.3.1 Estados Unidos

En el ámbito anglosajón, y más concretamente en Estados Unidos, la discusión respecto a la existencia del derecho a la privacidad o intimidad, de acuerdo a la mayoría de la doctrina surge a finales del siglo XIX, y se atribuye su concepción al artículo “*THE RIGHT OF PRIVACY*” de 1890, de los estudiantes de Harvard, WARREN y BRANDEIS.

Algunos consideran que los primeros antecedentes de protección de la intimidad están en el derecho inglés, específicamente en el discurso que dirige al parlamento WILLIAN PIT, donde indica “*el hombre más pobre, en su cabaña, desafía todas las fuerzas de la Corona. Puede ser frágil, su techo tal vez es inestable, el viento se cuela por él, la tempestad lo penetra, no impide el paso de la lluvia, pero el Rey de Inglaterra no puede entrar en ella, ni con todo su poder se atreve a cruzar el umbral de esa ruinoso morada*”⁴¹, y que dicha máxima se expande en las colonias. Esto, constitucionalmente se traduce con la protección de la inviolabilidad del domicilio, concretamente en la Tercera Enmienda de la Constitución Norteamericana; la protección frente a registros y requisas arbitrarios o injustificados en la Cuarta Enmienda; y de forma indirecta en la Quinta Enmienda, que protege frente a la incriminación contra uno mismo e impide que el gobierno le obligue a revelar información personal y reservada, y las cuales se traducen en jurisprudencia de tribunales estadounidense, y en escritos doctrinarios de COOLEY o FITZJAMES, entre otros. A mi juicio, si bien estas concepciones, protegen la intimidad en un grado de especificación, no la entendían propiamente como el concepto que hemos ideado en este capítulo, y se vinculan a aspectos de la propiedad o individualidad de los sujetos, y considerando que es el Estado como ente público el único capaz de violar la intimidad.

Por lo expuesto, es que el trabajo de WARREN Y BRANDEIS, si sería el indicio de la intimidad como un concepto moderno, aunque no compartimos su fundamento, porque pretende que ella sea protegida por los abusos que cometía la prensa respecto a la divulgación de la vida de los sujetos, es así que nos indican que “*los recientes inventos y los nuevos métodos de hacer negocios fueron los focos de atención en el siguiente paso para amparar a la persona, y garantizar al individuo lo que el juez Cooley denomina el derecho <a no ser molestado>[...]*los nuevos modos e inventos, al invadir su intimidad, le producen un

⁴¹NIEVES, María. 2012. <<The right to privacy>>. La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional Norteamericano: El centenario legado de Warrent y Brandeis. Revista de Derecho Político N° 85: 196-239.

*sufrimiento espiritual*⁴², lo cual es una concepción de eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

Si bien, este ha sido el planteamiento doctrinario, la protección constitucional efectiva del derecho a la intimidad tardó mucho más, y recién el siglo XX se consolida. Ello ocurre, el año 1967, en el caso KATZ VS. UNITED STATES, en el cual el fundamento para proteger la privacidad es vía Cuarta Enmienda, sin perjuicio de la existencia de un precedente, que es un voto minoritario de BRANDEIS, en un caso del año 1927. En el caso de 1967, por el cual se da consagración constitucional de la intimidad, se indica que *“la protección del derecho general de una persona a la privacidad- su derecho a ser dejado solo por otras personas- es, al igual que la protección de su propiedad y de su vida misma, dejado principalmente a la legislación de los Estados. Porque la Cuarta Enmienda protege a las personas, no los lugares. Lo que una persona conscientemente expone al público, incluso en su propia casa y oficina, no es asunto de protección de la cuarta enmienda. Pero lo que trata de preservar como privado, incluso en una zona accesible al público, puede ser protegido constitucionalmente*⁴³”.

Como podemos graficar, esta concepción es de orden individualista, y fundado en la idea de ser dejado solo, y es la que subsiste hasta estos días en Estados Unidos,

1.3.2 Estados Europeos

En Europa al igual que en Estados Unidos la preocupación surge en el siglo XIX, por la invención de la fotografía y el aumento de los medios de comunicación. Su tratamiento comienza a efectuarse a partir de la noción de derechos de la personalidad.

Es así como la evolución de la protección de la privacidad, es sus inicios fundamentan aquella en las normas que podían encontrarse en los Códigos Civil, e incluso hubo países que no tenían fundamentos jurídicos para protegerla como en caso de Alemania.

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, las constituciones de carácter democrático, le dan importancia al desenvolvimiento de la personalidad, y el Convenio Europeo para la Protección de las Libertades Fundamentales, establece en su artículo 8.1, la protección de la vida privada, y es así como lentamente los países fueron dando su reconocimiento, jugando un rol primordial los Tratados Internacionales.

A nivel Europeo, ha sido esencial la labor del Tribunal Europeo, el cual ha establecido criterios de cuando hay vulneración de la intimidad, en temas tales como escuchas telefónicas, y recientemente al tratamiento de datos personales por buscadores de internet, cuestión a profundizar en el siguiente capítulo.

⁴²Ibíd., p. 210.

⁴³Ibíd., pp. 230-231.

1.3.3 Chile

Al igual como acontece en Europa y Estados Unidos, el Estado Chileno no reconoce el derecho a la intimidad o vida privada desde sus primeras cartas constitucionales. Más bien, debemos recurrir a especificaciones de esta para encontrar protección, como es el caso de la inviolabilidad del domicilio o correspondencia, cuestión que se manifiesta en Reglamento Constitucional de 1812, Constitución de 1823, Constitución de 1828, Constitución de 1833 y Constitución de 1925.

En todas las cartas constitucionales pertinentes se sigue el mismo padrón, la prohibición de violar el domicilio de las personas, salvo en aquellos casos establecidos por la ley y autorizados por autoridad competente, cuestión que se extiende en la Constitución de 1925 a las comunicaciones de los sujetos. Por tanto, en ninguna de dichas cartas fundamentales se hace siquiera mención del concepto de intimidad o vida privada.

A mi entender ello se justifica, en que el desarrollo tanto social y económico de Chile, aún no se vincula a medios masivos de comunicación, y es una sociedad en que la tierra aún representa el mayor medio de riqueza, y por tanto el que desean tenga mayor grado de protección.

Es recién con la Constitución de 1980, que el concepto de vida privada se ciñe en nuestro sistema Constitucional. Es así como podemos ver en las actas constitucionales la opinión de SILVA BASCUÑAN, quien prepondera la consagración de este derecho, al discutir respecto a la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, entendiendo que este es la manifestación de un derecho más amplio, es así que indica *“la unión de estas dos instituciones se ha hecho mucho más clara en las constituciones modernas, en las cuales se ha entendido a considerar que una de las primeras expresiones de la libertad individual es la libertad de su intimidad; o sea, la posibilidad de ser respetado en sus actividades básicas y donde está incubando su acción exterior o desarrollando sus actividades más personales e íntimas”*⁴⁴, y es más, asegura que por ello que debe resguardarse el aspecto genérico que es la intimidad del sujeto.

De la misma forma OVALLE, quien coincide con SILVA, indica que la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia son cuestiones de carácter material, *“conjuntamente con ello, la Constitución tiene que proteger algunos valores de orden espiritual, que dicen relación con la manera en que el hombre vive, en algo mucho más etéreo y menos objetivo que el hogar o la correspondencia, pero más valioso, que es su intimidad como persona, que es su honra, que es la tranquilidad de su familia, que son conceptos en sí abstractos, pero sí muy claros y específicos”*⁴⁵, y a la vez con ello se va concordando que la intimidad es un

⁴⁴SESIÓN N° 129. Actas oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución de 1980..

⁴⁵Ibíd.

concepto que tiene aspectos que no son solo materiales, y que tienen que ver con el desarrollo de la vida interna de las personas.

Y es así como surge el artículo 19 N° 4 en nuestra Constitución Política en los términos conceptuales que hemos interpretado en la primera parte de este capítulo, y son los mismos académicos de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en adelante e indistintamente CENC, quienes describen que su contenido será determinado por la labor que realicen los tribunales de justicia

1.4 Ámbito de protección de la intimidad en Chile

En esta parte del capítulo se intentará delimitar el objeto de protección de la vida privada o intimidad, para lo cual se recurrirá en primer término a los criterios interpretativos dados por Tribunal Constitucional, respecto del artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental; se determinará propiamente tal su contenido, y por último se diferenciará de otros derechos con los cuales la jurisprudencia se ha confundido o no delimitado claramente.

1.4.1 Ámbito de protección de acuerdo a la interpretación que del artículo 19 N° 4 de la Constitución Política, ha hecho el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, en adelante e indistintamente TC, a través de diversos fallos ha fijado un sentido a las palabras de la Constitución, dando indicios de cómo debiese interpretarse el artículo 19 N° 4.

Es así que al indicarse el deber de respeto, para el TC “*implica la obligación de terceras personas de no interferir en el ámbito del valor y la conducta que protege el ordenamiento jurídico a través de las garantías fundamentales* (STC 1419, cc.14)”⁴⁶, por tanto viene a concretizar la idea de que todos los sujetos tienen derechos fundamentales, y estos no pueden ser menoscabados por actos sin fundamentos de los demás operadores jurídicos.

El TC incluso ha limitado el sentido y alcance de la privacidad indicando al respecto que “*es la situación de una persona, en virtud de la cual se encuentra libre de intromisiones de agentes externos y ajenos a su interioridad física o psicológica y las relaciones que mantiene o tuvo con otros. Sin embargo, este derecho puede tener limitaciones legales por finalidades razonables, además de la intromisión estatal justificada en caso de realización de hechos delictivos*” (STC 1683, c.c. 38, 39 y 41)⁴⁷.

Es más, incluso el TC ha analizado situaciones concretas en las cuales ha determinado si ciertas situaciones son o no constitucionales, desde el punto de vista de la protección de la intimidad. Cuestiones tales como:

⁴⁶ NAVARRO, Enrique. y CARMONA, Carlos. 2011. Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Santiago, p. 140.

⁴⁷ *Ibíd.*

- El recabar información por un órgano administrativo sin limitación.
- El otorgamiento de facultades discrecionales de índole jurisdiccional a órganos del Estado.
- Facultades del Ministerio Público en materia investigativa
- Exámenes forzosos de ADN.

1.4.2 Ámbito de protección propiamente tal

Definimos intimidad como el derecho de toda persona a mantener fuera del conocimiento de terceros aquellos aspectos de su vida corporal o anímica que le provocan recato o pudor, aun cuando no afecten su honor, imagen o integridad física o mental, toda vez que le resultan íntimos, no obstante la falsedad o veracidad objetiva de su contenido, y que por ello desea que no se han libremente conocidos por la sociedad.

De la definición dada, podemos inferir que la intimidad como bien jurídico protege la idea de ámbito de control respecto a los hechos que determinan la vida, y que por tanto deseamos que no sean conocidos por los demás agentes sociales, tanto por una cuestión individual como porque dichos hechos no son determinantes para la continuidad del orden social.

Ahora corresponde determinar qué conductas son las que se buscan evitar con la consagración de este derecho, y al respecto podemos indicar que son dos cuestiones las que fundamentalmente no deben ocurrir. En concordancia con CORRAL⁴⁸, estas serían:

- 1) Intromisión: conducta por parte de terceros, por medio de la cual se introduce en espacios de la vida personal de otro sujeto que no le competen.

Respecto a esta puede ser por vía directa, y esta, a la vez de forma corporal o presencial; o indirecta.

Vía directa:

- a) Corporal: hay contacto directo entre agresor y víctima de corporeidad. Así habría intromisión en caso de un sujeto que tocara las partes íntimas de otros (abuso sexual).
- b) Presencial: hay violación de espacios de reserva del sujeto, por ejemplo, un sujeto que entra sin previa autorización al hogar de una pareja, a objeto de observarlos mientras tienen relaciones sexuales.

Vía indirecta: el sujeto se vale de medios a distancia sin que sea percibido por la víctima, por ejemplo, de ello sería intervenir en las comunicaciones por teléfono de un sujeto.

Respecto a la intromisión esta debe referirse a hechos que permitan adquirir un conocimiento reservado del sujeto, y acorde a PARENT y CEDEW, dicho conocimiento no

⁴⁸CORRAL, Óp. Cit., pp.343- 344.

necesariamente debe ser nuevo, sino que basta que sea nuevo en cuanto a realización temporal y en circunstancias concomitantes”.⁴⁹

- 2) Difusión: es aquella situación por la cual son revelados a otras personas determinados hechos de un sujeto, que han sido obtenidos mediante intromisión.

Si bien podría considerarse como un caso de intromisión, debemos entender que la difusión busca ampliar el hecho conocido a terceros.

Por tanto, cuando se esté en algunas de estos supuestos un sujeto podría actuar a objeto de restablecer el imperio del derecho, sin perjuicio que otros han incluido otras hipótesis como la utilización y la distorsión, cuestiones que no competen a la intimidad, como veremos en el siguiente apartado.

1.4.3. Delimitación respecto a otros derechos

1.4.3.1 Intimidad y honor

El constituyente ha utilizado una técnica legislativa deficiente al estructurar en una misma norma dos derechos, los cuales en diversas ocasiones son lesionados por un mismo acto, pero apuntan a cuestiones diferentes.

Es así como el derecho a la honra se ha entendido como la *“facultad que emana de la dignidad humana y de su realidad de persona inserta en la sociedad, que tiene una dimensión de heteroestima constituida por el aprecio de los demás por nuestros actos y comportamientos, como asimismo, una dimensión de autoestima dada por la conciencia de la autenticidad de su accionar, protegiendo la verdad e integridad de la persona y sus actos y comportamientos sociales”*⁵⁰.

Por lo expuesto, y en concordancia con CORRAL, podemos diferenciar el uno del otro en tres aspectos a lo menos:

Criterios	Derecho Honor	Derecho Privacidad
Objeto	Proteger frente hechos que vulneren la estimación de la persona sobre sí misma y su reputación	Proteger frente a intromisiones y difusiones de hechos reservados
Intencionalidad agente	Por regla general hay intención de dañar	No es necesaria la intención para violar
Defensa demandado	Puede oponer como	No es posible excepción,

⁴⁹Loc. Cit.

⁵⁰NOGUEIRA, Humberto. 2004. Pautas para superar las tensiones entre los Derechos a la Libertad de Opinión e Información y los Derechos a la Honra y la Vida Privada. Revista de Derecho Valdivia Vol. XVII: pp. 139-160.

	excepción el hecho de que las declaraciones se ajustan a la realidad	porque se revelan hechos que no se deseaba fuesen conocidos
--	--	---

Por tanto, no necesariamente un hecho que vulnere la intimidad de un sujeto vulnera su honra, así por ejemplo, si una mujer es vista mientras se ducha por un sujeto al que no desea mostrar su cuerpo, se viola la intimidad y no así su honra. Sin perjuicio de lo indicado puede haber casos donde la vulneración de la intimidad concurre con la de la honra, lo cual puede acontecer en casos de concurso, como en materia penal. Así “*existirá concurso material cuando agente incurra en una conducta de intromisión que vulnera la intimidad y luego incurre en acciones que se dirigen a deshonar a personas afectadas. Habrá concurso ideal si se revelan hechos reservados, pero que además afectan la reputación del sujeto y se divulgan con la intención o animo de rebajar su reputación social*”⁵¹.

El hecho de distinguir estos derechos es de relevancia, atendido que a la deficiente técnica legislativa, lo que haya llevado a la jurisprudencia de los tribunales ordinarios de justicia a no distinguir los conceptos o hacerlo en forma deficiente. Así en 1997, respecto de una acción de protección, conocida por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en la cual se reclama que DICOM aceptó incorporar en sus registros la fotocopia simple de una letra de cambio de una deuda impaga, se sentenció que “*una amenaza seria a la intimidad y la vida privada desde que ha procedido en la especie a señalar a la recurrente como deudora de una obligación que finalmente resultó inefectiva por carecer del original del documento fundante*”⁵². La Corte en este caso yerra, atendido que es una cuestión que no necesariamente involucra la vida privada del sujeto, sino más bien al honor comercial del sujeto, lo cual tendrá relevancia en futuras relaciones económicas del mismo.

1.4.3.2 Intimidad e imagen

Si bien en la Constitución no hay norma expresa que hable del derecho a la imagen o la propia imagen, debemos entender incorporado este derecho a nuestro sistema jurídico por la interpretación extensiva del artículo 5º, inciso 2º de la Carta Fundamental.

El derecho a la imagen podemos definirlo como “*un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública*”⁵³, por tanto su objeto de protección apunta a

⁵¹CORRAL, Óp. Cit., p. 350.

⁵² CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT 18 de marzo de 1997; CORTE SUPREMA, 16 de julio de 1997, en RDJ t. 94, sec. 5ª, 193 p.

⁵³CALAZA, Sonia. 2011. Delimitación de la protección civil del derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen. Revista de Derecho UNED, N°9: pp. 43-59.

que no sean utilizados sus rasgos físicos para fines ajenos a su interés, y se limita a un aspecto de la persona que es su figura física en medios de reproducción.

Para distinguir cuando estamos frente a uno u otro derecho debiésemos visualizar que se pretende efectuar con la reproducción gráfica, al respecto se ha indicado que en el evento que se utilice a objeto de difundir sin autorización un servicio estaríamos ante una lesión del derecho a la imagen (utilización), pero si el objeto es dar a conocer la actividad de una persona en determinadas circunstancias estaríamos ante una violación de la intimidad.

Vale mencionar, que a nivel de derecho comparado cuando no existía una protección de la imagen se recurría a la intimidad, a objeto de su protección, lo que sería una forma de especificación del derecho, cuestión que acontecía por ejemplo en Francia, o viceversa, es decir no se protege la intimidad y si la imagen, por lo cual se recurría a ella para proteger la privacidad, lo cual hace atendible que en ocasiones la jurisprudencia confunda conceptos que apunta a aspectos diversos de las personas.

Sin perjuicio, de lo indicado nada impide que haya lesión de la intimidad y la imagen en caso concreto, como podría acontecer “*si se usan dispositivos electrónicos para captar la voz de una persona en su casa, y luego se usa grabación para anunciar un producto*”⁵⁴.

1.5 Conclusiones del capítulo

De lo estudiado en este capítulo podemos concluir que:

1. La intimidad es un derecho que ha surgido por la evolución de las sociedades, y por ello en espacios o lugares donde existen mayores medios de difusión y aumento de las comunicaciones, especialmente a través de los actuales instrumentos tecnológicos, se hace necesaria la protección de un aspecto de la vida que antes no se pensaba relevante o susceptible de interés jurídico, o bien, quedaba cubierto por otros derechos.
2. La intimidad es una concepción que ha evolucionado a lo largo de estos dos últimos siglos, y el contenido que le otorguemos a ello o que adoptemos puede tener diferentes consecuencias respecto a que proteger, y a la posibilidad de fijar o establecer limitaciones que podrían aplicarse a dicho derecho.
3. Determinar el contenido ius fundamental, es de relevancia a objeto de que la jurisprudencia determine con claridad, en casos concretos, los derechos en juego y no yerre en la determinación de su contenido esencial, dando el rol o carácter de intimidad a otros derechos.
4. Al ser un concepto de constante evolución, debe evaluarse caso a caso ante las nuevas tecnologías, su contenido, alcances y limitaciones, cuestión que veremos en siguientes capítulos respecto a buscadores de Internet.

⁵⁴CORRAL, Óp. Cit., p. 351.

Capítulo II: La intimidad en la sociedad actual, visión del derecho comparado

“Con la superación de las tradicionales barreras de tiempo y espacio, se facilita el acopio masivo de información y, en consecuencia, la elaboración de perfiles de la personalidad con los que tomar decisiones que pueden llegar incluso a condicionar derechos y libertades.”⁵⁵

En el presente capítulo se abordará como el derecho a la intimidad se desenvuelve en una sociedad en que se han incrementado los riesgos de lesión de este derecho, para dicho efecto es necesario describir el contexto global actual, y explicar el proceso actual de las nuevas tecnologías, en especial lo que acontece en Internet, y como dicho proceso ha influido en la evolución de la intimidad en reconocimiento de nuevos derechos; para finalmente referirse al derecho comparado y como ha abordado esta problemática.

2.1 Realidad tecnológica

Como describimos en el capítulo anterior el derecho a la intimidad surge como una respuesta a los abusos que se cometían por los medios de comunicación masiva respecto de la vida de los individuos, por lo cual este derecho emerge como el fundamento para impedir intromisiones y difusiones de hechos de una esfera íntima de los sujetos; el cual fue encontrando protección en la jurisprudencia y posteriormente un reconocimiento de carácter constitucional.

Pues bien, estamos ante una sociedad dinámica en la cual la tecnología avanza de forma más acelerada cada día y con ella se han incrementado los medios de información, y esencialmente la forma de informar. En este cambio, ha tomado un papel central la red Internet, a través de diferentes canales, los cuales procederemos a describir, y que hoy se hace mucho más masivo con su presencia en aparatos de fácil portabilidad para las personas.

2.1.1 ¿Qué es Internet?

La Real Academia de la Lengua Española, ha definido Internet como una red informática mundial conectada mediante un protocolo especial de comunicación. Sin perjuicio de esta definición, ella no es lo suficientemente apta para comprender todos los aspectos que engloba la red en sí. Conuerdo con TOURIÑO, quien nos indica que *“es una comunidad de rango universal que ha logrado en pocos años modificar nuestros hábitos de comportamiento; una comunidad que ve a diario incrementada su cifra de usuarios, debido principalmente al signo tecnológico que vivimos”⁵⁶*, y crea con ello un nuevo ámbito de interacción entre los sujetos.

⁵⁵ PRIETO, Jesús. 2004. Objeto y Naturaleza Jurídica del Derecho Fundamental a la Protección de Datos Personales. Boletín del Ministerio de Justicia de España (1971-1972): pp. 3119-3146.

⁵⁶ TOURIÑO, Alejandro. 2014. El derecho al olvido y a la intimidad en Internet. Madrid, Catarata, p. 17.

2.1.2 Evolución de Internet

Internet como tal, ha implementado una evolución en su quehacer, el cual es necesario indicar, para tratar de entender desde cuando esta red es una real amenaza a la intimidad de los sujetos, y en ocasiones a otros derechos.

Es así como se ha contextualizado la evolución de Internet, en, a lo menos, 3 fases de acuerdo a TOURIÑO, las cuales son:

- Web 1.0, dentro de sus objetivos se encontraba *“básicamente la búsqueda y obtención de información por parte del usuario, que acudía a la red con ánimo de satisfacer necesidades tanto de información como lúdicas”*⁵⁷. Se señala que es una Web en que los usuarios son meros consumidores del producto. Es así como en este proceso *“las empresas colgaban sus catálogos en la web 1.0, a los que podía acceder todo el mundo que tuviese conexión a Internet, pero no dejaba que los usuarios interactuaran con el contenido de la página o entre ellos, ni contemplaba la posibilidad que los ciudadanos difundieran videos o audios”*⁵⁸, todo este proceso debiésemos enmarcarlo a partir de la década de los 70 hasta fines del Siglo XX.

- Web 2.0, es un proceso que se basa *“en un enfoque colaborativo y social de los usuarios”*⁵⁹, por tanto se pasa a *“una Internet en el que el usuario participa de la conversación y, lo que es más, aporta valor al propio ecosistema, toda vez que el contenido que aporta enriquece la red”*⁶⁰, lo que permite igualmente que *“los ciudadanos interactúan a tiempo real, sin control y de manera pública”*⁶¹, cuestión que se manifiesta hoy en día por ejemplo en la posibilidad de que los usuarios puedan comentar noticias en plataformas de diarios de internet; comentar respecto al servicio que efectúa una empresa respecto a determinado servicio entre otros, proceso que desarrolla a partir del Siglo XX, y se encuentra absolutamente consolidado actualmente.

- Web 3.0, es una evolución de Internet, por la *“cual la Web tiene la capacidad de construir una base de conocimiento sobre las preferencias y características de los usuarios. Así, a través de una combinación entre su capacidad de conocimiento y la información disponible en Internet, es capaz de atender de forma exacta las demanda de información de los usuarios”*⁶², considerando diversos aspectos del sujeto. Este proceso sería el que se masifica actualmente.

En este contexto, es donde debemos visualizar tanto las consecuencias positivas como negativas que puede provocar la red en el quehacer humano, porque si bien la red genera

⁵⁷ Loc. Cit.

⁵⁸ SIMON, Pere. 2012. El régimen constitucional del derecho al olvido digital. Valencia, Tirant Lo Blanch. 24 p.

⁵⁹ TOURIÑO, Óp. Cit, p. 18.

⁶⁰ Loc. Cit.

⁶¹ SIMON, Op. Cit, p. 24.

⁶² TOURIÑO, Op. Cit, p.19.

nuevos riesgos, en especial con la Web 2.0 podemos derivar que consecuencias positivas puede traer.

2.1.3 Promoción positiva de la red

Internet, o más bien la Web 2.0 es la que “*posibilita la creación de foros globales o espacios libres de reunión, debate y discusión entre ciudadanos ubicados en cualquier parte del planeta*”⁶³, por lo que permite la correlación de los sujetos, quienes a través de diversas plataformas pueden comunicarse respecto a temas de su interés, así es paradigmático en Chile el caso de FOTECH, cuya página de Internet permite a usuarios de todo el país comentar lo que sucede en los diversos programas de Televisión, por tanto podríamos afirmar que Internet permite ser una plataforma de reunión sin consideraciones de distancia.

Esta misma visión que hemos afirmado, ha sido considerada desde dos visiones, que sin perjuicio de ser opuestas, pueden conducir a aspectos positivos de la red:

- a. Visión apocalíptica: “*postulan que los usos de nuevas tecnologías provocan algo así como una <<anticultura>> o un impacto severo y perverso sobre el hombre masa*”⁶⁴, y que esta fortalece la comercialización, lo que sin duda en nuestra sociedad ha provocado agilidad en ciertas relaciones comerciales.
- b. Visión integradora: la cual “*se deja seducir por un optimismo irracional en relación a lo nuevo y se alegran por la magnífica generalización del marco cultural producida por la nuevas tecnologías*”⁶⁵, y ven por ello la posibilidad de una promoción y nuevos canales para la consecución de la democracia.

Siguiendo la visión integradora podemos indicar de acuerdo con PERE SIMON, que la ciudadanía tendrá posibilidades de mayor acceso a información, y con ello un mayor proceso de participación de los sujetos en el debate público, es así como por ejemplo en la actualidad internet ha sido un medio válido para diversas organizaciones, a objeto de manifestar sus opiniones sobre temas de interés nacional como el aborto, y así se produce un reforzamiento del ejercicio de derechos fundamentales cívicos.

Es así como podemos ver que Internet permite desarrollar nuevos espacios para la concreción de la libertad de expresión de todos los sujetos, e incluso libertad de asociación como en el caso mencionado de FOTECH.

Además internet, puede ser un medio adecuado para enriquecer el sistema democrático e incluso hacerlo más ligero, con posibilidad de voto electrónico, o como aconteció en Islandia

⁶³ SIMON, Op. Cit, p. 31.

⁶⁴ Loc. Cit.

⁶⁵ Loc. Cit.

en su proceso constituyente, donde se dio la posibilidad de enviar vía Web 2.0 opiniones, sugerencias y preguntas a los ciudadanos en su proceso.⁶⁶

2.1.4 Aspectos negativos de la red: peligro a la intimidad

Internet, a pesar de los beneficios que hemos descrito, igualmente tiene una serie de situaciones complejas, las cuales dificultan una adecuada protección de otros derechos fundamentales, y en especial de la intimidad y honor, lo cual se manifiesta en que somos los mismos usuarios quienes no tomamos los resguardos necesarios para evitar lesiones, o los proveedores, aprovechando grados de confianza mal entendidos por las personas, para invadir aspectos íntimos que en otras condiciones no se liberarían tan fácilmente.

En especial, podemos mencionar, como cuestiones negativas que acontecen en la red, las siguientes:

- a- La perennidad de la información: esto se observa porque hay *“muchísima información que se eterniza en Internet puede ser fácilmente mal interpretada, por la tendencia actual de publicar datos personales en Internet”*⁶⁷, lo que es un peligro concreto a la intimidad, en sentido que no es posible para los ciudadanos escaparse de su pasado, y yendo más allá, eso afectaría la libertad del individuo, y en algunos casos más específicos una posible reinserción social. Es en este punto que pretendemos ahondar más adelante, debemos entender que la intimidad podría verse vulnerada, en la posibilidad de reformular la vida, y que ciertos hechos que a pesar de ser públicos en un momento determinado, puedan considerarse como íntimos después de un lapso razonable de tiempo.
Sin perjuicio, de lo indicado, debemos señalar que la perennidad de la información se presenta de igual forma en revistas de carácter jurisprudencial, donde los nombres de los partícipes en un juicio se mencionan sin mayor prudencia, lo cual plantea cuestionarse si hay una vulnerabilidad de la intimidad, y que publicidad se busca.
- b- Condiciones de uso de servicios *“gratuitos”*: cuestión típica de redes sociales⁶⁸, en las cuales los sujetos a objeto de ocupar gratis el servicio dan una serie de datos sobre ellos, y aceptando condiciones de uso del servicio, se autoriza a ceder información a terceros, por tanto la intimidad se ve violada en sentido que hay un aspecto de manejo de información del sujeto que sale de su ámbito de control.
- c- La descontextualización de las publicaciones, cuestión que debemos entender dentro del contexto de lo que son las redes sociales, principalmente las de carácter

⁶⁶ Reglas disponibles en <http://stjornlagarad.is/english/rules-of-procedure>.

⁶⁷ SIMON, Óp. Cit., p. 39.

⁶⁸ Entenderemos como red social, siguiendo en este aspecto a PERE SIMON, como aquel servicio web que permiten a los individuos construir un perfil público, articular una lista de otros usuarios del sistema con los que poder compartir información y visualizar las listas de otros usuarios del sistema

personalísimo, en las cuales los sujetos efectúan o desarrollan conductas, convencidos de que actúan en un ambiente de amistad, sin que ello sea así. El problema de estas situaciones en relación a la intimidad, se plantea principalmente en que hay una incongruencia respecto a la realidad de lo que el sujeto internamente piensa que sucede con la información que publica y la realidad de a quienes puede ir dirigida.

- d- La existencia de cookies: para entender este problema, debemos definir los cookies, estos son “archivos de datos enviados por un sitio web y almacenados en el navegador del usuario, de manera que el sitio web pueda consultar la actividad previa de aquel, permitiendo llevar el control de usuarios, pero también conseguir información sobre sus hábitos de navegación”⁶⁹, esta situación es un peligro efectivo a la intimidad, atendido a que el sujeto al ingresar a un sitio web, es invadido por publicidad adaptada a sus preferencias, esta situación se manifiesta en general en redes sociales.

Estos son casos en que la intimidad corre peligro, y a los cuales debemos cuestionarnos si este derecho por sí mismo las puede combatir, y que medidas debe tomar el legislador para combatir posibles vulneraciones.

2.2 Especificación de la intimidad ante la red

Pues, bien a la luz de lo descrito en la primera parte de este capítulo, podemos visualizar, que la protección de los derechos fundamentales, debe responder a nuevas interrogantes y evolucionar adaptándose a los nuevos desafíos tecnológicos.

Los derechos fundamentales son parte de una evolución, desde su reconocimiento hasta su actual regulación, siguiendo a PECES- BARBA, podemos establecer las siguientes etapas:

1. Positivización: es el proceso de reconocimiento de los derechos fundamentales en los ordenamientos jurídicos, el cual podemos circunscribir plenamente en fines del siglo XVIII y dentro del siglo XIX.
2. Generalización: sería aquel proceso “progresivo, aunque nunca definitivo, ajuste entre las afirmaciones de que los derechos son naturales, es decir que corresponden a todos los seres humanos, y una práctica restrictiva que circunscribía su disfrute a una clase social, la burguesía”⁷⁰, proceso que abarcaría principios del Siglo XX.
3. Internacionalización: el cual se define como “un proceso incompleto y que se sitúa en un ámbito jurídico, en el de la Comunidad Internacional, que carece de un poder

⁶⁹ TOURIÑO, Óp. Cit., p. 139.

⁷⁰ PECES- BARBA, Gregorio.1999.Curso de Derechos Fundamentales: teoría general. Madrid, Universidad Carlos III.: Boletín Oficial del Estado. 160 p.

*político que garantice plenamente la eficacia de este ordenamiento*⁷¹, y el cual se desarrolla con mayor claridad período post Segunda Guerra Mundial.

4. Especificación: o proceso de concreción, *“que supone no solo la selección y matización de lo ya existente, sino la aportación de nuevos elementos que enriquecen y complementan lo anterior*⁷², y el cual se desarrolla actualmente ante las nuevas necesidades de las sociedades.

El derecho a la intimidad, no está alejado de esta realidad, y es así que a partir de él, podemos justificar y entender la adopción de nuevos derechos en los sistemas jurídicos, los cuales se hace necesario analizar.

2.2.1 Protección de datos personales

En la red internet circulan a diario una serie de informaciones de las personas, es así como por el hecho de escribir el nombre de una persona en GOOGLE, puede ser ligado a diferentes links, los cuales pueden dar información respecto al sujeto, sea tanto de aspecto laborales y públicos, y en casos de situaciones o redes en que el sujeto cree le pertenecen a cierta privacidad en la red.

Atendida esta nueva realidad, debemos considerar que la intimidad no es un derecho estático, sino uno dinámico, y por ello *“el uso y control sobre los datos concernientes a cada persona, debe serle reconocido ya no solo como una media prerrogativa, sino además como un derecho fundamentalmente protegido y garantizado por mecanismos de protección idóneos*⁷³, dado que se ha configurado a través de la red una nueva plataforma por la cual conocer a un sujeto.

Por tanto, no basta considerar a la intimidad frente a la sociedad tecnológica *“como un derecho garantista (estatus negativo) de defensa frente a cualquier invasión indebida de la esfera privada, sin contemplarla al mismo tiempo, como un derecho activo de control (estatus positivo) sobre el flujo de informaciones que afectan a cada sujeto*⁷⁴, y ante ésta situación se erige la protección de datos personales.

2.2.1.1. Origen de la protección de datos de carácter personal

El ámbito de protección de la intimidad se amplía y abarca nuevas situaciones, cuestión que se manifiesta en Alemania, donde ante el nuevo desarrollo tecnológico, se da protección al derecho de autodeterminación informática o protección de datos personales.

⁷¹ *Ibíd.*, 173 p.

⁷² *Ibíd.*, 180 p

⁷³ GARCÍA, Aristeo.2007. La protección de datos personales: Derecho Fundamental del Siglo XXI. Un estudio Comparado. Boletín Mexicano de Derecho Comparado 40 (120): pp. 743-778.

⁷⁴ GARCIA, Óp. Cit., p.751

Dicho derecho se “*construye a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 15 de diciembre de 1983. En dicha sentencia, el Tribunal configura, a partir del derecho general de la personalidad recogido en el artículo 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn, la facultad del individuo, derivada de la autodeterminación, de decidir básicamente por sí mismo, cuándo y dentro de qué límites, procede revelar situaciones referentes a la vida propia. Surge la necesidad de establecer jurídicamente mecanismos de protección de los datos personales frente a su uso informatizado, no tanto por el carácter estrictamente privado de éstos, sino por el peligro que supone la utilización que se haga de los mismos*”.⁷⁵ Es así que en Alemania, las justificaciones para enfrentar tratamiento de datos y proliferación de informaciones en la red se protegen en base a la autodeterminación.

Esta sentencia de Alemania del año 1983 viene a dar las primeras luces en la sociedad actual, de otorgar protección a una nueva faceta de donde el derecho a la intimidad podría estar siendo vulnerado, e incluso más, ampliando el ámbito de aplicación de un nuevo derecho con ámbitos de protección más amplios. La sentencia da cuenta de “*la realidad de un posible tratamiento masivo de datos, con independencia de que estos participen de una naturaleza íntima o no, y la consiguiente posibilidad de la elaboración de los llamados perfiles de personalidad, lo que en definitiva puede implicar no solo la vulneración de la intimidad, sino también la anulación de la propia identidad, en definitiva de nuestra dignidad como personas*”⁷⁶, ante lo cual se hacía necesario una actuación por parte de los Tribunales de Justicia, para posteriormente obligar al legislador hacerse cargo de esta nueva realidad.

Es por el proceso descrito que surge el derecho a la protección de datos personales, el cual ha tenido un reciente desarrollo a nivel comparado y escaso a nivel nacional. Este derecho como ya adelantamos tiene su origen en Alemania, y si bien a mi parecer tiene elementos de justificación en protección de la intimidad de los sujetos, no es ajeno que está presente un valor superior que es la dignidad humana. De esta forma PEREZ LUÑO, al comentar la sentencia del Tribunal Alemán, nos indica “*(...) para el juzgador alemán la sensibilidad de las informaciones no depende tanto de su conexión inmediata con aspectos que afecten la intimidad como de la posibilidad de que puedan utilizarse en proceso que afecten el ejercicio de los derechos fundamentales y, en concreto, el libre desarrollo de la personalidad*”⁷⁷, por tanto se estaría considerando la configuración de un derecho que debe enfrentar desafíos a la tecnología y que no solo podría vulnerar la intimidad.

⁷⁵ BRU, Elisenda. 2007. La protección de datos en España y la Unión Europea. Especial referencia a los mecanismos jurídicos de reacción frente a la vulneración del derecho a la intimidad. *Revista de Internet Derecho y Política* (5): pp. 78-92.

⁷⁶ PRIETO, Óp. Cit., p. 3125.

⁷⁷ *Ibid*, p. 3137.

2.2.1.2 Vinculación de la protección de datos personales con la intimidad

Como hemos descrito, el derecho a la protección de datos personales, sería un derecho de carácter más amplio que la intimidad y su justificación se ha encontrado en la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad. Para entender su vinculación con la intimidad debemos efectuar unas aclaraciones previas.

Al referirnos a dato de carácter personal, tanto nuestra ley como el derecho comparado lo definen como los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables, en tal sentido esta concuerda con el derecho a la intimidad, en cuanto a que ambos derechos se les reconoce solo a las personas naturales, sin perjuicio de evoluciones en torno a las personas jurídicas en materia de datos personales.

En general, la vinculación se da en sentido de la evolución que ha tenido la protección de datos personales, de acuerdo a la generación de leyes que se han dictado, en tal sentido PRIETO GUTIERREZ nos señala, que *“la primera generación de leyes se caracteriza por la autorización previa de los bancos de datos ante la escasez, gran tamaño y fácil localización de los equipos informáticos; la segunda generación en la que se prima la garantía de los llamados datos sensibles, ante el riesgo de incurrir en prácticas discriminatorias; y la tercera generación, en la que como consecuencia de la revolución macro informática, se afronta la regulación de las grandes bases de datos”*⁷⁸.

Desde esta perspectiva podemos ver que la evolución en el ámbito de la intimidad se da en un primer paso, en la existencia de una autorización previa, que permite la liberación de cierta información, y con ello el control que se pueda dar de ella, por tanto estaríamos ante una vertiente positiva de la intimidad, en control de flujo de información.

En segundo paso, la evolución se da en sentido del reconocimiento de la existencia de los datos sensibles, a los cuales el legislador chileno ha definido en artículo 2º, letra g), de ley N° 19.628 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, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual”*. Esta evolución es de importancia, porque demuestra que el legislador considera que hay situaciones en la red, por las cuales no solamente se transmiten datos de carácter público, sino que privados, los cuales son dignos de protección. E incluso, vinculando con un tema que trataremos en siguiente apartado, el reconocimiento de los datos sensibles, nos reconoce que para los sujetos hay determinadas cuestiones que no desean que sean conocidas en la red, e incluso que el tiempo debe radicarlas de está, para asegurar su libre desarrollo.

⁷⁸ Ibid, p. 3142

En cuanto al tercer paso de la evolución, es trascendente su vinculación a la intimidad, en perspectiva de que hay nuevas formas de tratar los datos de los sujetos de forma masiva, por tanto se hace necesario tanto regular como se efectúa esa labor como las nuevas formas de acción que tendrán particulares, y dado que en el mundo actual hay nuevas plataformas en que las personas entregan datos personales a otros, sin que conscientemente perciban ello.

Si bien, la intimidad no es lo único que se resguarda con la protección de datos personales, es indudable su vínculo como demostramos al relacionar de forma sucinta la evolución de la regulación. Al respecto, en España PRIETO GUTIERREZ, nos indica que tras la protección de datos personales esta “*la defensa de la personalidad, como libertad necesaria para el libre desenvolvimiento de la persona, el bien a proteger, siendo la acentuación de esa dimensión subjetiva (intimidad) lo que ha contribuido a configurar el nuevo derecho fundamental*”⁷⁹, reafirmando lo propuesto, sin perjuicio de lo correctamente planteado, nada quita que se considere a la protección de datos personales como una forma más amplia de protección de la intimidad.

2.2.2 Derecho al olvido

Hemos descrito en este capítulo la influencia de Internet en la sociedad moderna o de la información, lo cual provoca que haya “*accesibilidad universal y temporalmente ilimitada a cualquier información o contenido sobre una persona, está en la base de la reflexión sobre la necesidad de poner límites a la capacidad de recordar todo y presentar en una suerte de presente continuo la vida digital de las personas*”⁸⁰.

En este contexto ha surgido en doctrina el derecho al olvido, que de acuerdo a MIERES “*es la respuesta a la amenaza que supone para el libre desarrollo de la personalidad el almacenamiento permanente en Internet de información personal cuya difusión, pasado el tiempo, puede afectar negativamente a la persona, al producirse un desajuste entre el dato publicado y la realidad actual (...) es la última manifestación de la necesidad de preservar la privacidad de las personas frente a las amenazas que entraña el proceso tecnológico*”⁸¹, cuestión que a mi juicio debe complementarse con la cuestión de que hechos pasados de los sujetos no serán revelados o utilizados sin importar el medio en que consten a objetos de causarles un daño en su quehacer⁸².

La existencia de Internet ha impactado fuertemente la intimidad de los sujetos, y en especial en proyectos de vida de estos, dado que situaciones de las cuales ya no desean recordar pueden ser recordadas a pesar del paso del tiempo por una simple búsqueda en la red,

⁷⁹Ibid, p. 3146.

⁸⁰ MIERES, Luis. 2014. El derecho al olvido digital. España, Fundación Alternativas, p. 6.

⁸¹ Loc. Cit.

⁸² Entender el derecho al olvido en este sentido más amplio, nos permitirá cuestionar asuntos respecto a si publicaciones de revistas jurisprudenciales lesionan la intimidad de los sujetos al publicar sus datos de forma completa, sin omitir sus partícipes.

con lo que los factores tiempo y espacio, que permitían a los sujetos seguir con el desarrollo de su vida dado el olvido, no cumplen dichas funciones actualmente, cuando lo razonable para los sujetos es que las situaciones de la vida después de un período de tiempo sean olvidadas y prosiga la vida.

En dicho sentido, en la exposición de motivos de la discusión de ley de protección de datos en España se indicó: *“la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo. Ello es así porque, hasta el presente, las fronteras de la privacidad estaban defendidas por el tiempo y el espacio. El primero procuraba, con su transcurso, que se evanescieran los recuerdos de actividades ajenas, impidiendo, así, la configuración de una historia lineal e ininterrumpida de la persona; el segundo, con la distancia que imponía, hasta hace poco difícilmente superable, impedía que tuviésemos conocimiento de los hechos que, protagonizados por los demás, hubieran tenido lugar lejos de donde nos hallábamos”*⁸³, lo cual nos muestra que la existencia de la red Internet, perenniza la información de los sujetos, sin que para ello importe el paso del tiempo e incluso sobrepasando las fronteras de un país.

Ante la posición de existencia del derecho al olvido, nos debemos preguntar si se justifica su reconocimiento por parte de un ordenamiento jurídico, y si realmente está vinculado con la intimidad de los sujetos, y límites que debiesen considerarse en su consagración.

2.2.2.1 Antecedentes del derecho al olvido

El primer antecedente del derecho al olvido, lo encontramos en el derecho norteamericano en caso MELVIN VS REID, en el que si bien no está presente en toda su magnitud la sociedad digital de hoy en día, nos permite justificar la existencia de este derecho, y estructurar el factor tiempo como determinante para la intimidad y desarrollo de la vida de un sujeto.

Este caso, trata de una mujer que había ejercido la prostitución y sido juzgada y absuelta por un delito de asesinato, y que con posterioridad se cambia de ciudad, contrae matrimonio, cambia por completo su vida y el círculo social en el cual se involucra. Pasado 7 años de los acontecimientos del juicio, su historia sirvió para la creación de un filme, llamado “THE RED KIMONO”, la cual se publicó indicando que se basaba en hechos reales, y en la cual a la protagonista se identificaba con su nombre. Atendido lo descrito, todo el círculo social en el cual se involucraba actualmente se enteró de su vida pasada y la excluyó de esta, destruyendo su ambiente familiar. Por ello interpone una demanda de indemnización de perjuicios para remediar los daños ocasionados.

⁸³ MIERES, Op. Cit., p. 7.

El tribunal ante dicha situación, y considerando el tiempo transcurrido consideró *“que el uso del nombre de la mujer junto con la divulgación de los hechos de su vida constituía una invasión de su privacidad, de modo que aquellos datos, aunque públicos en su día, debían ser considerados como private facts”*⁸⁴. La relevancia de esta sentencia en relación a la proclamación del derecho al olvido, es que reconoce que debe cumplirse la expectativa de los sujetos que determinados hechos que hayan acontecido en su vida serán olvidados por el transcurso del tiempo, y el recordarlos constantemente por parte de los demás podría ocasionar que estemos presente ante una conducta abusiva.

Este reconocimiento por parte del tribunal norteamericano, permite que los sujetos tengamos expectativas, que ciertas situaciones que en algún momento fueron públicas dejen de serlo, y solamente queden en la esfera interna de un sujeto.

Es totalmente relevante esta materia e incluso en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recientemente en el año 2012, en caso M.M vs REINO UNIDO, en relación a la publicidad de las sanciones penales que recaen sobre los sujetos indico que *“la información sobre una sanción penal es pública, su almacenamiento sistemático en archivos centrales implica la posibilidad que se revele mucho después de los hechos, cuando todos, salvo la persona afectada, los hayan posiblemente olvidado. Por ello, concluye el tribunal cuando la condena o medida penal es lejana en el pasado, viene a formar parte de la vida privada de una persona que debe ser respetada”*⁸⁵, con lo que reconoce el derecho de que a los sujetos no se les recuerde constantemente su pasado, y a la vez exista la posibilidad de seguir realizando su vida y olvidar aspectos negativos.

De los antecedentes descritos, debemos considerar que el derecho al olvido, es una cuestión que no solamente debe plantearse en relación a las nuevas tecnologías, sino que incluso en otras formas de información que pueden afectar a los sujetos, pero que su justificación ha sido encontrada principalmente en la libertad del sujeto, y en cierto foco para su desarrollo en la protección de esferas de su intimidad.

2.2.2.2 Justificación doctrinal del derecho al olvido

La justificación esencial para la existencia del derecho al olvido es *“el estar atados al pasado o que se nos juzgue nuestro valor actual a partir de acciones pasadas constituye un menoscabo del respeto que merecemos como persona”*⁸⁶, lo que podemos considerar como un argumento de carácter social o incluso moralista, sin perjuicio de ello, esta premisa se puede justificar en instituciones jurídicas presente en la legislación civilista.

Entre las instituciones que podemos mencionar se encuentra la prescripción, la amnistía o la responsabilidad por culpa.

⁸⁴ Ibid, p.15

⁸⁵ Loc. Cit.

⁸⁶ MIERES, Op. Cit., p.10.

En cuanto a la responsabilidad por culpa, esta justificación proviene del Tribunal Quebequés, donde la existencia del derecho al olvido estaría dada en aquellos casos en que *“el recuerdo de acontecimientos pasados, cuando estos no responden a un interés público vigente, puede ocasionar daños a la vida privada de un tercero. En este sentido la responsabilidad nacería con la conducta de difundir o permitir el acceso masivo a una información relativa a personas o hechos en los que estas aparecen; una información que en el pasado era de actualidad, y que con el paso del tiempo, se exige que recaiga en el olvido y el anonimato de los que nunca habrían querido salir y exponerse ante la tribuna pública”*⁸⁷. Sin perjuicio de esto, habría causales de justificación para permitir la difusión de información, como serían razones históricas de un país.

La existencia del derecho al olvido, se ha justificado a través de la prescripción, atendido a que esta institución tanto en su vertiente extintiva como adquisitiva, establece deberes en relación al olvido, la primera en cuanto a que debe descartarse del patrimonio una determinada acción para solicitar el cumplimiento de una obligación, y la segunda por la cual un sujeto incorpora un derecho a su patrimonio, y por tanto otro debe olvidar los que tenía respecto a determinada cosa. Por lo que, *“tanto la prescripción adquisitiva como la extintiva, nos demuestran que el derecho tiene un tiempo para ejercitarse, y que cuando este se agota, se olvidan las acciones y las antiguas titularidades. De alguna manera, a través de la prescripción se procura adaptar el derecho al hecho, a la realidad, exigiendo que se olvide no que durante mucho tiempo no ha encontrado la manera de realizarse”*⁸⁸. Además debemos recordar que el tiempo, y en este caso en la prescripción misma viene a consolidar los derechos de los sujetos y con ello perspectivas de vida en cuanto a su intimidad.

De igual forma se justifica la existencia del derecho al olvido, con la amnistía, entendida como causal de extinción de responsabilidad penal, y que se utilizó en España, para olvidar ciertos delitos y dar tránsito del Gobierno de Franco a la monarquía republicana. Con la amnistía se busca *“responder a un interés público de olvidar el delito; del otro, facilita que la persona que lo cometió pueda liberarse del estigma social negativo”*⁸⁹, lo cual se ha entendido que nadie podría recordarle al sujeto determinados hechos, a objeto de asegurar su libre desarrollo de la personalidad.

2.2.2.3 Derecho al olvido y su relación con la intimidad

El derecho al olvido tiene una fuerte vinculación con la intimidad, en sentido de que los sujetos al vivir en un Estado de Derecho, tienen las expectativas de lograr el pleno desarrollo de sus capacidades.

⁸⁷ SIMON, Op. Cit., p. 101.

⁸⁸ Ibid, ps.103- 104.

⁸⁹Ibid, p.110.

En dicho sentido, es importante considerar la intimidad en relación a la voluntad del sujeto, de que ciertos hechos estarán bajo reserva transcurridos un tiempo razonable, porque el olvido responderá, a si el tiempo podrá sanear actuaciones pasadas de los sujetos, sin importar que ellas hayan ocurrido en un ámbito público, para ser parte de una esfera privada. Por tanto, *“el tiempo constituiría, así, una barrera de reserva que permitiría al individuo confiar en que la información personal que fue pública o conocida, pero ha dejado de ser actual y no es objeto de atención de pública, se considere como reservada y no como res nullius publicable por cualquiera en cualquier momento, salvo que concurra un interés público en esa difusión”*⁹⁰. Por tanto, una de las primeras vinculaciones del derecho al olvido y la intimidad la podemos efectuar en relación a la posibilidad de alterar la calidad de privado o público de un hecho por el transcurso del tiempo, siempre y cuando no haya un interés público prevalente.

2.2.2.4 Derecho al olvido y protección de datos personales

El derecho a la protección de datos, al que vinculamos con el derecho a la intimidad en su fundamentación, ha sido concretizado como una manifestación del control que pueden ejercer los particulares sobre los datos que manejan en la red, por lo que su relación es directa con el derecho al olvido, sin perjuicio de que los ordenamientos jurídicos no hayan reconocido explícitamente el derecho.

Es así que de acuerdo a MIERES, un primer punto es el relativo al tratamiento de datos⁹¹, por lo que los sujetos en diversas legislaciones se les han concedido derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición respecto a datos de carácter personal que estén en la red.

Igualmente se vincula con la protección de datos, en relación al tiempo en que los datos circulan en la red, es así como *“el factor tiempo tiene una incidencia evidente sobre los datos que son objeto de tratamiento de un tercero, en la medida que en su paso puede hacer que el tratamiento de datos obsoletos resulte inadecuado, impertinente o excesivo, dando lugar a que el titular pueda ejercer sus derechos de cancelación, oposición o rectificación”*⁹², y en dicho sentido afectar de igual forma la intimidad, en la vertiente de que el tiempo ocasiona que determinados hechos que pudieron ser públicos sean privados ahora, siempre y cuando no exista un interés público que manifieste su quehacer.

⁹⁰ MIERES, Op. Cit., p.14

⁹¹ Debe considerarse que el tratamiento de datos en Internet, es lo establecido por la ley N° 19.628 en su artículo 2, letra o), es decir *“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”*. Al respecto vale mencionar, que tanto en Chile como en el derecho comparado, se indica que la ley es la que autorizará el tratamiento de datos, pero al desarrollar la ley los elementos de protección que debiesen incluir estos disminuyen.

⁹² MIERES, Op. Cit., p.19.

2.2.2.5 Límites al derecho al olvido

Si bien, la libre autodeterminación del sujeto es esencial en un Estado de Derecho, y una de las bases es la protección de la intimidad, no podemos desconocer que la protección de esta no es absoluta, y en algunas ocasiones deberá ceder a beneficio de otros derechos o aspiraciones sociales de mayor importancia.

Es así como en un aspecto general, los derechos fundamentales se ven limitados en los Estados de Excepción Constitucional, sin embargo para su relación con el olvido y la intimidad, es preciso ver su relación con circunstancias personales de los sujetos y la historia de un país.

En cuanto a las circunstancias personales del sujeto, atendemos principalmente a los caracteres de público⁹³, nuestra jurisprudencia y doctrina en relación al derecho a la intimidad, nos ha indicado “el situarse libre y voluntariamente como persona de relevancia pública le hace soportar a una persona un mayor nivel de afectación o injerencia en su honra, asumiendo tal riesgo, ya que la divulgación de tal información de relevancia pública contribuye a la formación de opinión pública, obteniendo su máxima intensidad o eficacia justificadora frente al derecho al honor, ya que ello es necesario debido al pluralismo político, la conformación de un espíritu crítico y tolerante, sin los cuales se vacía de contenido la sociedad democrática y el control y fiscalización de las autoridades que actúan en representación del pueblo”⁹⁴, es por ello que igualmente el olvido respecto a estos sujetos se limita. La justificación de la limitación radica “en que en las sociedades democráticas contemporáneas, la política de ideas ha dado paso a la política de confianza, de modo que lo que se ofrece al electorado es una persona en la cual confiar”⁹⁵, lo cual supone que las personas se interesen en aspectos más amplios de la vida del sujeto, por lo que se hace necesario observar conductas previas que haya efectuado.

Otro límite de carácter personal, son aquellos personajes que tienen notoriedad pública, es decir artistas, actores, o personas que detentan un cargo de importancia pública, de acuerdo a MIERES tanto información pasado como presente en relación con la labor que ejercen no debiese ser olvidada, a objeto de mostrar idoneidad en actividad que realiza. Así por ejemplo, no sería válido olvidar que un cantante constantemente ha suspendido los conciertos que supuestamente efectuaría por problemas siquiátricos, a objeto de recordarle a sus fans que el cantante podría tener alguna crisis que ocasionen que un show no se efectuará.

Por último, y de especial relevancia, es visualizar si es posible aplicar el derecho al olvido a sujetos que han efectuados hechos de relevancia histórica, en especial crímenes de lesa

⁹³ A caracteres de público, nos referimos a sujetos que detentan el poder político o son parte del proceso eleccionario de participación masiva.

⁹⁴ NOGUEIRA, Humberto. 1981. El Derecho a la Información en el Ámbito del Derecho Constitucional Chileno y Comparado en Iberoamérica y Estados Unidos. 74 p.

⁹⁵ MIERES, Óp. Cit, p.28.

humanidad. Al respecto, podemos indicar que en este sentido el TRIBUNAL DE INSTANCIA SUPERIOR DE PARÍS, nos señala:

“Visto que toda persona que ha estado mezclada en acontecimientos públicos puede, con el paso del tiempo reivindicar el derecho al olvido; que el recuerdo de los acontecimientos y del papel que haya podido desempeñar en ellos es ilegítimo si no está fundado en las necesidades de la historia o si su naturaleza es tal que pueda herir su sensibilidad”⁹⁶.

Por tanto, no existiría una lesión al libre desarrollo de la personalidad de un sujeto si se recuerdan hechos que involucran el quehacer general de la sociedad. Es importante destacar que estamos ante una limitación del olvido, porque en estos casos debe promoverse la memoria colectiva, dado que esta *“se presenta como una condición sine qua non de las instituciones del Estado constitucional. Sin una memoria individual y colectiva (de hechos de relevancia histórica social) no funciona ni el estado de derecho ni la democracia. Las Instituciones de la cultura y de la política en el Estado Constitucional democrático tiene la labor de promover el respeto y el perfeccionamiento del derecho y la <<responsabilidad>> democrática, vinculado bajo estos aspectos a la memoria de los ciudadanos”⁹⁷*, cuestión que se manifiesta en preámbulos constitucionales. Además las circunstancias históricas sirven como parámetros para determinar futuras actuaciones de órganos estatales.

2.3 Soluciones del Derecho Comparado

En esta parte del capítulo visualizaré como el Derecho Español, influenciado por criterios del Tribunal Europeo ha confrontado diversos problemas que hemos mencionado respecto a las nuevas tecnologías, para lo cual en primer término abordaremos la justificación constitucional que se le da al derecho al olvido; y como ha afrontado la legislación los problemas que surgen por el desarrollo de la tecnología, y en especial énfasis con la información que estas otorgan.

2.3.1 Justificación Constitucional del derecho al olvido

El sistema español comienza con la premisa de que su Constitución es un régimen abierto, por lo cual en este sentido y de acuerdo a los desarrollos efectuados en Alemania por PETER HABERLE, el cual caracteriza *“su teoría por una ruptura meramente dogmática y positivista estricta relacionada a la Constitución, presentándose ella, dentro del contexto de su función normativa, en una perspectiva abierta y plural, de matiz cultural, caracterizándose como un elemento vivo, resultante de interacciones y de las cristalizaciones que se procesan*

⁹⁶ SIMON, Op. Cit. p. 102.

⁹⁷ LUTHER, Jorg. 2010. El derecho a la memoria como derecho cultural del hombre en democracia. Revista Española de Derecho Constitucional (89): 45- 76.

*entre un texto normativo y entorno cultural*⁹⁸, lo cual nos permite efectuar una interpretación de los preceptos constitucionales de acuerdo al avance que efectúa la sociedad, y entender que la Constitución no es una norma estática.

Esta forma de comprender el fenómeno constitucional, implica fortalecer la democracia de un Estado, y establece ciertos desafíos para la concreción de los derechos fundamentales, principalmente en el campo de la interpretación, dado que los intérpretes de los derechos que engloban la Constitución deberán considerar la realidad que los gobierna. Por ello, se indica por HABERLE, que una *“fijación exclusiva de la interpretación en la jurisdicción debe y necesita ser superada, contexto dentro del cual la interpretación pasa a tener un nuevo papel, siendo reservada a los métodos tradicionales de interpretación una nueva función, la de actuar, también, como filtros por medio de los cuales la interpretación generada por la sociedad abierta de intérpretes son absorbidas por el lenguaje y por el universo jurídico”*⁹⁹, lo cual manifiesta que deben los encargados de resolver los conflictos adecuar las normas a la realidad en que se desenvuelven aquellos, y que el legislador tendrá nuevas esferas en las cuales cuestionarse si debe o no regular.

Es así, como el sistema español, tanto doctrinariamente como jurisprudencialmente, han construido el derecho al Olvido, fundando dicho derecho en artículo 10.1 de la Constitución Española. Dicho artículo establece que:

<<La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social>>.

El aspecto central que toman es el reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad de los sujetos como objeto de resguardo del Constituyente Español, y el cual se sustenta en la dignidad humana. Y si bien, el orden Español, indica en su artículo 1.1 de Constitución que los valores supremos son la libertad, la igualdad y el pluralismo político, y no menciona la dignidad, al respecto se ha indicado por el Tribunal Constitucional Español en relación con el artículo 10.1 en Rol 53/1995, que *“el legislador la considero como el punto de arranque, como el prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos”*¹⁰⁰, por tanto de esta norma pueden derivarse los demás derechos que se reconocen y surjan debido al avance de la sociedad, y con ello establecer una Constitución garante de los derechos de las personas.

Por ello PERE SIMON, entiende que por medio de esta norma se reconoce *“un valor jurídico que inspira los derechos fundamentales y su correcta interpretación, garantizando en*

⁹⁸ HENNIG, Monia. 2010. La noción de Constitución abierta de Peter Haberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del Amicus Curiae en el Derecho Brasileño. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca 8 (1): 283-304.

⁹⁹Ibíd., p.292.

¹⁰⁰ SIMON, Op. Cit., p.117.

*todo caso, el derecho de cada persona a determinar libremente su vida – presente y futura- de manera consciente y responsable, y a obtener el correspondiente respeto por los demás*¹⁰¹, lo que consagra en un sentido amplio la noción de libertad, para determinar los elementos que se consideraran para el desarrollo de la vida de los sujetos, y dentro de dicha libertad se protegen esencialmente derechos como la intimidad, honra e imagen.

Hay cierta doctrina que crítica esta postura, y en especial la posibilidad de existencia del derecho al olvido, indicando que *“supondría hacer posible borrar o rescribir la historia. Implicaría otorgar a las personas la facultad de alterar la objetividad de lo ocurrido, modificando su contenido o imposibilitando a los demás el acceso a esa información”*¹⁰² y atentaría a la libertad de expresión consagrada en artículo 20 de Constitución Española. En este sentido CODERCH, indica que la consagración del derecho al olvido *“constituiría un obstáculo al funcionamiento de los canales de información que necesitan los ciudadanos para desarrollar con responsabilidad y autonomía sus actividades”*¹⁰³ y aumentaría el poder de elites, lo cual apunta a tesis donde la prioridad la tendría la libertad de información, tal cual como acontece en el derecho Norteamericano, quienes al plantearse el problema han optado por darle una primacía máxima a la información, considerando que dicha forma las personas pueden tomar decisiones más formadas con quienes contratan.

Estas argumentaciones contra el derecho al olvido, quedan limitadas, al recordar que los derechos fundamentales, para su concreción no es una aplicación estricta de una norma, en sentido de DWORKIN, de aplicación del todo o nada, sino que más bien debe seguirse a ALEXYY, en que los derechos fundamentales deben aplicarse proporcionalmente, y por tanto es necesario un proceso de ponderación, en el cual se consideran su limitaciones.

Por ello, el reconocimiento del derecho al olvido no afectaría o disminuiría la libertad de expresión, y por tanto caso a caso, deberán considerarse las limitaciones de carácter personal que puedan concurrir o la influencia del factor tiempo, cuestión que el legislador deberá ver al regular la materia o el juez al resolver un caso concreto. Así por ejemplo, este derecho al apuntar a resguardar la intimidad en un sentido amplio, y considerando circunstancias que afectan el quehacer social, podría no dar lugar al olvido de ciertas circunstancias cuando un sujeto detente un cargo público.

Por tanto, en España se ha configurado el derecho al olvido, en la protección al libre desarrollo de la personalidad que se consagra en artículo 10.1 de Constitución, y en comprender que la Constitución no es una norma cerrada y estática. Es así que para atenuar su aplicación respecto a la libertad de expresión se entiende que hay lesión al derecho al olvido, cuando *“con indiferencia de si se afecta o no derechos de la vida privada, difundir hechos referentes al pasado – públicos o privados en el día de su publicación- que no respondan a un*

¹⁰¹ Loc. Cit.

¹⁰² MIERES, Op. Cit., p. 25.

¹⁰³ Loc. Cit.

*interés público actual, siempre que esto suponga un daño a determinadas personas en el sentido que afecte decisivamente la libertad de actuar y desarrollo su proyecto vital, debería ser contraria una actividad contraria al derecho al olvido*¹⁰⁴ (énfasis agregado), por tanto la actualidad y el interés público de determinados actos son limitantes para una consagración absoluta de este derecho, y dichas justificaciones se encuentran en la necesidad de concretar una sociedad democrática.

La importancia de la consagración de este derecho, es que permitiría a los sujetos combatir el problema más latente que existe en la red, como lo es la perennidad de la información, dando posibilidad a los sujetos de una posibilidad de control sobre su información en la web, y aún permite su reconocimiento en forma general tener que considerar la regulación sobre otras situaciones en que si bien es más difícil el acceso a la información podría ocasionar igualmente lesiones a la intimidad y en sí mismas, al libre desarrollo de la personalidad.

2.3.1.1. Tutela del derecho al olvido

Dada la justificación del derecho al olvido, y con ello el reconocimiento de su existencia, es necesario observar los mecanismos efectivos que ha instaurado el derecho Español para su protección.

En esta materia debemos considerar la Ley Orgánica de Protección de Datos, la cual ha creado la Agencia Española de Protección de Datos, órgano autónomo, el cual no ejerce jurisdicción. Esta institución tiene una serie de funciones, y destaca a objeto de velar por la efectividad del derecho al olvido y protección de datos en la red, el dar efectividad a los derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación, derechos que se contemplan a nivel Europeo en la Directiva Europea 95/46, que España ha suscrito.

Estos derechos podemos definirlos como:

1. Derecho de acceso, contemplado en artículo 12 de la directiva, y el cual define el artículo 27 número 1 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de datos , como el derecho del afectado a obtener información sobre si sus propios datos de carácter personal están siendo objeto de tratamiento, la finalidad del tratamiento que, en su caso, se esté realizando, así como la información disponible sobre el origen de dichos datos y las comunicaciones realizadas o previstas de los mismos.
2. Derecho de rectificación: el cual se manifiesta en diversas disposiciones de la directiva, y lo define el artículo 31 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de datos como el derecho del afectado a que se modifiquen los datos que resulten ser inexactos o incompletos.

¹⁰⁴ SIMON, Op. Cit., p. 123.

3. Derecho de oposición: el cual garantiza en artículo 14 la directiva, y es la facultad del interesado para oponerse al tratamiento de datos en aquellos casos que la ley autorice.
4. Derecho de cancelación: el cual se garantiza en artículo 16 de Ley orgánica de protección de datos, y es la facultad que tiene el interesado de exigir la destrucción de datos almacenado.

Estos derechos consagrados, podemos mencionar, que protegen dos aspectos, uno es la veracidad de datos, y en un segundo término la intimidad, como parte del libre desarrollo de la personalidad, dado que principalmente el derecho de cancelación y oposición, permiten que el sujeto controle que aspectos de su vida circulan en la red y son objeto de tratamiento de datos.

El sistema español, para concretizar la efectividad de estos derechos establece un mecanismo de carácter no jurisdiccional, por el cual se recurre en primer término ante el órgano que efectúa el Tratamiento de Datos, y en caso que este rechace el ejercicio del derecho del titular, puede recurrir a la Agencia Española de Datos, en virtud del recurso de reclamación que otorga artículo 15 de ley orgánica de Protección de datos, por lo cual se concretiza una manera de protección de la intimidad, y en sí el libre desarrollo de la personalidad del sujeto ante la red.

Desde un punto de vista jurisdiccional, el sistema español a propósito del olvido digital, a través del artículo 19 de Ley Orgánica de Protección de Datos¹⁰⁵, ha establecido el derecho a una indemnización, estableciendo órganos competentes de acuerdo de calidad de ente que causa el daño, por tanto se otorga una protección ex ante para la solución definitiva del asunto ante un órgano especializado, y el resarcimiento del daño a tribunales ordinarios. Sin embargo, no es el único medio jurisdiccional con el que cuenta. Debe considerarse que estamos ante la presencia de derechos fundamentales, por tanto es posible que fundándose en protección de intimidad o de protección datos personales (artículo 18 de Constitución Española), e incluso por el libre desarrollo personalidad en una interpretación más amplia (artículo 10 Constitución Española) podrán de acuerdo artículo 53.2 de la Constitución recabar la tutela de las libertades y derechos ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, con lo que España ha dispuesto una serie compleja de escenarios para la protección de estos derechos, y en especial estos últimos mecanismos pueden ser utilizados para entender una protección más amplio de olvido, que no solo abarque la red Internet.

¹⁰⁵ El artículo 19 de Ley Orgánica de Protección de Datos indica;

1. Los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados.
2. Cuando se trate de ficheros de titularidad pública, la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las Administraciones Públicas.
3. En el caso de los ficheros de titularidad privada, la acción se ejercitara ante los órganos de jurisdicción ordinaria.

2.3.2 El problema de acceso a datos personales a través de las sentencias judiciales

En relación con la perennidad de la información, hacíamos mención que en la situación actual la red permite que ella se eternice, y dentro de la información eternizada se encuentra la vinculada a antecedentes judiciales de los sujetos.

La forma en que se encuentra eternizada esta información, se manifiesta a través de buscadores jurisprudenciales de internet, y la existencia de revistas jurisprudenciales en las cuales no se efectúa un filtro respecto a los datos que en ellas se contiene, por lo cual se afecta la intimidad en la dimensión de existir la posibilidad de que determinados hechos que se desean ya no sean masificados puedan serlo por estas contenidos en estas plataformas.

En primer lugar debemos indicar que en España, y al igual que en la mayoría de los países de tradición civilista, se ha dado un alto alcance al principio de publicidad, y que en el derecho español se gráfica en materias judiciales al indicarse en el artículo 120 numeral 1º de su Constitución que:

“Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento”.

Este principio lo desarrollo el artículo 266.1 de la ley orgánica 6/1985, de 1 de julio de 1985, el cual establece << *las sentencias, una vez extendidas y firmadas por juez o por todos los magistrados que las hubieran dictado, serán depositados en la Oficina Judicial y se permitirá a cualquier interesado el acceso al texto de las mismas* >>¹⁰⁶, de aquí la interpretación hecha en el derecho español respecto de que las sentencias eran públicas para todos los ciudadanos cumplidos los presupuestos de la norma.

Pues bien, dicha interpretación cambio, por una sentencia del año 1995 del Tribunal Supremo, interpretando restrictivamente el concepto de interés legítimo, fundado principalmente en que *“no afecte a los derechos fundamentales de las partes procesales u otros intervinientes en el proceso, para salvaguardar esencialmente la privacidad y los derechos relativos a la vida privada de los mismos; que la información sea utilizada para la consecución de propósitos estrictamente judiciales”*¹⁰⁷, con lo que concluimos que en España se decide dar pie a la publicidad del fundamento de las decisiones, pero no a quien atañen, a objeto de evitar la utilización de la labor judicial para fines apartados del derecho.

Con el objeto de resguardar los antecedentes de los sujetos, es que surge en España el Centro de Documentación Judicial, el que con el objeto de resguardar datos personales y la intimidad de los sujetos, asume la *“función de actuar como un ente aglutinador, capaz de sistematizar, catalogar y ordenar la misma para ponerla a disposición de los interesados y*

¹⁰⁶ SIMON, Op. Cit., p.63.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, p. 65.

*ofrecerla permanentemente actualizada*¹⁰⁸, efectuando con ello un tratamiento de datos respecto a las personas involucradas en sentencias judiciales, lo cual no incluye su adopción en boletines oficiales, los cuales de momento aún se dan en soporte papel.

La influencia del Centro de Documentación Jurisprudencial, fue tan influyente que afectó incluso a leyes procesales, tanto así que la publicidad se reguló de forma diversa, de acuerdo a PERE SIMON, ello se refleja en ley orgánica 19/2003 de 23 de diciembre, en que el art 266.1¹⁰⁹ de la ley orgánica del Poder Judicial establece el deber de anonimato de las víctimas para evitar que sentencias sean ocupadas con fines contrarios a la ley; y en artículo 107.10¹¹⁰ de la misma ley al señalar que un reglamento tendrá que tratar las materias relativas a tratamiento de datos, y asegurando que se resguarde la protección de datos personales. Es interesante ver como en España, es el Poder Judicial quien resuelve los problemas perjudiciales que pueden ocasionar la difusión de datos personales para la vida de los sujetos, más allá de actuaciones públicas como lo son audiencias y pronunciamiento mismo de la sentencia, y como el legislador dispone que sea este mismo el que dé solución a la cuestión.

Sin perjuicio de esta adopción por parte del Poder Judicial para enfrentar la masividad de las informaciones, hay un problema que aún se mantiene en España, y es el hecho de que en los boletines oficiales, la ley no permite el tratamiento de datos personales, y la creciente masividad de aquellos en Internet, lleva a que se genere la paradoja de que en algunos sitios sí se pueda acceder a datos personales y a otros no a dicha información. En este sentido, a objeto de lograr una solución a esta incongruencia, PERE SIMON, indica que lo esencial es establecer la mayor cantidad de trabas posibles a los buscadores de Internet, a objeto de no sea posible llegar a una sentencia judicial por el solo hecho de indicar el nombre de una persona en un buscador como YAHOO o GOOGLE. Al respecto, debo indicar que los autores no señalan si avalan algún cambio legislativo en la materia a objeto de que solo se abogue por publicar el contenido jurisprudencial del caso.

De lo expuesto, podemos ver que en España, a objeto de proteger los datos personales, y con ello la intimidad, se han tomado medidas para prevenir la difusión de datos de los sujetos,

¹⁰⁸ Loc. Cit.

¹⁰⁹ Dicho norma indica: Artículo 266: 1. El acceso a l texto de las sentencias, a o determinados extremos de las mismas, podrá quedar restringido cuando el mismo pudiera afectar el derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela a la garantía de anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda, así como, con carácter general, para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a la ley>>

¹¹⁰ Dicha norma indica: Artículo 107: 10. A tal efecto, el Consejo General del Poder Judicial, previo informe de las Administraciones competentes, establecerá reglamentariamente el modo en que habrán de elaborarse los libros electrónicos de sentencias, la recopilación de las mismas, su tratamiento, difusión y certificación, para velar por su integridad, autenticidad y acceso, así como para asegurar el cumplimiento de legislación en materia de protección de datos personales

y en especial en relación a las sentencias judiciales, se han tomado como criterios de acuerdo a SILGUERO¹¹¹:

- Datos personales de partes y testigos del proceso deben ser anonimizados.
- Datos de jueces, abogados y demás colaboradores de la administración de justicia, no deben anonimizarse atendida la función que cumplen en el proceso.

A pesar de lo expuesto, en España, el Tribunal Constitucional, y en Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no comparten este análisis de la situación.

El Tribunal Constitucional español explica su posición señalando que *“las resoluciones del supremo interprete de la norma normarum se publicarán íntegramente, cosa que se concreta, con obligación formal de publicar las resoluciones en el BOE (Boletín Oficial del Estado) y con la obligación material de dotar de mayor accesibilidad y difusión pública al contenido de todas las resoluciones jurisdiccionales que incorporan doctrina constitucional”*¹¹², cuestión que nos lleva a preguntarnos si es primordial para sus fines dar a conocer todos los antecedentes.

En cuanto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, este relaciona la protección de datos directamente con la intimidad y nos dice *“la intimidad no debe prevalecer en todos los propósitos constitucionalmente perseguidos con la publicidad de las sentencias, entre los que se encuentra el objetivo de mantener la confianza ciudadana en la justicia”*¹¹³, y en la cual se encuentra el reconocer a quienes participan en los procesos.

De lo expuesto, podemos observar que en materia de datos personales e intimidad, en España no es pacífica la solución entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, pero a pesar de ello es relevante la labor que efectúa el Poder Judicial, dado que es en las cuestiones que ante él se ventilan donde se desarrollan aspectos de carácter personalísimo, en relación a los derechos fundamentales, aunque no deja de estar abierta la pregunta de si realmente es conveniente o no indicar el nombre de los sujetos que participan en un proceso de manera eterna.

2.3.3. El consentimiento informado en la red

Con la asunción de las redes sociales, se ha masificado el hecho de que cada vez son más los servicios a que se acceden en la red sin que las partes se informen adecuadamente de las condiciones de uso de estos. Por dicha circunstancia, es que en ocasiones, son los mismos sujetos quienes ponen en riesgo sus derechos fundamentales.

¹¹¹ SILGUERO, Joaquín. 2009. Régimen de la protección de datos en la publicación de las decisiones judiciales. Revista Española de Protección de datos (5): 55-154.

¹¹² SIMON, Óp. Cit., p.75.

¹¹³ Ibid, p.78.

Esto queda de manifiesto en lo señalado por BRUCE SCHNEIER, director de seguridad de BRITISH TELECOM, al indicar que *“los usuarios de Facebook no somos sus clientes; somos su producto, que vende a sus clientes”*¹¹⁴, dado que al aceptar el uso de servicio, estamos autorizando que la empresa efectúe tratamiento de nuestros datos personales. De esta forma Facebook *“ofrece base de datos a empresas interesadas en prospecciones de mercado o en negocios basados en perfiles personales. Se posibilita así investigar preferencias de un segmento de la población, acotados según edades y área geográfica y llegar al público adecuado en momento justo”*¹¹⁵.

Lo relevante en esta materia es que realmente existe un problema de legalidad y vulneración en lo que efectúa Facebook, ante esto desde la óptica del derecho Español se responde que no, atendido a *“que la legalidad de las practicas viene amparada normalmente por la aceptación que efectúan los usuarios de las condiciones de uso de las redes sociales y la aceptación de aquellos de los parámetros por defectos establecidos en la red social”*¹¹⁶, por lo que son los mismos usuarios quienes deben resguardarse de que elementos ponen a conocimiento de los demás.

Sin perjuicio de lo indicado, debemos plantearnos si realmente existe una igualdad al momento de aceptar los términos de uso, y el hecho que los usuarios al utilizar las redes sociales, en especial las de carácter lúdico, creen convivir en un ambiente de privacidad, por lo que en ocasiones acontece que hechos de carácter privado son compartidos bajo la expectativa que no se difundirán hasta un determinado círculo social, pero la realidad es que dado el contrato que han suscrito con la red social estos hechos pueden ser conocidos por todos. Por ello, surge la duda si el proveedor del servicio podría tener algún grado de responsabilidad por ello, y en su caso por vulneración de la intimidad.

Ante esto cierta parte de la doctrina española considera *“que es cierto que el usuario, por falta de diligencia, ha compartido información con quien no debía, pero no es menos cierto el hecho de que no siempre los términos y condiciones de las plataformas web, aplicaciones y redes sociales son del todo claros y comprensibles para el usuario medio de internet”*¹¹⁷, por lo que consideran que es el mismo ordenamiento jurídico en el ámbito del derecho contractual el que les da la solución a este caso, y sería aplicar el artículo 1288 del Código Civil español el cual señala: *<<La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad>>*, entendiendo que para los casos concretos las partes podrían refugiarse en la tecnicidad de las cláusulas y en su posición de inferioridad para buscar resguardar sus derechos.

¹¹⁴ TOURIÑO, Op. Cit., p. 47.

¹¹⁵ Ibid, p.49

¹¹⁶ Ibid, p.51

¹¹⁷ Ibid, p.56

Respecto al consentimiento, otra cuestión que ha tenido un mayor desarrollo en la jurisprudencia española, es lo relativo a publicaciones que efectúa una persona respecto a otra en redes sociales sin la autorización de esta. Ante esta situación, la jurisprudencia ha reaccionado, indicando que se produce una vulneración de la privacidad del sujeto, cuando se publica sin el consentimiento de este o en aquellos casos en que un tercero interfiere la cuenta de un usuario. En estas situaciones la jurisprudencia española ha utilizado herramientas del derecho penal y civil para proteger a las personas afectadas, aplicando penas y otorgando indemnizaciones de perjuicios. Así por ejemplo encontramos un caso en el juzgado de Pamplona¹¹⁸, por el cual se condenó a un joven a una pena de seis meses de prisión y a pagar una multa de €1.080 (mil ochenta euros) como autor de delito de revelación de secretos, por haber accedido sin el consentimiento de una amiga a su cuenta de Tuenti¹¹⁹, lesionando su privacidad al acceder a su cuenta, u otro caso en que un juez de Santander condenó a un año de cárcel a un sujeto que publico fotografías de su ex novia desnuda en la misma red social.

De lo expuesto, podemos visualizar que los problemas de consentimiento desinformado que se producen en la red, y las consecuencias que surgen en la intimidad u otros derechos fundamentales de los sujetos, son resueltas por aplicación de parámetros que ofrece el mismo sistema vigente, en estos casos recurriendo a cuestiones reguladas en el derecho civil (régimenes de responsabilidad) o configurar delitos y recurriendo al derecho penal.

2.3.4. El problema de los Cookies

Los cookies son elementos informáticos con los que cuentan las empresas proveedoras de internet e implican información enviada por un sitio web y almacenada en el navegador del usuario, de manera que el sitio web pueda consultar la actividad previa del usuario y son una manifestación clara de invasión respecto a la intimidad de los sujetos, dado que estos pueden efectuar un seguimiento detallado de lo que efectuamos en la red sin que tengamos conciencia de ellos.

Los cookies invaden la vida del sujeto en la red, porque *“pueden contener datos personales del sujeto, además de que han llegado a ser un poderoso instrumento de obtención de información para el administrador de un servicio y para los departamentos de marketing de empresas que hacen publicidad en Internet o simplemente disponen de una página web”*¹²⁰, por lo que son un elemento que permite el control respecto a nuestras conductas de navegación.

En este contexto, invasivo de la privacidad, las empresas al tener la habituación de nuestra navegación, *“ofrecen campañas publicitarias en función de la información que recolectan,*

¹¹⁸ *Ibíd.*, p.54

¹¹⁹ TUENTI, es una red social, y en España es la de mayor difusión.

¹²⁰ FERNANDEZ, María. 1999. El impacto de las nuevas tecnologías e Internet en los derechos del art. 18 de la Constitución. Anuario de la Universidad de Extremadura (17): 523-544.

que no es otra cosa que la estela que dejamos al navegar”¹²¹, es así como si una persona ingresa a una red social como Facebook, al observar su inicio, podrá encontrar publicidad sobre productos de su interés para que dé “Me gusta” a dichas páginas, y tenga más información de ellos, lo cual ha sido consecuencia de la utilización de Cookies. Podemos observar que estos son un elemento invasivo silencioso de la intimidad, en el cual sin que tengamos conciencia la red se ha adueña de nuestras preferencias.

En España se ha enfrentado este problema de los cookies, por influencia de la Comisión Europea de Justicia, a través de la ley de comercio electrónico, y se considera en ella lo estipulado en el artículo 22 N° 2, inciso 1°¹²², de dicha ley, que permite entender que *“las plataformas de internet se encuentran facultadas para utilizar cookies y tecnologías similares a condición de que los destinatarios de las mismas hayan dado su consentimiento, después de que se les haya facilitado información clara y completa sobre su utilización”*¹²³, cuestión complementada por la Agencia Española de Protección de datos junto a otros entes en la creación de una guía de uso de Cookies.

En la materia a objeto de limitar esta situación, en la guía mencionada para dar ejecución a la ley, se han establecido deberes de información y el obtener el consentimiento del usuario. Respecto al primer deber este se ejecuta: *“1) provisión de información a través de una barra de encabezamiento o pie de página; 2) la provisión de la información en el momento del alta del usuario o al activar un nuevo servicio; o bien, 3) la provisión de la información por capas, de manera de que se mostraría la información esencial en la primera capa, completando dicha información en una segunda capa que ofrezca una información adicional y más completa de los cookies”*¹²⁴. En cuanto a la segunda obligación, es que el usuario preste su consentimiento sea este expreso o tácito.

Podemos visualizar que España, a objeto de regular esta materia tiende a solucionarlo estableciendo deberes de información en la red por parte del propietario de los cookies, a objeto que sea el mismo usuario el que decida si acepta la posibilidad de que su navegación sea captada por el prestador de servicios. De alguna forma, dicha regulación tiende a enfrentar problemas de consentimiento desinformado, aunque queda la interrogante si ello es suficiente para dar una solución definitiva al asunto.

¹²¹ TOURIÑO, Óp. Cit., p.58.

¹²² Dicha norma indica: Artículo 22: Derechos de los destinatarios de comunicaciones comerciales: 2. Cuando los operadores de servicios empleen dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales, informarán a los destinatarios de manera clara y completa sobre su utilización y finalidad, ofreciéndoles la posibilidad de rechazar el tratamiento de datos mediante un procedimiento sencillo y gratuito.

¹²³ TOURIÑO, Op. Cit., p.59.

¹²⁴ TOURIÑO, Op. Cit., p.60.

2.3.5. Los buscadores de internet

Uno de los aspectos de más desarrollo en la web, es la utilización de los buscadores por parte de los usuarios, los cuales han sido definidos como *“programas o aplicaciones que residen en un sitio o página web, los cuales al ingresar palabras en sus recuadros de búsqueda, operan dentro de la base de datos del mismo buscador y recopilan todas las páginas que tengan información relevante y relacionada con la que se busca”*¹²⁵. A pesar de su utilidad para la búsqueda de información, estos constituyen uno de los elementos que más trasgreden la intimidad e incluso el libre desarrollo de la personalidad de las personas, atendido que por el solo hecho de buscar el nombre de una persona pueden vincularla a una serie de circunstancias, por medio de las cuales se puede formar un criterio de las características de una persona.

El derecho Español, no ha regulado expresamente la situación de las personas ante los buscadores, y ha sido la jurisprudencia quien ha resuelto esta disyuntiva, recientemente en el año 2014, en un caso de connotación mundial. Sobre este asunto nos detendremos un momento.

El caso trata de un ciudadano español, que recurre ante la Agencia de Protección de Datos contra un periódico local y Google Spain y Google Inc., ejerciendo su derecho de cancelación, dado que al indicar su nombre en buscador, lo direccionaba a un aviso del diario respecto a subasta de bienes inmuebles, relacionado con embargo de bienes por una deuda, cuestión que aconteció hace más de 10 años, lo cual condicionaba la imagen que se forman los demás sobre él, así como su intimidad en un sentido que es un hecho del cual desea que ya no sea conocido masivamente por los demás, es decir una expectativa de que el hecho pase a una esfera íntima.

Ante esto la Agencia de Protección de Datos Personales, en primera instancia acoge el recurso respecto a Google Spain y Google Inc., fundando dicha resolución en que quienes gestionan motores de búsqueda están sometidos a la legislación de protección de datos, puesto que llevan a cabo un tratamiento de datos del que son responsables y actúan como intermediarios de la sociedad de la información, pero lo rechaza respecto al periódico atendido que dicha publicación fue autorizada por un órgano estatal. Google, interpone recursos ante Audiencia Nacional, por considerar que no es obligación de buscadores efectuar un tratamiento de datos respecto a lo que circula en la web.

Esto llevo a que Audiencia Nacional, órgano de segunda instancia, plantee una cuestión previa ante Tribunal Europeo de Derecho Humanos, en adelante e indistintamente TEDH,

¹²⁵ CAMPUSANO, Rayen. 2014. Don't be evil. Google y privacidad. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de derecho. 179 p.

respecto a la directiva 95/46, donde las interrogantes de mayor relevancia respecto a la función que ejercen los buscadores son:

1. Si estos ejecutan o no tratamiento de datos;
2. Si el buscador es responsable de ello;
3. Si puede la Agencia de Protección de Datos Personales de España dirigirse directamente al buscador para retirar la información publicada por terceros, en caso ejercicio derecho de cancelación o de derecho de oposición.

En primer término, respecto a la existencia de tratamiento de datos por parte de buscadores, en considerando 28 de sentencia del TEDH, asunto C-131/12 se señala: *“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)¹²⁶, de la Directiva 95/46, 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”¹²⁷.*

Segundo, en cuanto a si el buscador de Internet es responsable de dicho tratamiento de datos, el considerando 38 de la sentencia es explícito al respecto indicando que: *“en la medida en que la actividad de un motor de búsqueda puede afectar, significativamente y de modo adicional a la de los editores de sitios de Internet, a los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de datos personales, el gestor de este motor, como persona que determina los fines y los medios de esta actividad, debe garantizar, en el marco de sus responsabilidades, de sus competencias y de sus posibilidades, que dicha actividad satisface las exigencias de la Directiva 95/46 para que las garantías establecidas en ella puedan tener pleno efecto y pueda llevarse a cabo una protección eficaz y completa de los interesados, en particular, de su derecho al respeto de la vida privada”¹²⁸*, es interesante esta parte de la sentencia, porque reconoce que el derecho a la privacidad o intimidad es el que corre mayor riesgo por la posibilidad de buscar a una persona y formarse un criterio de cómo podría ser esta, y además que el hecho de que los buscadores sean una especie de intermediario, no les

¹²⁶ Dicha norma indica: Artículo 2: Definiciones. A efectos de la presente directiva se entenderá por: b) «tratamiento de datos personales», («tratamiento,»: cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción. En tal sentido, vale mencionar que esta norma es igual a la presente en nuestra ley de protección de datos personales.

¹²⁷ Tribunal de Justicia Europeo. Asunto C- 131/12, sentencia de fecha 13 de mayo de 2014.

¹²⁸ *Ibíd.*

quita el deber de velar porque los derechos fundamentales se concreten, e incluso a objeto de dar un mayor ámbito de protección se establecen exigencias para que sean todos los entes partícipes, lo que a juicio de este autor es una aplicación del efecto horizontal de los derechos fundamentales. Además este considerando se refuerza con lo establecido en el 41, al indicar *“que los editores de sitios de Internet tengan la facultad de indicar a los gestores de los motores de búsqueda, con la ayuda, concretamente, de protocolos de exclusión como «robot.txt», o de códigos como «noindex» o «noarchive», que desean que una información determinada, publicada en su sitio, sea excluida total o parcialmente de los índices automáticos de los motores, no significa que la falta de tal indicación por parte de estos editores libere al gestor de un motor de búsqueda de su responsabilidad por el tratamiento de datos personales que lleva a cabo en el marco de la actividad de dicho motor”*¹²⁹, con lo cual los terceros que publican los datos, si bien tienen medios para que la información vinculada a una persona no aparezca ante un buscador, si ellas no lo ejecutan, será deber del buscador tomar las medidas necesarias para que la información personal de un sujeto como cuestiones relativas a su intimidad no aparezcan en este, por lo que el sujeto tiene más elementos de garantía para resguardar sus derechos fundamentales, a través de deberes de promoción activa que incluso efectúan particulares en este caso.

Finalmente y tercero, en cuanto a la interrogante si pueden dirigirse directamente la Agencia de Protección de Datos Personales a los buscadores en uso de las personas de sus derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación, como consecuencia de las interpretaciones ya dadas de las otras interrogantes, el Tribunal Europeo, autoriza que pueda actuar directamente la Agencia ante los buscadores. Esto se justifica en lo descrito en considerando 80, al indicarse que: *“un tratamiento de datos personales como el controvertido en el litigio principal, efectuado por el gestor de un motor de búsqueda, puede afectar significativamente a los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de datos personales cuando la búsqueda realizada sirviéndose de ese motor de búsqueda se lleva a cabo a partir del nombre de una persona física, toda vez que dicho tratamiento permite a cualquier internauta obtener mediante la lista de resultados una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet, que afecta potencialmente a una multitud de aspectos de su vida privada, que, sin dicho motor, no se habrían interconectado o sólo podrían haberlo sido muy difícilmente y que le permite de este modo establecer un perfil más o menos detallado de la persona de que se trate. Además, el efecto de la injerencia en dichos derechos del interesado se multiplica debido al importante papel que desempeñan Internet y los motores de búsqueda en la sociedad moderna, que confieren a la información contenida en tal lista de resultados carácter ubicuo”*¹³⁰, lo que muestra que dar una amplitud de legitimados pasivos a la Agencia de Protección de Datos, amplía el ámbito de protección de los sujetos, y con ello se da por sentado como la actividad de los buscadores puede lesionar la intimidad de un sujeto, o el concepto más amplio que es el libre desarrollo de la personalidad.

¹²⁹ *Ibíd.*

¹³⁰ *Ibíd.*

Por último, en relación a esta sentencia, debemos considerar que reconoce explícitamente la existencia del derecho al olvido en materia digital, e incluso al definir el conflicto establece que este recurso debe acogerse, pero reconociendo limitaciones, como es el caso de un sujeto que desempeñe un papel en la vida pública, cuestión que el Tribunal Europeo señaló en el considerando 99¹³¹, de la sentencia comentada.

A la luz de lo expuesto, podemos ver que en el Derecho Español si bien no regula expresamente la situación de los buscadores, si se ha hecho cargo de la problemática la jurisprudencia de la Agencia Española de Protección de Datos, en un afán garantista de los derechos fundamentales, aplica la Ley Orgánica de Protección de Datos, ante el silencio del legislador, lo cual se fortalece con la interpretación de los preceptos normativos efectuados por el TEDH, esto es sin perjuicio que el legislador Español aún tiene tarea pendiente en la materia, la cual podría tomar otros rumbos, principalmente porque la jurisprudencia es una guía primordial, que en los sistemas civilistas no es fuente directa del derecho y que afecta únicamente a las relaciones jurídicas entre las partes de un proceso.

2.4 Conclusiones del capítulo

De lo estudiado en este capítulo podemos concluir:

1. Existe una realidad tecnológica, por la cual la intimidad corre riesgos por nuevas estructuras que antes no existían y en que los factores tiempo y lugar, ya no cumplen con ser agentes de olvido, lo que genera la perennidad de circunstancias de la vida que debiesen considerarse privados, además de la creación de nuevos mecanismos que utilizan grandes empresas para entender la estructura que efectúan las personas en la red.
2. La evolución de la sociedad, hace que los derechos existentes deban evolucionar, lo cual ha llevado al proceso de especificación, y dentro de este surge el derecho de protección de datos personales, que si bien es especificación de la intimidad, por la tecnología incluso podemos plantear que su ámbito de protección es más amplio, y abarca igual a otros derechos como la el honor y la imagen. Su preponderante vinculación con la intimidad se ha manifestado en la consideración de ciertos datos personales como sensibles, sin perjuicio de que en solo hecho de categoría más amplia puede haber lesión a la intimidad.

¹³¹El considerando 99 indica al respecto: 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.

3. Surge la necesidad de plantear la existencia del derecho al olvido, a objeto de asegurar la intimidad de los sujetos, y surge como un derecho necesario para resguardar el libre desarrollo de la personalidad de los sujetos, que es el medio de justificación en las Constituciones, mientras no se regule de forma explícita, y el cual en su ejercicio tiene una vinculación preponderante con los elementos de resguardo que se otorgan a propósito de la protección de datos personales.
4. En el derecho comparado, en especial España y Comunidad Europea, se ha legislado respecto algunos de los problemas que surgen en la sociedad tecnológica y de la información a través de leyes especiales, que buscan dar solución a los conflictos que puedan suscitarse, pero sin perjuicio de ello es un camino que recién comienza, y en el cual la labor jurisprudencial está jugando un rol fundamental.

Capítulo III: La intimidad y las nuevas tecnologías en Chile.

En el presente capítulo se pretende abarcar en términos generales, como el sistema jurídico chileno ha acogido los nuevos derechos derivados de la intimidad, en especial su construcción normativa en base a la Constitución Política; y analizar someramente si en el derecho chileno podemos visualizar regulación respecto a los problemas identificados en el capítulo segundo y posibles lesiones a la intimidad de los sujetos titulares de derecho fundamentales.

3.1 El Derecho de Protección de Datos en el Derecho Chileno

En nuestra legislación, el 28 de agosto de 1999 se publica en el Diario Oficial la ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada, la cual abarca problemáticas que ha generado la red respecto a los sujetos, y a partir de esta ley se ha conceptualizado en la doctrina nacional el derecho de protección de datos personales, criterio que como vimos en capítulo anterior puede abarcar aspectos más amplios que la misma intimidad, lo que incluso ha llevado a plantear que nos encontramos ante un derecho autónomo.¹³²

3.1.1 Derecho de Protección de Datos como problema constitucional

La protección de datos de carácter personal, no ha sido tratada en nuestra doctrina y jurisprudencia en general como un derecho autónomo, y más bien como un derivado de la intimidad, en dicha materia podemos observar la labor que ha ejercido en la materia el Tribunal Constitucional chileno, pues en un primer período (2000-2010) lo trato como un problema vinculado netamente a la intimidad, en el cual se planteó en diversas sentencias, los siguientes criterios:

- 1- Se puede vulnerar la intimidad en caso de consentimiento del afectado
- 2- Se plantea la noción de privacidad desde un punto de vista de libertad positiva y negativa, es decir hay actividades del agente para que no se vea afectado su derecho y actividades de promoción por el ente estatal.
- 3- Se comprende que hay limitaciones de la intimidad en casos de un bien jurídico mayor^{133 134}.

Con posterioridad se ha comprendido como un asunto que tiene fisonomía propia, pero sin desvincularse completamente de la intimidad, e incluso QUEZADA nos señala al respecto que *“la estrecha relación entre vida privada y datos personales no es más que una relación de*

¹³² ARRIETA, Raúl. 2009. Chile y la Protección de Datos Personales: Compromisos Internacionales (pp. 13-22). En: Chile y la Protección de Datos Personales ¿Están es crisis nuestros derechos fundamentales? Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago, Chile. 13 p.

¹³³ En esta materia el Tribunal Constitucional yerra en la forma de plantear el asunto, dado que lo correcto es hablar de un criterio de ponderación de bienes jurídicos.

¹³⁴ QUEZADA, Flavio. 2012. La protección de Datos Personales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista de Derecho Público (Universidad de Chile), Vol. 76: 425-441.

*pertenencia: la protección de los segundos se ancla constitucionalmente en la protección de la primera*¹³⁵, en este punto el Tribunal Constitucional ha comprendido, en sentencia de Inaplicabilidad Rol N° 1732-2010 (Acumulado 1800-2010), que inicia una nueva forma de configurar el problema, entre las cuales destacan:

1. Que la protección de datos guarda una estrecha relación con la protección de la vida privada, configurando la autodeterminación informática;
2. La autodeterminación informática implica un control de la información que podemos ejercer sobre datos que circulan sobre nosotros;
3. Que hay una limitación en relación a datos que puedan proteger intereses legítimos de la sociedad;
4. Reconoce el asunto de que no todos los datos son sensibles (donde se encontrarían los que su divulgación afectarían de forma íntegra la intimidad)¹³⁶.

Estos criterios han influido, de modo que incluso el constituyente visualice el asunto y comprenda la necesidad de darle una mayor regulación al asunto, es así como podemos mencionar que en el Boletín 9.384-07, el cual impulsa una modificación Constitucional para la consagración del derecho de Protección de Datos Personales, incorporándolo al artículo 19 N° 4, que desde del día 3 de marzo de 2015 se encuentra en el último Trámite Constitucional¹³⁷, y en virtud del cual se permitirá una aplicación directa de la acción de protección en la materia fundado en la protección de datos.

Sin duda, que a pesar de que es una cuestión que ya reviste caracteres de autonomía en doctrina, la protección de datos personales, aún será vinculada a la intimidad y a otros derechos, lo cual no necesariamente es un error, y más bien es un avance para una sociedad en que surgirán más problemas por el uso de tecnologías.

3.1.2 Modelo de garantía de Ley Protección de Datos Personales

En el capítulo anterior hicimos una mención al tratamiento de datos, que es el problema principal en que surge la ley de protección de datos, y por el cual se pueden producir lesiones de los derechos fundamentales de los sujetos. La ley N° 19.628 define lo que es tratamiento de datos en el artículo 2°, letra O, indicando al respecto: que es, “*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*”.

¹³⁵ *Ibíd.*, p. 435.

¹³⁶ *Ibíd.*, págs. 435- 436.

¹³⁷ CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE. [en línea] <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9798&prmBL=9384-07> [Consulta: 23 de mayo de 2015]

Al respecto debemos reiterar, que es un criterio amplio en el cual se puede englobar cualquier uso que se efectúe de datos personales, por ello en Chile la misma ley en su artículo 4° establece que no habrá inconvenientes en el tratamiento de datos si el titular expresamente lo consiente o la ley lo autoriza cumpliendo solemnidades pertinentes. Además la misma norma establece que hay situaciones en las cuales no se requiere ningún tipo de autorización¹³⁸.

A consecuencia de esta situación, es que esta ley ha establecido derechos a los particulares frente a los agentes de tratamiento de datos, entre los cuales consagra el derecho de información y acceso, modificación o rectificación, cancelación, bloqueo¹³⁹, y a obtener copia (Recurso de Habeas Data). En esta materia podemos indicar que Chile cumple en relación con el derecho comparado en la consagración de estos derechos, pero la interrogante es saber si Chile cuenta con los mecanismos adecuados para proteger el derecho invocado.

En esta materia que se encuentra regulada en los artículos 12 y siguientes de la ley N° 19.628, es interesante mencionar que la ley al igual que en el derecho comparado, en especial la Directiva Europea 95/46 CE, nos indica que estos derechos se hacen valer en primer término ante el gestor del tratamiento de datos, pero el gran déficit que manifiesta la ley, es en cuanto a los mecanismos posteriores a esta situación, es decir en aquellas hipótesis en que el gestor se niega a la petición del particular por causas diversas a las permitidas a la ley o por su inactividad.

En las situaciones descritas, el particular puede acudir a un tribunal civil para ejercer su derecho, pero este procedimiento a pesar de pretender ser sumario, es insuficiente porque la *“acción judicial prevista para la protección del derecho no cumple estándares de aseguramiento del principio del debido proceso que debe regir a los procedimientos judiciales”*¹⁴⁰; los jueces civiles no tienen por regla general, el grado de especialidad en la materia atendido los diferentes asuntos que conocen; es un hecho público la lentitud de los juzgados civiles por la saturación de causas; por último, los particulares cuando acuden a exigir sus derechos ante un tribunal civil deben soportar un costo adicional, dado que los particulares por regla general deben costear su acceso, porque supone que estamos ante bienes

¹³⁸ Los casos son de acuerdo al artículo 4° incisos 5° y 6° de ley 19.628:

No requiere autorización el tratamiento de datos personales que provengan o que se recolecten de fuentes accesibles al público cuando sean de carácter económico, financiero, bancario o comercial, se contengan en listados relativos a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia del individuo a ese grupo, su profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento, o sean necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios.

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

¹³⁹ Estos derechos han sido definidos en capítulo II apartado 2.3.1.1.

¹⁴⁰ ARRIETA, Óp. Cit, p.18.

jurídicos donde lo privado es lo primordial, cuestión que en este asunto no se visualiza con claridad.

3.1.3 Problemas del sistema chileno

A nivel doctrinal se ha entendido que un sistema adecuado del derecho de Protección de Datos, tendría que tener como modelo el sistema europeo, el cual describimos, desde la óptica española, en el capítulo anterior al tratar soluciones del Derecho Comparado a los problemas que surgen a partir de las nuevas tecnologías.

Es así, que en nuestro sistema encontramos déficit tales como:

-

- La ley no ha determinado quién es el responsable del tratamiento de datos, ¿Quién debe responder por los daños que se generan? En esta materia, sin perjuicio que la ley pueda determinar los responsables, es esencial la labor que pueda ejercer el órgano llamado a resolver los conflictos en la materia, cuestión que se dio por ejemplo en caso GOOGLE, a nivel Europeo.

- Falta de deber de información y registro de Tratamientos por Bancos de Datos Privados: la inexistencia de este deber de información no permite dar plena operatividad al derecho; así la falta de un registro, “*donde cualquier persona pueda consultar sobre los tratamientos de datos que se hace de ella*”¹⁴¹, y que sea obligatorio para los particulares, permite que el tratamiento de datos se efectúe dentro de un aparataje en el cual las personas no tienen mayor acceso. Debemos mencionar que los agentes públicos que efectúan tratamiento de datos deben registrar la actividad en un registro del Registro Civil, pero el problema de ello ha sido que no han efectuado su obligación.

- Falta de autoridad de control y facultades sancionatorias: el mayor déficit de nuestro sistema es que no hay, por lo menos en el ámbito estrictamente legal, una “*autoridad independiente que se encuentre permanentemente velando por el cumplimiento de la ley que tenga la posibilidad de aplicar sanciones por el incumplimiento y que tenga un fuerte rol de promoción de la protección de datos personales*”¹⁴², como acontece por ejemplo en Derecho Español con la Agencia Española de Protección de Datos, y “*la ley carece de un régimen sancionatorio por el incumplimiento de las obligaciones que impone, lo que redundará en que las vulneraciones de la misma queden impunes y, consecuentemente, no hay presencia de mecanismos disuasivos ni correctivos por no tratar los datos de acuerdo a las exigencias mínimas que se imponen para asegurar la vida privada*”¹⁴³, lo que incluso nos permite decir que estamos ante una ley inoperativa de resguardo de los derechos de las personas. Además en esta materia debiese

¹⁴¹ Ibid, p. 20.

¹⁴² Ibid, p. 21.

¹⁴³ Ibid, p. 20.

considerarse el hecho de que si el ente administrativo sanciona, la posibilidad de que esta decisión tenga autoridad de cosa juzgada a objeto de obtener otro tipo de remedio en las personas por las lesiones en su derecho, como acontece en derecho Español. Lo anterior, no obstante, es sin perjuicio de la labor que desde su creación ha desarrollado el Consejo para la Transparencia, especialmente a partir de la facultad establecida en el artículo 33, letra m) de la ley N° 20.285.

En razón de lo expuesto, es que es urgente que el sistema Chileno efectúe reformas en post de crear un sistema de protección de datos operativo, y en el cual las personas tengan seguridad de que sus derechos están siendo resguardados, en especial la intimidad que es un derecho en constante riesgo por las situaciones que se producen en la red. Lo anterior, acompañado de una autoridad robusta y con competencias especiales, de resolución y sanción, que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de datos.

3.2 Derecho al olvido en Chile

En nuestra legislación, al igual que en el Derecho Español, no existe en la actualidad una norma jurídica que disponga la existencia de este derecho, es por ello que se hace necesario efectuar una construcción normativa a partir de preceptos constitucionales existentes; y a la vez visualizar si la misma Constitución nos otorga algún medio o garantía de resguardo y protección de este derecho.

Para continuar debemos recordar que hemos optado en este trabajo por una noción amplía del derecho al olvido, que responda no tan solo a la necesidad de respeto a la privacidad y datos personales ante la red, sino que incluso a diferentes medios de información, sin perjuicio de la necesidad de ponderación en casos concretos.

3.2.1. Construcción constitucional del derecho al olvido en Chile

Es posible configurar un derecho a partir de las normas existentes, dado que como indica HESSE, “*la norma constitucional carece de existencia independiente de la realidad. (...) [la constitución] posee una peculiar fuerza normativa dirigida a ordenar y conformar la realidad política y social*”¹⁴⁴, por tanto la interpretación de las instituciones y derechos que estas reconoce puede ser adaptada al avance social, a objeto de dar operatividad a la norma jurídica, y pretender efectuar “*una interpretación constitucional con el descubrimiento de la previa voluntad objetiva del constituyente equivale a dar cumplimiento a algo que no posee preexistencia real*”¹⁴⁵, y por ello inoperante a la situación actual de los sujetos. Y sin duda, “*uno de los elementos centrales de esta apertura del texto constitucional lo constituyen las normas de derechos fundamentales, declaraciones normativas que protegen intereses*

¹⁴⁴ PEREZ Luño, Loc. Cit., p. 253.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, p. 256.

*materiales y pretensiones morales, de contenido material abierto e indeterminado. Dado dicho carácter indeterminado, su aplicación y vigencia normativa dependen de como la interpretación constitucional concrete el contenido material de estas normas, a fin de solucionar controversias jurídicas concretas*¹⁴⁶, y a la vez permiten adaptarse a los nuevos desafíos que impone la realidad constitucional, quedando con ello establecido que son mandatos de optimización a los cuales debemos darles la debida operatividad.

En este sentido es de relevancia considerar que la interpretación constitucional, no está englobada en parámetros estrictos como la ley (artículos 19 al 24 del Código Civil), y por ello parte de la doctrina nacional ha indicado que *“la inexistencia de reglas expresas sobre interpretación constitucional, el carácter político, mixto, jurídico político, del documento: su importancia para los fines del estado, da más amplio margen a la labor exegética, e induce aplicar un método evolutivo, en que los factores jurídicos se ponderen a la luz de todos los factores históricos, sociológicos políticos y económicos*¹⁴⁷. Esto nos lleva a considerar que la Constitución es una norma dinámica, y dentro de este se engloba el hecho de que las disposiciones que la estructuran no todas son reglas en sentido estricto, y más bien nos hallamos ante principios (parte dogmática) y reglas en sentido estricto (parte orgánica), lo cual permite a los intérpretes desarrollar una labor que se adapte a momentos históricos determinados.

Esto ha permitido sostener que *“las constituciones explicitan un aseguramiento genérico a la existencia de los derechos esenciales lo que da lugar a un catálogo de derechos que no es taxativo y que se encuentra abierto, ya que el constituyente reconoce sus propias limitaciones y está consciente del desarrollo progresivo de los derechos y garantías acorde a la naturaleza y necesidades esenciales del ser humano*¹⁴⁸, y por tanto permite que los derechos y garantías que se expliciten para estos puedan adaptarse a las nuevas circunstancias, y a la vez reconoce la existencia de derechos implícitos, lo que permite entender que no es necesario que estén reconocidos de forma expresa todos ellos para poder ser protegidos por las garantías establecidas. En tal sentido, NOGUEIRA nos dice que *“[derechos no reconocidos explícitamente] ellos pueden deducirse de valores, principios, fines y razones históricas que alimentan el derecho positivo constitucional*¹⁴⁹, lo que nos lleva a comprender que la labor interpretativa que se ejerza es una vía para tener la expectativa de que cierto derecho que aún no se reconoce explícitamente pueda ser protegido ante un hecho arbitrario o ilegal que pueda

¹⁴⁶ BASSA, Jaime. 2010. De las competencias para la interpretación de los derechos fundamentales. En: FERRADA, Juan (coordinador). Estudios de Derecho Público: El principio de separación de poderes. Actas de las XL Jornadas de Derecho Público. Facultad de Derecho Universidad de Valparaíso. Editorial Thomson Reuters. Chile. 212 p.

¹⁴⁷ BULNES Aldunate, Luz. 2002. Interpretación Constitucional. Revista de Derecho Público (Universidad de Chile), Vol. 64: 157- 177.

¹⁴⁸ NOGUEIRA Alcalá, Humberto. 2010. Dignidad de la Persona, Derechos Fundamentales, Bloque de Constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina. Uruguay. Revista de Derecho, Universidad Católica, N°5: 79-142.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, p. 90.

producir algún daño en las personas. Esta última cuestión podría ser considerada problemática por cierta parte de la doctrina, pero concuerdo con BASSA, en que esta forma de comprender el fenómeno de la interpretación constitucional “*constituye una garantía de libertad política, [la cual] consiste en garantizar a las futuras generaciones de una misma sociedad, la posibilidad de concretizar el contenido de estas normas en cada momento histórico en particular, sin que tener que recurrir a una nueva constitución para ello*”¹⁵⁰, y así no necesitar procesos legislativos constantes, aunque estos en ocasiones sean necesarios para una mejor concretización de determinados derechos.

Esta estructuración hecha, nos permite comprender por qué es posible que construyamos un derecho que no tiene un reconocimiento expreso actualmente, como es el derecho al olvido. Para ello debemos considerar diferentes disposiciones, y de acuerdo a los siguientes elementos que de acuerdo a BULNES, se presentan en la interpretación Constitucional:

“ A) Ningún artículo de la Constitución puede interpretarse aisladamente de la unidad del texto. No hay cláusulas solitarias.

B) La Constitución debe interpretarse de tal manera que sea armónica y sistemática y no coloque una norma en pugna de otra”¹⁵¹

Es así que a mi juicio podemos construir la noción de derecho al olvido en nuestro derecho a partir del reconocimiento a la dignidad humana, que Chile es una república democrática, y del derecho a la intimidad, cuestiones que pasaremos a fundamentar.

3.2.1.1. La Dignidad Humana

La dignidad humana se encuentra consagrada en nuestra Constitución Política de forma directa en el artículo 1º, inciso 1º, al indicar <<Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos>>, y en inciso 1º de artículo 5º al indicar <<El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos que emanan de la naturaleza humana>>, como de igual forma en artículo 1º inciso 4º, además de incorporarse en nuestra legislación vía Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en los cuales se incorpora, a modo de ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura.

La dignidad ha sido entendida como “*la cualidad del ser humano predicable única o exclusivamente como atributo suyo, coherente con su inteligencia, libertad e igualdad, en fin, con su responsabilidad, rasgos de racionalidad que lo erigen en un depósito, máximo o*

¹⁵⁰ BASSA, Óp. Cit., p. 213.

¹⁵¹ BULNES, Op. Cit, p. 159.

*supremo, de valores que integran su espíritu y materia*¹⁵², y se considera por la mayoría de la doctrina que es la base de la estructuración de los derechos humanos, cuestión que incluso ha manifestado el Tribunal Constitucional en rol N°389¹⁵³, por lo que la configuración de cualquier derecho tendría su base en esta, así como la delimitación de las actividades que efectúan los órganos del Estado como particulares. A pesar de lo mencionado esta dignidad humana debe entenderse en conjunción con el que las personas son parte de una sociedad.

La identificación de la dignidad en un sistema jurídico permite entender que “*el individuo no debe ser degradado a la condición de mero objeto de la acción estatal o de las relaciones sociales*”¹⁵⁴, y le permite ser un agente activo para que se garanticen sus derechos más específicos, y en sí que pueda desarrollarse como tal, y se gráfica en la posibilidad de poder llevar a cabo el libre desarrollo de su personalidad.

La dignidad nos permite crear el derecho al olvido porque en principio ella es la base de los derechos de las personas, y el fundamento inmediato en caso que la legislación no lo contemple, y como orientador tiene una función, la cual de acuerdo a RÍOS ALVAREZ es la tener “*el carácter de contenido integrador del vacío que pueden llegar a producir la falta de reconocimiento o la omisión de un derecho indispensable o esencial de la preservación humana*”¹⁵⁵, esencialidad que se determina de acuerdo al contexto, y es así que dentro de la sociedad actual donde se produce una perennidad de información en la red y por otros medios de información, es surge la necesidad de efectuar una construcción del derecho al olvido.

Por último, un órgano del Estado (en especial tribunales), no podrían a juicio de este autor negarle protección por esta vía, dado que el hecho de reconocer a la dignidad humana determina que es el Estado el que está al servicio de la persona, y no la persona al servicio del Estado, sin perjuicio de las delimitaciones que pueda haber en ocasiones por las limitaciones del derecho mismo y que se ponderen en el caso concreto.

3.2.1.2 El sistema democrático

La Constitución Política de la República establece en el artículo 4° establece <<*Chile es una república democrática*>>, lo cual deriva consecuencias en cuanto al sistema en que elegimos a nuestros gobernantes, y en cuanto a las instituciones que nos rigen.

¹⁵² CEA, José. 2004. Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, deberes y garantías. Santiago. Ediciones Universidad Católica de Chile. 39 p.

¹⁵³ En dicha sentencia el Tribunal Constitucional indica: “La dignidad a la cual se alude en aquel principio capital de nuestro Código Supremo es la cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a que sean resguardadas”.

¹⁵⁴ BENDA, Ernesto. 2001. Manual de Derecho Constitucional. Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons. Madrid, España. 121 p.

¹⁵⁵ RÍOS Álvarez, Lautaro. 1985. La dignidad de la persona en el ordenamiento jurídico español. En: XV Jornadas Chilenas de Derecho Público. Valparaíso, Universidad de Valparaíso. p. 205.

Sin embargo, no debemos olvidar que la configuración de un sistema democrático implica igualmente la estructuración de determinados fines, es así que se ha definido en una vertiente tendiente a los fines de la democracia que “*gobiernos democráticos son aquellos que promueven el bienestar humano, la igualdad, los derechos de la persona, la justicia, “la maximización del autodesarrollo de cada individuo, la realización personal, la eliminación del hambre y el avance hacia una sociedad igualitaria en que todos puedan considerarse plenamente humanos”*¹⁵⁶, donde la relevancia se sitúa en que, por medio de este gobierno se busca estructurar y asegurar los derechos fundamentales de los sujetos. Cuestión que incluso se vislumbra en la historia de la Constitución Chilena, al estructurar sus fines e indicarse al respecto que “*la Constitución organizará un Estado de Derecho moderno, dinámico, impulsor del desarrollo económico y cautelador de los derechos esenciales y de la dignidad de las personas, en un régimen democrático y republicano*”¹⁵⁷, de lo cual a mi juicio el constituyente ya visualizaba que la definición de un régimen democrático era la vía para resguardar los derechos de las personas.

La asunción de un régimen democrático permite que “*las constituciones contemporáneas se entiendan como una estructura de normas que garantiza los mínimos para la convivencia democrática, y no como la materialización de un proyecto político de sociedad. Por eso, se afirma que la Constitución debiera ser concebida como la positivización de ciertos mínimos éticos, reglas preliminares del juego democrático que están destinadas a garantizar su plena realización, y no como un techo de máximos éticos, que restrinja las posibilidades de concretización y de realización de las normas constitucionales por parte de la sociedad*”¹⁵⁸, es decir el sistema democrático permite que fijemos mínimos que nos deben regir como sociedad, pero en el evento de surgir nuevas necesidades podamos a través de este generar los elementos para satisfacerlas y resguardar de forma adecuada nuevas formas de infracción a un derecho, en especial en lo que tenga que ver con la autodeterminación de un sujeto, en el entendido de que el Estado está al servicio de la persona como establece la Carta Fundamental en su artículo 1º, inciso 4º.

3.2.1.3 Derecho a la intimidad

A lo largo de este trabajo hemos efectuado una esquematización del derecho a la intimidad y cómo este se puede ver afectado por las nuevas tecnologías, por lo que un fundamento inmediato para la configuración del derecho al olvido en Chile, es a través del derecho consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política, y hacer uso de la garantía del artículo 20 de la Carta Fundamental (acción de protección).

¹⁵⁶ HUNTINGTON, Samuel. 1989. El sobrio significado de la democracia. Centro de Estudios Públicos, Sección Estudios Públicos, N° 30: 5-30.

¹⁵⁷ SESIÓN N°9. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente.

¹⁵⁸ BASSA, Óp. Cit., p. 216.

La razón de que la intimidad sea un fundamento del derecho al olvido, es una cuestión que se puede derivar de diversas formas de lesión que puede sufrir este bien jurídico. En este sentido podemos mencionar el hecho de que cierta información que consideramos íntima haya sido conocida por un grupo amplio de personas, justifica el uso del derecho al olvido, a objeto de que el factor tiempo cumpla su rol en la memoria de los sujetos.

Podemos considerar que la intimidad, de acuerdo a la evolución que hemos visto a lo largo del siglo XX y XXI, cubre hoy una expectativa razonable, de que determinados hechos que en alguna oportunidad pudieron ser públicos, pertenezcan ahora a un ámbito al cual los demás no tengan acceso a objeto de poder desarrollar nuestras expectativas de vida de acuerdo a los fines que deseamos darle.

En dicho sentido, el derecho al olvido se comprende en escenarios tales como la posibilidad de lograr formar o construir perfiles de personalidad de un sujeto con la información que aparece de este en la red internet, cuestión que se puede manifestar de forma aún más lesiva en casos de sujetos que estuvieron privados de libertad e intentan reinsertarse en el quehacer social. Ante estas situaciones, podría el sujeto fundado en la intimidad y en los demás argumentos esbozados de carácter finalista, indicar que si la información que circula en la red no es dejada sin efecto se vulnerarían estos derechos, así como que dicha divulgación afecta incluso los fines del derecho penitenciario¹⁵⁹, cuestión que incluso puede extrapolarse y ahondar en otras formas de difusión como revistas jurisprudenciales (cuestión desarrollada por el derecho Español).

3.2.1.4 Consideración final respecto a la construcción Constitucional

A objeto de finalizar esta configuración constitucional del derecho al olvido, no podemos dejar de mencionar que puede verse reforzada a través del derecho a la honra, y la incorporación por parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como el derecho a la identidad y el derecho a la imagen, además de la innegable relación del tema con la protección de datos de carácter personal, y con ello la relación que se puede concretar con los derechos que esta ley otorga a los particulares.

A la luz de lo descrito, y la serie de derechos en juego, desde mi punto de vista podríamos considerar como tarea futura del constituyente o del legislador, el considerar este derecho como una categoría autónoma, atendido en que su contenido esencial de acuerdo a la configuración que le hemos dado en este trabajo, es de carácter amplio, y no cabría incluirla

¹⁵⁹ En dicho sentido: Chile. Decreto Ley 2.859 al definir Gendarmería de Chile y sus funciones. Art .1º: Gendarmería de Chile es un Servicio Público dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene por finalidad atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley

solamente en la intimidad, y de así hacerlo estaríamos ante el mismo error que se ha efectuado a propósito de la protección de datos.

3.2.2. El legislador chileno y el Derecho al Olvido

El legislador chileno ha tomado conocimiento de la importancia del asunto, y a lo menos tiene en su agenda el tema, lo cual consta a través de los Boletines N° 8.208-07 y 9.388-03, y en los que de cierta manera se plantea la existencia del derecho al olvido a propósito de las nuevas tecnologías.

3.2.2.1 Boletín 8.208-07

Este proyecto de ley que data del 20 de marzo de 2012, y el cual desde la fecha de ingreso no cuenta con movimientos en su tramitación, propone incorporar un inciso al 3° y 4° del artículo 15 de la ley N° 19.628, el cual indicaría:

"Toda persona podrá solicitar, de forma explícita, la eliminación de sus datos personales de cualquier especie, a las compañías que administren tales datos cuando no exista razón legítima para retenerlos. La solicitud deberá ser planteada a la subsecretaría de telecomunicaciones y publicada en su sitio web".

"Cumplidos los requisitos mencionados en el inciso anterior la compañía requerida para la eliminación de tales datos tendrá un plazo de 15 días para eliminar definitiva e irrevocablemente la información so pena de multa ascendente a 100 UTM a beneficio fiscal"¹⁶⁰

De este proyecto podemos comentar que es dable la facultad del legislador de incorporar explícitamente el derecho del particular de dirigirse contra cualquier empresa para la eliminación de datos de su base de información ante un órgano independiente, además de incorporar facultades sancionatorias.

Sin embargo, su gran déficit es la falta de especialidad en el asunto por parte de la Subsecretaría designada, de hecho al efectuar una lectura del proyecto de ley, ni siquiera se efectúa una justificación porque este es el órgano adecuado¹⁶¹; de igual forma, no cumple con la directriz en la materia que es la Directiva 95/46 CE, en la cual la discusión se centra en la necesidad de órganos especializados para un modelo ideal y un debido resguardo de los derechos fundamentales en juego.

3.2.2.2. Boletín 9.388-03

Este proyecto de ley ingresado con fecha 14 de junio de 2014, y que actualmente se encuentra sujeto que sea revisado por la Comisión de Economía, para posteriormente pasar a

¹⁶⁰ Boletín 8.208-07.

¹⁶¹ Ver anexo, en el cual se incorpora moción parlamentaria.

la Comisión de Transporte y Telecomunicaciones¹⁶², surge a propósito del fallo del Tribunal Europeo respecto al llamado caso GOOGLE. En esta moción parlamentaria se propone modificar artículo 1° de ley N° 19.628, incorporando un nuevo inciso con el siguiente tenor:

"Toda persona tiene derecho a exigir de los motores de búsqueda o sitios web la eliminación de sus datos personales. La falta de pronunciamiento sobre la solicitud del requirente o denegación de la misma por parte del responsable de dichos motores de búsqueda o sitios web, le dará derecho al titular a ejercer el recurso contemplado en el artículo 16".¹⁶³

Por medio de esta reforma, en la cual se explicita por el legislador su intención de configurar el derecho al olvido, podemos indicar que es positiva en sentido de incorporar como legitimado pasivo de este derecho a los buscadores de internet, los cuales son uno de los agentes que mayores problemas al libre desarrollo de la personalidad de las personas, en apartado de permitir con una simple búsqueda formar el perfil respecto a una persona. Sin perjuicio, de ello, surgen críticas respecto de la institucionalidad de Protección de Datos, así como del hecho que el legislador no tiene una noción amplia de olvido, y que al plantearse el tema solamente lo ha suscrito a internet, sin pensar en estadios anteriores a la era tecnológica.

Por ello, podemos asegurar que el legislador en ambos proyectos de ley conceptualiza el asunto del derecho al olvido, desde el punto de vista de la tecnología y específicamente de la protección de datos personales, lo cual no es del todo erróneo, pero debe comprender que el derecho al olvido para ser un verdadero derecho debe comprender contornos más amplios, dado que está en constante relación con otros derechos fundamentales en cuanto al contenido a proteger, y en dicho contexto de efectuar una regulación general, que a todas luces es necesaria es un punto el cual no puede olvidar.

3.3. La regulación chilena ante las problemáticas de las nuevas tecnologías

En este apartado trataremos de efectuar un breve análisis de que mecanismos nos otorga el sistema jurídico en materia constitucional, civil y penal para enfrentar los conflictos que se manifiestan a propósito de las nuevas tecnologías en la red, aparte de los contemplados en la ley N° 19.628 (que engloba solo relativo a protección de datos personales).

3.3.1 La acción de protección

La acción de protección ha sido definida como *“acción constitucional destinada a poner en ejercicio las facultades jurisdiccionales de los tribunales de justicia (Cortes de Apelaciones) a través de un procedimiento efectivo, concentrado y breve, ante actos ilegales o arbitrarios de*

¹⁶² CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE. [en línea] <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9800&prmBL=9388-03> [Consulta: 23 de mayo de 2015]

¹⁶³ Boletín 9.388- 04.

terceros que amenacen, perturben o priven del legítimo ejercicio de los derechos expresamente mencionados en el artículo 20 de la Constitución, con el objeto de restablecer el pleno imperio del derecho y los derechos de las personas de un modo directo e inmediato”¹⁶⁴.

Por medio de la presente acción de acuerdo al artículo 20 de Constitución, se otorga protección a la intimidad, por tanto cualquier vulneración de esta podría ser motivo para recurrir al uso de esta acción, y en este sentido debemos considerar esencial las facultades inquisitivas que tienen en estos asuntos los jueces constitucionales, los cuales pueden tomar las medidas que estimen necesarias para restablecer el imperio del derecho como se desprende la misma norma.

En este sentido desde mi punto de vista, nada impediría que fundado en la intimidad se pudiese recurrir contra buscadores de internet, o cualquier medio que implique la posibilidad de que la información se encuentre de forma perenne en la red, a objeto de asegurar la protección de las personas, lo cual se complementa esencialmente con las amplias facultades que tienen jueces en la materia, a causa de sus facultades conservadoras, sin duda en dicha función será de relevancia la tarea argumentativa que utilicen los operadores jurídicos.

En relación con esta materia, es esencial que debemos considerar la labor de la acción de protección como un medio para restablecer el imperio del derecho de forma rápida, y el valor que pueda tener dicha sentencia a objeto de obtener remedios de otra índole.

3.3.2 Acciones civiles

Los particulares como lesión a su derecho a la intimidad y otros derechos fundamentales, siempre tendrán la posibilidad de acudir a la justicia civil, a objeto de que se les repare el daño causa por culpa o dolo por parte del agente, de acuerdo al artículo 2314 del Código Civil.

En dicho sentido, podemos mencionar que la institucionalidad chilena, se ha pronunciado en dicha sede por daños a personas en uso de tecnología, en un fallo de fecha 13 de marzo de 2015, en un bullado caso conocido como “WENA NATY”. En este caso, la demandante pretende en sede extracontractual una indemnización de perjuicios, por la difusión de un video de índole sexual sin su consentimiento en redes sociales, y que incluso llegó a diversos medios de comunicación, lo cual llevo al tribunal a condenar al pago de una indemnización de \$35.000.000 a favor de la afectada. En este sentido el tribunal indico en considerando décimo noveno:

“Que, respecto de las imágenes, tres son los momentos que cabe distinguir en su materialización, estos son: captación, reproducción y publicación. Esta disección temporal,

¹⁶⁴ NOGUIERA Alcalá, Humberto. 2007. El recurso de Protección en el Contexto del Amparo de los Derechos Fundamentales Latinoamericano e Interamericano. Revista Ius et Praxis, Vol. 13 (1): pp. 75-134.

tratándose de imágenes que exhiban a individuos determinados, contribuye a la consecución de un resguardo lo más amplio posible de un derecho fundamental como lo es la honra y propia imagen, guía que debe regir la interpretación de las normas tendientes a su protección. Por consiguiente, a pesar que estos tres momentos consisten en hechos secuenciales, debe existir, para la realización de cada uno de ellos, el consentimiento de las personas cuya identidad sea fácilmente reconocible o determinable”¹⁶⁵.

Al respecto, podemos mencionar que el tribunal argumenta en base a la honra e imagen el fundamento de la indemnización, pero sin perjuicio de ello esto se involucra con la intimidad, en sentido de saber qué información deseamos que se sepa de nosotros, y quienes pueden saberla, así como esta situación afecta el libre desarrollo de la personalidad de la sujeto como se gráfica en la sentencia, respecto al desarrollo de la vida de la afectada.

Por ello, podemos visualizar que ciertos aspectos de daños ocasionados entre particulares por utilización de tecnología se podrán recurrir a los canales civiles establecidos para solucionar, sin perjuicio que a lo mejor en el caso podría haberse utilizado una acción de protección para evitar ciertos daños en cuanto a la difusión.

En aspecto civil, igualmente podemos recurrir en conflictos de contratos que se firman en Internet con proveedores de diversos servicios (tales como Facebook, la existencia de los cookies), a las diversas acciones que nos contempla este sistema sobre todo respecto a la interpretación de dichas cláusulas. Es así como el particular ante una vulneración de sus derechos en relaciones contractuales, podría recurrir a técnicas de resolución, y en especial a la norma del artículo 1566 del Código Civil de interpretación de los contratos, que establece la interpretación de la cláusula contra redactor (el cual sería agente de Internet), y así terminar con situaciones abusivas de sus derechos fundamentales.

3.3.3 Acción penal

En esta sede, podría recurrirse al tipo penal descrito en el artículo 161 A del Código Penal, en cuanto a actuaciones que signifiquen una lesión a la intimidad de los sujetos, sea esto por cuestiones en que este o no presente la red.

Así la doctrina especializada en la materia ha establecido que este tipo penal en su inciso 1° *“tipifica una serie de conductas, que en términos generales pueden designarse como fijaciones subrepticias del contenido de una conversación, documento o acto de carácter privados en algún soporte material, utilizando para ello cualquier tipo de medio tecnológico, sancionándose a quienes, sin autorización del afectado, en recintos particulares o lugares que*

¹⁶⁵ Segundo Juzgado Civil de Santiago. 13 de marzo de 2015. Rol: C-18.324-2012, Caratulado: Koch- Lasen y otros.

*no sean de libre acceso al público, se inmiscuyan en la vida privada de otros*¹⁶⁶, es decir el tipo protege a los sujetos frente a intromisiones que efectúan personas en la vida y decisiones de otros, e incluso algunos consideran que quien es parte de una conversación y da a conocer el hecho sin el consentimiento del otro partícipe, igualmente incurre en el delito descrito.

Mayor relevancia para la materia de esta tesis se establece en el inciso 2°, de dicha norma se puede desprender que habrá sanciones a “*quienes difundan las conversaciones, los documentos o los hechos fijados subrepticamente en algún soporte material, es decir, a quienes den a conocer su contenido a una o más personas*”¹⁶⁷, lo que permite comprender en este tipo penal a quienes difundan por cualquier medio hechos de carácter íntimo de un sujeto. En esta materia podrían caer publicaciones en redes sociales de imágenes o videos, de los cuales un sujeto no ha dado la debida autorización para ellos, pero siempre limitando que la responsabilidad en el caso concreto le cabrá a quien inicia la difusión, a objeto de limitar el círculo causal, sin perjuicio que el juez en caso concreto podría definirlo.

Sin perjuicio de lo descrito, y la utilidad que puede tener la configuración de una conducta delictiva a partir de este tipo, debemos indicar que la doctrina es conteste en indicar que aún el tipo penal es confuso en su aplicación jurisprudencial, lo cual es complejo para los parámetros que debe cumplir un proceso penal de acuerdo a lo establecido en Constitución y Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y lo que se refiere a nuestro país en la protección de la intimidad en la vía penal.

En cuanto a delitos informáticos, estos aún son de poco desarrollo en la legislación nacional, para confrontar los problemas en relación a la intimidad que se dan en la red.

3.4 Desafíos en la legislación Chilena

De lo estudiado en esta tesis, debemos considerar que una adecuada protección de la intimidad en un sentido amplio, conlleva la conjunción de diversos derechos, donde se encuentran el derecho de protección de datos personales, el derecho al olvido y como estos actúan ante los problemas tanto de la tecnología como incluso anteriores a ellos.

Pero, a pesar de la conjunción de estos derechos hay cuestiones que la legislación chilena debe solucionar de forma inmediata para responder a parámetros internacionales y que aseguren una debida protección de los derechos entre los cuales podemos mencionar:

- a) Necesidad de una institucionalidad especializada tanto en materia de datos personales como en la ejecución del derecho al olvido, la cual proponga políticas públicas al respecto, y sea un ente capaz de velar por la aplicación de la ley y tenga facultades

¹⁶⁶ DÍAZ Tolosa, Regina. 2007. Delitos que vulneran la intimidad de las personas: Análisis crítico del artículo 161 A del Código Penal Chileno. Revista Ius et Praxis, Vol. 13 (N°1): 291-314

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 300.

sancionatorias, a través de un procedimiento expedito. En dicho sentido “*una de las deficiencias de la Ley N° 19.628, radica en la inexistencia de una autoridad de control independiente que vele por el cumplimiento de la ley por parte de los organismos privados, que imponga sanciones por el incumplimiento y que tenga un rol de promoción de la protección de datos personales*”¹⁶⁸, lo cual igualmente se puede extrapolar respecto al derecho al olvido

- b) Necesidad de imponer deberes a organismos públicos de velar por el real cumplimiento de las leyes en la materia, y que no sean leyes sin ejecución, como consta que sucede respecto a estos en relación a sus obligaciones con el Registro Civil, el que comentamos al inicio de este capítulo, esto con el fin de dar el paso siguiente en cuanto imposición de deberes a particulares.
- c) Necesidad de regulación en la materia, concretando el reconocimiento constitucional en materia de protección de datos, comprendiendo que este puede ser más amplio que la intimidad, y por lo menos a nivel legal un reconocimiento al olvido como una categoría que merece protección.
- d) Deber de información por parte del Estado a sus ciudadanos, a objeto de promocionar los derechos en juego, y educar respecto de los mecanismos de resguardos, y que las personas comprendan de mejor manera los riesgos de una sociedad tecnológica y de información.

3.4.1 Manifestación de protección de datos personales por Órganos del Estado

Recientemente y con el objeto de resguardar la vida privada de las personas, el presidente de la Excelentísima Corte Suprema elimino la opción de efectuar búsqueda de causas mediante el número de RUT en consulta en línea de causas judiciales, restringiendo dicha modalidad solo a quienes sean parte del servicio Suscriptores del órgano.¹⁶⁹

Al respecto debemos indicar, que esta materia es un avance, dado que permite resguardar que por medio del RUT, el cual es único, se permita a los demás por medio del Poder Judicial saber que causas es participe una persona, lo cual puede afectar la decisión de que ciertas materias sean conocidas por un determinado círculo de personas. Sin perjuicio, de este pequeño avance, aún no es suficiente esta labor por parte de la Corte Suprema, la cual debiese dar el siguiente paso.

El siguiente paso que mencionamos, se debe al hecho de resguardar información de carácter personal al momento de publicar sus decisiones judiciales, dado que lo relevante es el fundamento de la decisión en la mayoría de los casos y no quienes participan en ello, salvo en casos de connotación pública, es decir aquellos en que se ven defraudados bienes jurídicos

¹⁶⁸DERECHO CHILE: Entre tecnología y Humanidad. [en línea] <<http://www.derecho-chile.cl/proteccion-de-datos-personales-parte/>> [Consulta: 15 de mayo de 2015]

¹⁶⁹ BÍO BÍO CHILE. [en línea] <<http://www.biobiochile.cl/2015/04/01/eliminacion-busquedas-de-causas-por-rut-en-el-portal-del-poder-judicial.shtml>> [Consulta: 19 de mayo de 2015]

colectivos o donde se hallan presente crímenes de lesa humanidad, y que es necesario conocer sus partícipes a objeto de resguardar el interés general y la historia de la comunidad, cuestión necesaria para concretar un derecho a la memoria.

3.4.2 Instituciones a considerar en la regulación

Desde mi punto de vista hay dos cuestiones que deben considerarse para el resguardo de los derechos de las personas en una futura regulación en materia de protección de datos personales y derecho al olvido, las cuales son:

1. La prescripción.
2. El derecho a una indemnización.

En cuanto a la prescripción se incluye por “razones de conveniencia, dado que ella trae la estabilidad para las relaciones jurídicas”¹⁷⁰, y dentro de este objeto es que ella puede preponderar para establecer obligaciones a todo ente que ejerza tratamiento de datos personales y su conjunción con el derecho al olvido.

En este sentido, podría proponer que una vez pasado diez años (plazo de prescripción extraordinaria) del hecho que origina el tratamiento de datos, los agentes que ejercen esta labor estarían obligados a olvidar de su base de datos dicha información, bajo apercibimiento de ser sancionados. De esta forma se resguardan de mejor forma los derechos de los particulares, bajo la base de que no solamente ellos quienes deben procurar que información respecto a ellos no circule en la red. Esto es sin perjuicio de excepciones legales que puedan establecerse, en razón principalmente a identidad histórica de la nación o a particulares de la vida pública.

Por último, en cuanto al tema indemnizatorio, y dando por hecho que el legislador cumplirá en el establecimiento de un órgano especializado en la materia, y el cual tenga facultades sancionatorias, que se establezca como acontece en otras materias de regulación especial, el derecho del particular de recurrir a un tribunal común para que se le otorgue una indemnización por los daños sufridos, en base a un juicio sumario y en el cual la sentencia condenatoria o en la cual se reconozca responsabilidad del órgano especializado sea suficiente para librar de la prueba de la culpa al afectado, como en dicho sentido lo establecen el artículo 680 N° 10 Código de Procedimiento Civil y el decreto ley N° 211.

Sin duda, estos son dos elementos que a *prima facie* deben estar presente desde mi punto de vista en futuras regulaciones, sin perjuicio que aún la legislación chilena debe responder y afrontar diversas interrogantes en cuanto a las tecnologías y sus efectos en los derechos fundamentales de las personas.

¹⁷⁰ ABELIUK, René. 2008. Las Obligaciones Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1252 p.

Conclusiones

De lo expuesto en este trabajo a modo de síntesis podemos mencionar que la intimidad es un derecho de reconocimiento reciente en la historia de la humanidad, el cual ha sido diseñado a partir del avance de los primeros medios de comunicación masiva a finales del siglo XIX, y que está en constante especificación.

Desde la concepción de la intimidad, se ha intentado encontrar una justificación filosófica para este derecho, y en dicho sentido se ha evolucionado desde nociones individualistas, principalmente la noción de MILL de dejar solo, hasta concepciones fundadas en la idea de dignidad humana y antropológicas, que justifican y entienden que los derechos fundamentales se desarrollan dentro de un quehacer social, y no como un ente separado de todo lo que le rodea, cuestión que es elemental para comprender que los derechos fundamentales engloban tanto deberes para el titular como los demás agentes entre sin duda se encuentra el Estado.

Estas mismas evoluciones en las concepciones sobre intimidad, han permitido comprender y lograr establecer un concepto de intimidad como el derecho de toda persona a mantener fuera del conocimiento de terceros aquellos aspectos de su vida corporal o anímica que le provocan recato o pudor, aun cuando no afecten su honor, imagen o integridad física o mental, toda vez que le resultan íntimos, no obstante la falsedad o veracidad objetiva de su contenido, y que por ello desea que no sean libremente conocidos por la sociedad. Este concepto nos permite comprender que su ámbito de protección engloba tanto situaciones de intromisión como difusión de circunstancias que los sujetos desean que le pertenezcan a él.

Además la definición de un concepto de intimidad nos ha permitido distinguirlo correctamente de otros derechos fundamentales como la honra e imagen, cuestiones que generalmente el legislador decide regular conjuntamente debido a su intrínseca relación, pero que sin duda ha provocado que en ocasiones los tribunales de justicia no sean lo debida y suficientemente cuidadosos para determinar ante qué derecho fundamental determinado nos encontramos.

Sin perjuicio, de esta configuración de la intimidad, la sociedad ha ido evolucionando, y con ello han incrementado los avances tecnológicos, lo que como consecuencia ha traído el nacimiento de nuevas actividades riesgosas, las cuales afectan al derecho a la intimidad y otros derechos fundamentales, llevándolo esto incluso al elemento inspirador que es el libre desarrollo de la personalidad del sujeto.

Es así, como concluimos que dentro de los problemas esenciales que se dan hoy en día por la evolución tecnológica encontramos el uso de la red internet, y una serie de consecuencias que permiten que se atente contra la intimidad de los sujetos, entre los que encontramos principalmente la posibilidad de formar un perfil de personalidad de una persona por el solo hecho de ingresar su nombre en la red; y la circunstancia que los factores tiempo y espacio,

que permitían que determinados hechos fuesen olvidados por los demás, hoy no se concreten porque la red perenniza la información sobre las personas.

Por ello, es dable concluir que el derecho a la intimidad tuvo que enfrentar este desafío, en el cual ha sido parte de un proceso de especificación, el cual en primer término se concreta con la creación doctrinaria del derecho de protección de datos personales, y recientemente en la discusión el derecho al olvido, ambos derechos que se conjugan en ocasiones con otros derechos fundamentales.

De la misma forma hemos podido comprender que si bien es posible considerar estos dos derechos, que buscan responder a cuestiones diversas, pueden complementarse en cuanto a las figuras que utilizan uno y otro para asegurar la protección del derecho. Ello, es de tal modo, que al hablar del derecho al olvido en la legislación Española y un panorama Europeo general, este se ha configurado a partir de normas constitucionales que consagran el libre desarrollo de la personalidad, como la intimidad, y en cuanto a los mecanismos que utiliza para darle una debida protección y solucionar los conflictos que se establecen a raíz de las nuevas tecnologías se utilizan tanto la ley de protección de datos personales del país con directivas y acuerdos Europeos como legislación común.

A pesar de lo indicado, es interesante resaltar que en la legislación comparada analizada, si bien hay mecanismos para solucionar los problemas que se sitúan a raíz de las nuevas tecnologías estos no son aún exhaustivos, pero sin duda avanzan en la dirección correcta, considerando lo reciente de las cuestiones, y en especial con la labor que efectúa un órgano especializado en la materia y con amplias facultades (fiscalización y sancionatorias).

En cuanto a la situación en Chile, observamos que en materia de protección de datos si bien hay una ley en la materia, y que como base de su dictación está el derecho a la intimidad, el país ha comprendido tardíamente el desafío, y que aún no cuenta con una institucionalidad adecuada para dar la debida protección a los particulares frente agentes estatales o privados que ejercen el tratamiento de datos, y podríamos indicar que estamos ante un derecho de papel. La problemática y su inoportuna regulación, incluso se refleja en que Tribunal Constitucional tardó en comprender que estábamos en una materia de carácter constitucional propiamente tal, advirtiéndola solo a partir del año 2010.

En cuanto a la posibilidad de que en Chile, sea posible hablar de derecho al olvido, podemos concluir que dada las normas de nuestra constitución, y que la interpretación constitucional debe ser evolutiva, es posible construir este derecho a partir de las nociones de dignidad, democracia e intimidad y otros derechos fundamentales en que pueda tener cabida. Y de total relevancia, está en el derecho al olvido, la cuestión de que ciertos hechos que a pesar de haber sido públicos, después de cierto tiempo pertenecen al ámbito de intimidad de un sujeto, sin perjuicio de excepciones que es tarea del legislador efectuar.

Para finalizar, debemos mencionar que el legislador chileno ha intentado innovar en estas materias, pero sin lograr proponer un cambio estructural esencial, el que se vea acompañado de la desidia en la tramitación de los proyectos de ley, por ahora debemos esperar que la jurisprudencia al confrontarse a estos problemas tenga un buen criterio para solucionar los conflictos, dado que en materia legislativa el proceso de inicio es bastante dudoso, y no se ha observado correctamente buenos ejemplos de regulación.

Bibliografía

Historia de ley y leyes:

- Nacionales:
 - Chile. Actas oficiales de la Comisión Constituyente “Comisión Ortúzar”. Santiago, 1974-1978.
 - Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Decreto 100: Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República.
 - Chile. Ministerio de Justicia. 1874. Código Penal.
 - Chile. Ministerio de Justicia. 1979. Decreto Ley 2.859: Fija Ley Orgánica de Gendarmería de Chile.
 - Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1999. Ley 19.628: Sobre protección de la vida privada.
 - Chile. Ministerio de Justicia. 2000. Decreto con Fuerza Ley 1: Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil.
- Extranjeras:
 - España. Cortes Generales. 1978. Constitución Política Española.
 - España. Ministerio de Gracia y Justicia. 1889. Real Decreto de 24 de Julio de 1889: Código Civil.
 - España. Jefatura del Estado. 1985. Ley Orgánica 6/1985: del Poder Judicial. Modificada por Ley Orgánica 19/2003.
 - España. Jefatura del Estado. 1999. Ley Orgánica 15/1999: De protección de Datos de Carácter Personal.
 - España. Jefatura del Estado. 2002. Ley 34/2002: de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
 - España. Ministerio de Justicia. 2007. Real Decreto 1720/2007: por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal.
 - Europa. Parlamento Europeo y Consejo Europeo. 1995. Directiva 95/46 CE: relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Libros, Publicaciones y tesis:

- ABELIUK, René. 2008. Las Obligaciones Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.
- ALDUNATE, Eduardo. 2008. Derechos Fundamentales. Legal Publishing. Santiago.
- APARISI, Ángela. 2013. El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global. Vol. XXIV N°2. Cuadernos de Bioética. España.
- ARRIETA, Raúl. 2009. Chile y la Protección de Datos Personales: Compromisos Internacionales (pp. 13-22). En: Chile y la Protección de Datos Personales ¿Están es crisis nuestros derechos fundamentales? Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago, Chile.

- BASSA, Jaime. 2010. De las competencias para la interpretación de los derechos fundamentales. En: FERRADA, Juan (coordinador). Estudios de Derecho Público: El principio de separación de poderes. Actas de las XL Jornadas de Derecho Público. Facultad de Derecho Universidad de Valparaíso. Editorial Thomson Reuters. Chile.
- BENDA, Ernesto. 2001. Manual de Derecho Constitucional. Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons. Madrid, España
- BRU, Elisenda. 2007. La protección de datos en España y la Unión Europea. Especial referencia a los mecanismos jurídicos de reacción frente a la vulneración del derecho a la intimidad. N°5. Revista de Internet Derecho y Política.
- BULNES Aldunate, Luz. 2002. Interpretación Constitucional. Revista de Derecho Público (Universidad de Chile), Vol. 64: 157- 177.
- CALAZA, Sonia. 2011. Delimitación de la protección civil del derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen. N°9. Revista de Derecho UNED.
- CAMPUSANO, Rayen. 2014. Don't be evil. Google y privacidad. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de derecho
- CEA, José. 2004. Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, deberes y garantías. Santiago. Ediciones Universidad Católica de Chile.
- CERDA, Alberto. 2011 Autodeterminación informática y leyes sobre protección de datos. Revista Chilena de derecho Informático, Facultad de Derecho Universidad de Chile. Santiago.
- CORRAL, Hernán. 2000. Configuración jurídica del derecho a la privacidad. I: Origen, desarrollo y fundamentos. Vol. 27. N°1. Revista Chilena de Derecho.
- 2000. Configuración jurídica del derecho a la privacidad. II: Concepto y delimitación. Vol. 27. N°2. Revista Chilena de Derecho.
- 2001. El respeto y la protección de la vida privada en la Constitución de 1980. Publicado en 20 años de la Constitución chilena. 1981-2001. Cono Sur, Santiago.
- DESANTES, José María. 1991. El derecho fundamental a la intimidad. Conferencia de Centro de Estudios Públicos.
- DÍAZ Tolosa, Regina. 2007. Delitos que vulneran la intimidad de las personas: Análisis crítico del artículo 161 A del Código Penal Chileno. Revista Ius et Praxis, Vol. 13 (N°1): 291-314
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique. 1986. Los Derechos Constitucionales Tomo I y II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- FERNANDEZ, María. 1999. El impacto de las nuevas tecnologías e Internet en los derechos del art. 18 de la Constitución. N° 17. Anuario de la Universidad de Extremadura.
- GARCÍA, Aristeo. 2007. La protección de datos personales: Derecho Fundamental del Siglo XXI: Un estudio Comparado. Vol. 40 N°120. Boletín Mexicano de Derecho Comparado.

- GARZÓN, Eduardo. 2003. Lo Íntimo, lo Privado y lo Público. N° 137. Revista Claves de Razón Práctica. España.
- HENNIG, Monia. 2010. La noción de Constitución abierta de Peter Haberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del Amicus Curiae en el Derecho Brasileño. N° 1. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.
- HUNTINGTON, Samuel. 1989. El sobrio significado de la democracia. Centro de Estudios Públicos, Sección Estudios Públicos, N° 30: 5-30.
- INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS DE CATALUÑA. 2010. Efectos de las tecnologías de la información y la comunicación sobre los derechos humanos. Serie 6. Barcelona.
- LEZCANO, José María. 2014. La protección de la intimidad/privacidad a través del derecho al olvido. En línea <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/2.5/ar/>.
- LOCKE, John. 1689. Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Alianza Editorial, Trad. C. Mellizo (1994). Madrid.
- LUTHER, Jorg. 2010. El derecho a la memoria como derecho cultural del hombre en democracia. N° 89 Revista Española de Derecho Constitucional.
- MACKINNON, Catharine. 1993. Hacia una teoría feminista del derecho. Revista Derecho y Humanidades, Año II.
- MEINS, Eduardo. 2000. Derecho a la intimidad y a la honra en Chile. Vol. 6. N°1. Ius et praxis. Universidad de Talca.
- MIERES, Luis. 2014. El derecho al olvido digital. España, Fundación Alternativas.
- MILL, John Stuart. 1997. Sobre la libertad. Alianza Editorial, trad. Pablo Azcarate, Madrid.
- NASH, Claudio. 2008. Las relaciones entre el derecho de la vida privada y el derecho a la libertad de información en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Año 6 N° 1. Estudios Constitucionales. Universidad de Talca.
- NAVARRO, Enrique. y CARMONA, Carlos. 2011. Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Santiago.
- NIEVES, María. 2012. <<The right to privacy>>. La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional Norteamericano: El centenario legado de Warrent y Brandeis. N°85. Revista de Derecho Político. Madrid.
- NOGUEIRA, Humberto. 1981. El Derecho a la Información en el Ámbito del Derecho Constitucional Chileno y Comparado en Iberoamérica y Estados Unidos.
 - 1996. Dogmática Constitucional. Ed. Universidad de Talca.
 - 2002. El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites (honra y vida privada). Editorial Lexis Nexis. Santiago.
 - 2004. Pautas para superar las tensiones entre los Derechos a la Libertad de Opinión e Información y los Derechos a la Honra y la Vida Privada. Vol. XVII. Revista de Derecho Valdivia

- 2007. El recurso de Protección en el Contexto del Amparo de los Derechos Fundamentales Latinoamericano e Interamericano. Revista Ius et Praxis, Vol. 13 (1): 75-134.
 - 2010. Dignidad de la Persona, Derechos Fundamentales, Bloque de Constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina. Uruguay. Revista de Derecho, Universidad Católica, N°5: 79-142.
 - PECES- BARBA, Gregorio.1999. Curso de Derechos Fundamentales: teoría general. Madrid, Universidad Carlos III.: Boletín Oficial del Estado.
 - PÉREZ LUÑO, Antonio. 2005. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Editorial Tecnos. Madrid.
 - PFEFFER, Emilio. 1997. Manual de Derecho Constitucional. Editorial Jurídica Ediar Cono Sur. Chile.
 - POSNER, Richard. 1979. “Utilitarianism Economics, and Legal Theory”, Journal of Legal Studies, Vol. VIII N°1. Traducido al castellano por Estudios Públicos.
 - PRIETO, Jesús. 2004. Objeto y Naturaleza Jurídica del Derecho Fundamental a la Protección de Datos Personales. Boletín del Ministerio de Justicia de España.
 - QUEZADA, Flavio. 2012. La protección de Datos Personales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista de Derecho Público (Universidad de Chile), Vol. 76: 425-441
 - RÍOS Álvarez, Lautaro. 1985. La dignidad de la persona en el ordenamiento jurídico español. En: XV Jornadas Chilenas de Derecho Público. Valparaíso, Universidad de Valparaíso
 - RUIZ-TAGLE, Pablo y CRISTI, Renato. 2006. La república en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo Republicano. LOM Ediciones. Santiago de Chile.
 - SPAEMAN, Robert. 1988. Sobre el concepto de dignidad humana. Madrid, Ensayos de Antropología, trad. D. Innerarity y J. Olmo (1989).
 - SILGUERO, Joaquín. 2009. Régimen de la protección de datos en la publicación de las decisiones judiciales. N°5. Revista Española de Protección de datos.
 - SILVA, Alejandro. 2006. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XI. Editorial Jurídica de Chile, 2° edición.
 - SIMON, Pere. 2012. El régimen constitucional del derecho al olvido digital. Valencia, Tirant Lo Blanch.
 - SUAREZ, Christian. 2000. El concepto de derecho a la vida privada en el derecho anglosajón y europeo. Vol. XI. Revista de Derecho. Valdivia, Chile.
 - TOURIÑO, Alejandro.2014. El derecho al olvido y a la intimidad en Internet. Madrid, Catarata.
- Páginas Web:**
- CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE. [en línea] <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9798&prmBL=9384-07> [Consulta: 23 de mayo de 2015]

- CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE. [en línea] <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9800&prmBL=9388-03> [Consulta: 23 de mayo de 2015]
- DERECHO CHILE: Entre tecnología y Humanidad. [en línea] <<http://www.derechochile.cl/proteccion-de-datos-personales-parte/>> [Consulta: 15 de mayo de 2015]
- BÍO BÍO CHILE. [en línea] <<http://www.biobiochile.cl/2015/04/01/eliminabúsquedas-de-causas-por-rut-en-el-portal-del-poder-judicial.shtml>> [Consulta: 19 de mayo de 2015]

Jurisprudencia:

- CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT, Sentencia 18 de marzo de 1997.
- CORTE SUPREMA, Sentencia de 16 de julio de 1997.
- SEGUNDO JUZGADO CIVL DE SANTIAGO, Rol C-18.324-2012.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEA, Rol C-131-2012.

Proyectos de Ley:

- Boletín 8.208-07
- Boletín 9.384-07
- Boletín 9.388-03

Establece la facultad de los usuarios de Internet de exigir a portales y redes sociales que eliminen sus datos personales
Boletín N° 8208-07

Con el progreso de la ciencia y la tecnología, los cambios y paradigmas de nuestra vida cotidiana han variado notablemente, razón por la cual las necesidades y requerimientos de las personas han experimentado una gran evolución en los últimos 30 años.

incluso en países del tercer mundo, las formas de desenvolvimiento social han variado, la aldea global que implica el fenómeno de la mundialización de la sociedad ha incorporado nuevos estatutos de derechos, inimaginables hace tan sólo algunos lustros.

En este marco, la normativa vinculada a esta clase de nuevos derechos es a ratos escasa e ineficiente ante la rapidez de los cambios profundos que experimenta nuestra sociedad. Es así como el presente proyecto de ley busca precisamente hacer frente a una situación acontecida a propósito de las dificultades o problemas surgidos con respecto a, quizá, el elemento determinante del mundo que vivimos, nos referimos al internet.

En efecto, el uso de esta herramienta conlleva el cuestionamiento de un sin número de derechos largamente reconocidos por la generalidad de las legislaciones del globo, como la es el derecho a la privacidad, derecho consagrado en nuestra Constitución en el artículo 19 número 4 de nuestro texto político, y que claramente con el surgimiento de las nuevas tecnologías de la información, tal derecho se ha visto disminuido en perjuicio directo de las personas.

Así, la privacidad en el uso de datos personales, si bien consagrado genéricamente en nuestra Constitución y en la ley 19.628, no constituyen, por sí solas, herramientas que garanticen la consecución plena de este derecho, requiriendo constantemente nuevas iniciativas o paliativos legales tendientes a disminuir los nocivos efectos que implican las nuevas tecnologías de la información.

Bajo este orden de ideas, el presente proyecto de ley viene en promover una idea largamente debatida tanto en Europa como en los Estados Unidos, y que constituye lo que la doctrina ha denominado el "derecho al olvido".

La legislación obligará a las compañías como Facebook a borrar los datos de una persona, de forma inmediata y completa, si ésta lo reclama de forma explícita y que no existe ninguna razón legítima para retenerlos.

La presente iniciativa no pretende demonizar a las redes sociales ni complicar la vida a las empresas que almacenan datos personales, cada vez más con la intención de ofrecer productos más personalizados a sus clientes; por el contrario, el objetivo de este proyecto es resguardar más eficazmente el derecho que tiene toda persona a guardar celo de sus datos y elementos personales.

Es así como los portales web estarán obligados a incorporar a tales medidas, so pena de la implementación de penas disuasorias para castigar cualquier vulneración de las normas que en este proyecto figuran.

La propuesta obligará a las redes sociales y a los motores de búsqueda a borrar todos los datos de una persona de forma inmediata (y completa) si ésta así lo pide expresamente y si no existe ninguna razón de peso para retenerlos en la red.

Proyecto de Ley

Artículo Único: Incorpórese un nuevo inciso 3° y 4° en el artículo 15 de la ley 19.628 sobre protección de datos personales, disposición que se reproduce de la siguiente forma.

"Toda persona podrá solicitar, de forma explícita, la eliminación de sus datos personales de cualquier especie, a las compañías que administren tales datos cuando no exista razón legítima para retenerlos. La solicitud deberá ser planteada a la subsecretaría de telecomunicaciones y publicada en su sitio web".

Cumplidos los requisitos mencionados en el inciso anterior la compañía requerida para la eliminación de tales datos tendrá un plazo de 15 días para eliminar definitiva e irrevocablemente la información so pena de multa ascendente a 100 UTM a beneficio fiscal".

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señores Chahuán, Bianchi, Larraín, Prokurica y Tuma, que modifica el artículo 13 de la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, para establecer el "derecho al olvido" de los datos personales almacenados en motores de búsqueda y sitios web.

Exposición de motivos.

Con fecha 13 de mayo del presente año 2014, el Tribunal de la Unión Europea ha dictado sentencia en un extenso litigio sostenido entre la Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González y Google Inc., en uno de cuyos fundamentos se señala que "un tratamiento de datos personales efectuado por el gestor de un motor de búsqueda, puede afectar significativamente a los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de datos personales cuando la búsqueda realizada, sirviéndose de ese motor de búsqueda se lleva a partir del nombre de una persona física, toda vez que dicho tratamiento permite a cualquier internauta obtener mediante la lista de resultados una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet, que afecta potencialmente a una multitud de aspectos de su vida privada que, sin dicho motor, no se habrían interconectado o sólo podrían haberlo sido muy difícilmente y que le permite de este modo establecer un perfil más o menos detallado de la persona que se trate".

El mismo fallo sostiene que "el interesado puede oponerse a la indexación de sus datos personales por un motor de búsqueda cuando la difusión de esos datos por la intermediación de éste le perjudica y de que sus derechos fundamentales a la protección de dichos datos y de respeto a la vida privada que engloban el "derecho al olvido" prevalecen sobre los intereses legítimos del gestor de dicho motor y el interés general en la libertad de información.

En mérito a dichas consideraciones, el mencionado Tribunal declara que "el interesado puede 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".

En la doctrina sobre derecho informático se ha definido al "derecho al olvido" como la potestad que tienen los usuarios de solicitar a los motores de búsqueda y sitios web de borrar en forma permanente toda la información acerca de ellos.

En los países que integran la Unión Europea existen ya múltiples cuerpos normativos que establecen este derecho para los usuarios de internet, quienes pueden exigir a las empresas gestoras de sitios web a eliminar sus datos personales.

Nuestro país cuenta desde el año 1999 con la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, que ha tenido algunas modificaciones posteriores, en cuyo Título Preliminar y Títulos I y II, contiene una detallada normativa sobre el tratamiento de datos personales y derechos de sus titulares, incluyendo en su artículo 16 el denominado "recurso de habeas data".

Por su parte, el artículo 6° del mismo cuerpo legal, dispone que "los datos personales deberán ser eliminados o cancelados cuando su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando hayan caducado. Han de ser modificados cuando sean erróneos, inexactos, equívocos o incompletos. Se bloquearán los datos personales cuya exactitud no pueda ser establecida o cuya vigencia sea dudosa y respecto de los cuales no corresponda la cancelación. El responsable del banco de datos personales procederá a la eliminación, modificación o bloque de los datos, en su caso, sin necesidad de requerimiento del titular".

Como se puede apreciar, los derechos de los titulares que esta disposición contempla se refieren al tratamiento que hacen los registros o bancos de datos que el artículo 2° letra m) de esta misma ley los define como "el conjunto organizado de datos de carácter personal, sea automatizado o no y cualquiera sea la forma o modalidad de su creación u organización, que permita relacionar los datos entre sí, así como realizar todo tipo de tratamiento de los datos de carácter personal".

A su vez, el literal o) del mismo artículo 2°, establece que el tratamiento de datos es "cualquiera 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".

Son los datos personales cuyo tratamiento se efectúa en dichos registros o bancos los que las personas tienen derecho a eliminar, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 12 del mismo cuerpo legal, cuya denegación por parte del responsable del registro o banco de datos pertinente permite ejercitar la acción de habeas data por parte de la persona afectada.

Sin embargo no se contempla este mismo derecho para eliminar los datos que se contengan en motores de búsqueda o sitios web, en lo que este mismo texto legal denomina en el artículo 2° letra i) como fuentes accesibles al público, que son los "registros o recopilaciones de datos personales, públicos o privados, de acceso no restringido o reservado a los solicitantes".

Consideramos que el derecho a eliminar datos de motores de búsqueda o sitios web, cuando ya han perdido su vigencia, cobra singular importancia cuando, por ejemplo, una persona es vinculada a una conducta delictual, publicándose su nombre en diversos medios de prensa, y posteriormente se comprueba su inocencia, no obstante lo cual, se mantiene permanentemente su nombre en dichas publicaciones.

Por lo tanto, al igual que en las legislaciones de otras naciones, estimamos que este "derecho al olvido" o eliminación debe incluirse entre los derechos de titulares de datos personales, con respecto a los motores de búsqueda y sitios web en que aparezca su nombre, y para el caso de denegación, concederles de igual modo, la acción de habeas data contemplada en la misma ley.

En mérito a las consideraciones que anteceden, sometemos a la aprobación del Senado de la República, el siguiente

PROYECTO DE LEY:

Artículo único: Modifíquese el artículo 1 de la ley N° 19.628, agregándose un inciso nuevo del siguiente tenor:

"Toda persona tiene derecho a exigir de los motores de búsqueda o sitios web la eliminación de sus datos personales. La falta de pronunciamiento sobre la solicitud del requirente o denegación de la misma por parte del responsable de dichos motores de búsqueda o sitios web, le dará derecho al titular a ejercer el recurso contemplado en el artículo 16".