



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Público

EL DERECHO AL OLVIDO

- BASES PARA UNA PROPUESTA NORMATIVA EN CHILE -

**Memoria de prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y
Sociales**

JESSICA SANDOVAL BARRA

Profesor guía: Dr. iur. utr. Teodoro Ribera Neumann

Santiago de Chile

2016

A mi familia, por el amor
incondicional y por acompañarme en esta aventura

AGRADECIMIENTOS

A mis padres, Jessica y Pablo, por ser mis guías, a quienes más admiro y también por ser mis mejores amigos. Mil gracias por su infinito amor, por la confianza que han depositado en mí y por ayudarme a emprender este viaje.

A mis hermanitos, por darme ánimo cuando lo necesité y por hacerme reír.

A mi sobrinita Domi, por colmar mi vida de ternura y alegría.

A mi abuelita Mireya y tía Jany por su amor y la constante preocupación, entrega y fortaleza de ambas.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	5
RESUMEN	9
ABSTRACT.....	10
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I. “DERECHO AL OLVIDO”: CONCEPTO Y FUNDAMENTOS	13
1.1 EL CONCEPTO DE “DERECHO AL OLVIDO”	13
1.2 FUNDAMENTOS DEL “DERECHO AL OLVIDO”	16
1.2.1 El “derecho al olvido” desde la perspectiva de la libertad	16
1.2.2. El “derecho al olvido” y los derechos de la personalidad.....	19
1.2.3 El “derecho al olvido” y el derecho a la protección de datos	23
1.2.4 El “derecho al olvido” y el derecho a la vida privada e intimidad	28
CAPÍTULO II. EL “DERECHO AL OLVIDO” EN EL DERECHO COMPARADO	34
2.1 INTRODUCCION	34
2.2 ESPAÑA.....	35
2.3 COLOMBIA	42
2.4 URUGUAY	46
CAPÍTULO III. EL “DERECHO AL OLVIDO” EN EL DERECHO NACIONAL.....	51
3.1 LA LEY N°19.628 SOBRE PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA A LA LUZ DEL DERECHO AL OLVIDO.....	51
3.2 LA LEY N°19.733 SOBRE LIBERTADES DE OPINIÓN E INFORMACIÓN Y EJERCICIO DEL PERIODISMO A LA LUZ DEL DERECHO AL OLVIDO	56
3.3 LA LEY N°19.962 SOBRE LA ELIMINACIÓN DE CIERTAS ANOTACIONES PRONTUARIALES.....	63

3.4 PROYECTOS DE LEY PRESENTADOS PARA CONSAGRAR EL “DERECHO AL OLVIDO” EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL	65
CAPÍTULO IV. LA JURISPRUDENCIA NACIONAL RELATIVA AL “DERECHO AL OLVIDO”	71
4.1 SENTENCIA CORTE SUPREMA, ROL N°22243-2015 DE 21 DE ENERO DE 2016	71
4.2 SENTENCIA CORTE SUPREMA, ROL N°21607 – 2014 DE 29 DE OCTUBRE DE 2014.....	77
4.3 CASO DE CRISTIAN LÓPEZ ROCHA (CONOCIDO COMO “VIOLADOR DE ÑUÑO”)	78
4.4 CASO “MUJERES PRIMERO”	80
4.5 CASO DIPUTADO MIODRAG MARINOVIC Y EL PERIÓDICO “EL CIUDADANO”	82
CONCLUSIONES	85
BIBLIOGRAFÍA	89
ANEXO	96
ANEXO 1: LEY N°18.331 DE URUGUAY	96
ANEXO 2: LEY N°19.962 SOBRE LA ELIMINACIÓN DE CIERTAS ANOTACIONES PRONTUARIALES	102
ANEXO 3: TABLAS DE JURISPRUDENCIA NACIONAL	104
Ficha N° 1	104
Ficha N° 2	112
Ficha N° 3	114

“¿Hay que temerle a Google?”

Tiene almacenada tal cantidad de información que eso ya presenta una amenaza a la intimidad de las personas. Pero otro tema es lo que genera el buscador de Google y qué pasa con los ciudadanos que estiman que ese contenido les perjudica, que afecta sus derechos fundamentales. Cosas, por ejemplo, que aparecen en las redes sociales y a través de los buscadores quedan en la red en forma perenne. La pregunta es ¿debe existir algún mecanismo legal para que las persona pudiésemos retirar aquello que nos incomoda, perjudica o lesiona en nuestros derechos?”¹.

(Pedro Anguita, Revista Paula. 1 julio 2016)

¹DRYSDALE, S. 2016. Google: el gran prontuario virtual. [en línea] Revista Paula <<http://www.paula.cl/reportajes-y-entrevistas/google-gran-prontuario-virtual/>> [consulta: 03 julio 2016].

RESUMEN

En plena era digital, se ha hablado mucho sobre lo que significa la irrupción de internet en la vida humana, no estando el derecho, por supuesto, ajeno a esta intromisión. A partir de esto, surgen dudas respecto de si ciertas informaciones entregadas por los medios de comunicación o en sitios de internet e indexadas en los motores de búsqueda, pueden o no vulnerar derechos fundamentales como serían, por ejemplo, el derecho a la privacidad, a la honra, a la autodeterminación informativa, a la libertad de información y opinión, entre otros.

Si bien Chile no ha estado fuera de esta discusión, lo que la doctrina ha denominado como “derecho al olvido” no ha sido consagrado en nuestras leyes.

Este trabajo busca conceptualizar y analizar el ámbito de aplicación del “derecho al olvido” a la luz de la doctrina internacional y nacional, del análisis de la experiencia de otros países (específicamente España, Colombia y Uruguay) y de los proyectos de ley existentes en Chile, demostrando con casos reales la utilidad que podría tener esta herramienta jurídica de existir efectivamente en nuestro país, todo esto con el fin de concluir si se puede o no consagrar este derecho en la legislación chilena y la forma en que esto podría lograrse.

Palabras Clave: Derecho al olvido; derechos fundamentales; autodeterminación informativa; derecho comparado; medios de comunicación e internet.

ABSTRACT

There has been a lot of discussions regarding the irruption of internet in the human life and, the role of the Law has not been outside of it. Considering this, doubts arise about the information published in the media or in websites, which are indexed in the search engines, that could or could not affect fundamental rights such as, for example, the right to privacy, to honor, the informational self-determination, to freedom of speech and opinion, etc.

While Chile has not been outside of the discussion, the concept known by the doctrine as the “right to be forgotten” has not been regulated by law.

This work aims to conceptualize and to analyze the scope of the “right to be forgotten” in the light of the international and national doctrine, analysis to experience of other countries (specifically, Spain, Colombia and Uruguay) and the draft bills in Chile, for wants demonstrating with real cases the eventual usefulness that could have this legal tool if it existed in our country, in order to conclude whether or not this right could be incorporated in the Chilean legislation, and how could this be realized.

Keywords: Right to be forgotten; fundamental rights; informational self-determination; comparative law; media and the internet.

INTRODUCCIÓN

Es un hecho, que ya no sólo existen los medios de comunicación social tradicional (es decir: la radio, televisión y prensa escrita), sino que también ha cambiado la antigua forma de sociabilizarse, que se hacía personalmente, y en caso de ser a distancia, a través del teléfono y las cartas.

Esta aseveración es posible de afirmar, porque un nuevo actor ha pasado a formar parte de la vida humana en las últimas dos décadas: hablamos del fenómeno de internet. Junto a los medios de comunicación tradicionales, en su mayoría dirigidos y desarrollados por profesionales del área —periodistas—, internet ha permitido que exista una proliferación de medios no tradicionales que pueden nacer al alero de cualquier persona que tenga la intención de publicar noticias. El problema que esto acarrea, es que en ocasiones, estos medios no cuentan con el profesionalismo que se esperaría de un medio de comunicación serio que cumpla con algunas reglas básicas que deberían seguir, esto considerando la importancia que reviste la misión de informar, siendo algunos de éstos la comprobación de la fuente de la cual emana la información (para ver si es confiable o no), el respeto a la presunción de inocencia en caso de que se informe sobre la comisión de un delito, que exista un tratamiento objetivo y sobre todo, el respeto a los derechos de aquellos que se ven involucrados en una noticia. Esto último, sumado al lamentable poco conocimiento técnico de la jerga legal, en donde se confunden términos que para un letrado en derecho resultan fundamentales —sobre todo de Derecho Procesal Penal—, provocan que se produzca el efecto contrario al deseado, es decir, en vez de informar, se desinforma. Esto muchas veces trae consigo una vulneración evidente y grave de los derechos fundamentales de las personas aludidas en una información determinada, lo que podrá observarse en la exposición de casos en el cuarto capítulo del presente trabajo.

El nacimiento de las redes sociales, que, por una parte, han logrado una revolución en lo que refiere a las relaciones interpersonales, difuminando los límites de distancia territorial entre las personas y también modificando la conducta social de quienes la usan —en distintos grados, claro está—, pues se ha incorporado al inconsciente colectivo la idea o necesidad de compartir gran parte de lo que se hace en el día a día en la *web*, utilizándose también estas plataformas como medios de comunicación, de negocios, de reflexión, de debate, de amistad,

etc., convirtiéndonos así en seres expuestos ante el mundo tal como pretendemos que nos vean. Lo conflictivo es que no siempre tenemos el control sobre lo que se dice o se publica sobre nosotros en las redes sociales, siendo difícil determinar de dónde surgió un *post*, existiendo el problema de casos de los abusos del anonimato o “perfiles” falsos y también, de la poca educación informática que tiene gran parte de la población y más aún, el poco cuidado que se tiene en relación a la privacidad, que en internet parece imposible.

Ahora bien, ¿qué tiene que ver la irrupción de internet con los problemas ya planteados? La verdad es que mucho y esto tiene una importancia vital para el derecho, en cuanto el paso de los medios de comunicación tradicionales a los medios de comunicación digitales y la utilización de redes sociales por gran parte de la población, no es baladí, pues esta nueva situación ha hecho nacer una gran preocupación de la cual el derecho debe hacerse cargo: ¿qué se puede hacer si una información es incompleta, inexacta, temporalmente obsoleta o bien, que afectó fuertemente los derechos fundamentales de una persona y sigue eternamente en la web? Esta duda, legítima por lo demás, ha sido recogida por la doctrina nacional e internacional y a través de una construcción intelectual, se llegó a lo que hoy es conocido como “derecho al olvido”, que es el objeto de estudio de esta tesis.

En estas páginas se buscará dilucidar de dónde proviene el “derecho al olvido”, como ha logrado establecerse en la vida jurídica de distintos países y, por supuesto, cómo podría asentarse en nuestro país, utilizando como herramientas de análisis la doctrina y jurisprudencia tanto local como internacional, además de la exposición de casos que a juicio de quien escribe resultan relevantes para comprender la magnitud e importancia que el “derecho al olvido” podría revestir en la legislación nacional. Se entiende que el “derecho al olvido” se trataría de una facultad personal que podría contribuir a la protección de los derechos fundamentales, como son aquellos consagrados en el artículo 19, N°1, 4 y 5 de la Constitución Política de la República, pues en caso de su vulneración, la legislación de Chile no está siendo capaz de otorgar una respuesta satisfactoria a la sociedad, entregando herramientas que no son lo suficientemente eficientes para lograr el objetivo que es que se restablezca el respeto a dichos derechos.

CAPÍTULO I

“DERECHO AL OLVIDO”: CONCEPTO Y FUNDAMENTOS

1.1 EL CONCEPTO DE “DERECHO AL OLVIDO”

No se puede comenzar un análisis de este derecho sin responder la pregunta “¿qué es el ‘derecho al olvido’?”. En la opinión de la autora chilena Ana María Muñoz, el “derecho al olvido” es entendido como “aquella facultad que surge de la reunión de dos presupuestos: i) el acceso de forma limitada en el tiempo a información digital que contenga datos personales; y, ii) el derecho del titular de los datos a exigir la eliminación, cancelación, desindexación² o, en su caso, bloqueo de dicha información (cuando, por ejemplo, la vigencia de los datos sea dudosa), al menos de los motores de búsqueda, cuando la publicidad de dichos datos ya no se encuentra justificada o se hayan cumplido los fines para los cuales éstos fueron publicados. Todo ello, teniendo como límite el respeto de garantías fundamentales, tales como la libertad de expresión y de información, y la libertad de prensa.”³.

Tal como se señala en la cita recién mencionada, nos encontramos frente a diversos elementos que configuran lo que conocemos como “derecho al olvido”, siendo éstos los siguientes:

- a) Factor tiempo: es necesario que haya transcurrido un “tiempo prudente” desde que la información perdió importancia noticiosa o el dato personal ya no sirve para los fines para los que fue recogido, esto con el fin que pueda utilizarse la facultad de solicitar el “derecho al olvido”. Este trabajo considera que este “tiempo prudente” debe ser concordante con la prescripción de la acción penal en la mayoría de los delitos graves, es decir, diez años⁴, que deben computarse desde la publicación de la información cuestionada, no contándose desde la comisión del acto o delito que se imputa a quien

²La Real Academia Española (RAE) define “indexar” como “1.tr. Hacer índices de algo. 2. tr. Registrar ordenadamente datos e informaciones, para elaborar su índice”. Desindexar, por lo tanto, debe entenderse como no permitir que una determinada información sea utilizada al momento de elaborar un índice, en este caso, aquel que realiza el motor de búsqueda para organizar la información. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2016. Diccionario de la lengua española. [en línea] <<http://dle.rae.es/?id=LNTIjYS>> [consulta: 30 julio 2016].

³MUÑOZ, A. 2015. Eliminación de datos personales en internet: El reconocimiento del derecho al olvido. Revista Chilena de Derecho y Tecnología, 4(2): 215-261.

⁴ Artículo 94, inciso tercero, Código Penal chileno: “La acción penal prescribe: Respecto de los demás crímenes, en diez años”.

resulte afectado por la publicación de la noticia. Cabe destacar que este “factor tiempo” puede ser variable, dependiendo principalmente de tres escenarios especiales: en primer lugar, que exista un caso de “porno venganza”, en donde se requiere una respuesta rápida para dar de baja el contenido de la web, en segundo término, que una persona indicada por los medios de comunicación (ya sea tradicionales o en redes sociales) como culpable de un delito sea declarada inocente, para así resguardar el principio de la presunción de inocencia, en donde el plazo podría ser inferior, pues aquí también se necesita una reacción expedita y, finalmente, cuando esta información sea de relevancia pública o busque proteger la memoria histórica, no debiendo así ser considerado el “factor tiempo”, pues el “derecho al olvido” no tendría que servir como forma de silenciar hechos relevantes para ambos puntos.

- b) Idoneidad: el titular podrá solicitar la eliminación, cancelación, desindexación o el bloqueo de la información (esto si la misma se considera dudosa), por lo que debería atenderse a la naturaleza de la publicación para determinar cuál de todos estos mecanismos podrá utilizarse. Sin embargo, a juicio de esta tesista, lo correcto sería enlazar el “derecho al olvido” con la desindexación, pues la eliminación y cancelación están contemplados en el derecho a la protección de datos, y, además, la desindexación resulta menos atentatoria contra el derecho a la información y opinión. La desindexación es solicitar que los motores de búsqueda no muestren en sus resultados una información determinada, de manera que esta solo pueda ser vista en su página web de origen⁵. Esta última afirmación se sustenta en que la desindexación no requiere necesariamente de una eliminación total de la noticia (aunque, como se tratará más adelante en el presente trabajo), por lo que no significaría un atropello total al último derecho mencionado.
- c) Respeto a otros derechos: se entiende que el “derecho al olvido” está sumido dentro de un sistema jurídico complejo en donde hay una interacción constante con otros derechos, que, en este caso, suelen ser otros de corte fundamental, tal como son la libertad de expresión y de información, además de la libertad de prensa. Asimismo, como se verá más adelante, este concepto de “derecho al olvido” se liga también al derecho a la honra, a la integridad psíquica, a la privacidad y a los derechos de la personalidad, por lo que

⁵Muñoz, ibid. p.224.

resulta importante buscar la forma de mantener un equilibrio en que ningún derecho se vea absolutamente lesionado por el ejercicio de otro, es decir, si bien es un tanto inevitable que, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión e información no sea disminuido frente al “derecho al olvido”, se debe propender a que esta vulneración sea racionalmente justificable.

En Uruguay la Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información (en adelante, AGESIC), señaló que el “derecho al olvido” corresponde a la facultad del titular o interesado de solicitar a los responsables de las bases de datos, para que supriman dichos datos, según el artículo 15 de la Ley N°18.331⁶. Este organismo también ha indicado: “A nivel doctrinario, se han identificado como postulados esenciales del derecho al olvido los siguientes: el derecho del titular del dato a rearmar su vida con posterioridad a un error cometido; para los casos de datos crediticios, el hecho de que transcurrido un determinado tiempo el mismo ya ha perdido la finalidad para la cual fue recabado (Principio de Finalidad art.8 Ley 18.331) y por último el criterio de que la protección de datos también incluye información respecto a hechos del pasado (Principio de Veracidad art. 7 de la Ley 18.331).”⁷. Como se puede observar, la AGESIC al nombrar lo que dice la doctrina, ubica “el derecho del titular del dato a rearmar su vida con posterioridad a un error cometido” como uno de los elementos del derecho al olvido, lo que se condice con lo manifestado en el sub capítulo 1.2.1 de este trabajo, referido al ítem “libertad”.

El origen del concepto de “derecho al olvido” —muy discutido, por cierto— se ha basado en tres temas fundamentales: el concepto de libertad, los derechos de la personalidad (Alemania) y el derecho a la protección de datos⁸, los cuales serán tratados latamente en los siguientes capítulos. Tal como señala Cécile de Terwangne: “La jurisprudencia de varios países lo ha reconocido, basándose en el derecho a la privacidad o como parte de los derechos de la personalidad. Está justificado por la fe en la capacidad del ser humano de cambiar y mejorar, así como en la convicción de que el ser humano no debe reducirse a su pasado. Una

⁶AGESIC. 2013. Aproximaciones al concepto de Derecho al Olvido. [en línea] <http://www.agesic.gub.uy/innovaportal/file/3549/1/derecho_al_olvido.pdf> [consulta: 06 junio 2016].

⁷Agasic, ibid.

⁸MIERES, L. 2014. El derecho al olvido digital. [en línea] <<http://www.fundacionalternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/el-derecho-al-olvido-digital>> [consulta: 29 de abril de 2016].

vez pagado lo debido, la sociedad debe ofrecerle la posibilidad de rehabilitarse e iniciar una nueva vida sin tener que soportar el peso de sus errores del pasado el resto de su vida.”⁹.

Es decir, el “derecho al olvido” se ve unida a la idea de comenzar de nuevo y, por lo tanto, no es sino una facultad que ayuda a los seres humanos a lograr dicho objetivo, lo que tiene una íntima relación con el área penal, en cuanto a la reinserción social¹⁰, el *non bis in idem*¹¹ y la presunción de inocencia¹².

A estos los tres conceptos (libertad, derechos de la personalidad y a la protección de datos) debe agregarse un cuarto término: el derecho a la vida privada e intimidad, estando estas cuatro aristas relacionadas con la idea de la dignidad¹³, base de nuestro sistema jurídico de protección de garantías fundamentales.

1.2 FUNDAMENTOS DEL “DERECHO AL OLVIDO”

1.2.1 El “derecho al olvido” desde la perspectiva de la libertad

Más allá de las discusiones iusfilosóficas que se han suscitado en torno al concepto de libertad, esta trata, en el tema objeto de esta memoria, fundamentalmente sobre el control que

⁹DE TERWANGNE, C. 2012. Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/al olvido. [en línea] <http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n13terwangne_esp/n13-terwangne_esp> [consulta: 26 junio 2016].

¹⁰“La permanente expectativa o temor a no ser reconocido como una persona reinsertada o, como es el caso chileno, no haber readquirido la condición de ciudadano, perdida luego de la obtención de una condena, obran como una traba que afecta objetiva y subjetivamente al complejo y al difícil proceso de reinserción post penitenciaria.”. ESPINOZA, O. y MARTÍNEZ, F. 2007. Políticas de reinserción post penitenciaria. Eliminación de antecedentes penales en Chile. [en línea] <<http://hdl.handle.net/10469/1402>> [consulta: 27 abril 2016].

¹¹Artículo 14, N°7, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.”.

Artículo 8, N°4, Convención Americana sobre Derechos Humanos: “El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.”.

¹²Artículo 11, N°1, Declaración Universal de Derechos Humanos: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asignado todas las garantías necesarias para su defensa.”.

Artículo 14, N°2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.”.

¹³“Cabe recalcar que todo derecho es comunicable con la dignidad humana, debido a que ella es el fundamento sobre el cual se basa el respeto a la persona humana, siendo dicho acatamiento el supuesto básico y primario para el ejercicio de todo derecho esencial. De este modo, la dignidad es el cimiento de todo nuestro esquema de derechos fundamentales.”. RIBERA, T. 2009. El derecho al desarrollo libre de la personalidad en la Constitución. En: Temas actuales de Derecho Constitucional libro homenaje al profesor Mario Verdugo Marinkovic. 1ª edición. Chile, Editorial Jurídica de Chile. pp.241 – 255.

se puede tener respecto a la información que existe de nosotros en la red¹⁴. Es decir, se busca que las personas no se sientan prisioneras de la información que pueda hallarse en internet, y que vivan sin el temor de ser juzgados por los datos sobre sus vidas que puedan estar en una plataforma online. Se entiende la libertad tanto en sus esferas negativa (que otros no se interpongan en mi actividad) como positiva (ser mi propio dueño y responsabilizarme por mis propias decisiones)¹⁵.

Asimismo, el profesor Pere Simón Castellano determina lo siguiente: “La persecución del pasado, el recuerdo constante y la permanencia de la información puede, más allá de suponer el fin del olvido, envenenar el presente y bloquear el futuro. Es fácil que en el pasado se hayan dicho o pensado cosas y más tarde uno se arrepienta de las mismas. Las personas cambian, evolucionan, maduran e incluso se contradicen a lo largo de su trayectoria vital. Por eso, frente a las ingentes posibilidades que ofrece la informática, el derecho al olvido pretende garantizar la privacidad, el libre desarrollo y la evolución de las personas, evitando la persecución constante del pasado. Así, cuando hablamos de ‘derecho al olvido’ hacemos referencia a posibilitar que los datos de las personas dejen de ser accesibles en la web, por petición de las mismas y cuando estas lo decidan; el derecho a retirarse del sistema y eliminar la información personal que la red contiene.”¹⁶.

¿No es acaso el “derecho al olvido” una forma de expresar la libertad individual? Si se considera lo expresado por Simón Castellano, la respuesta sería un evidente “sí”; es más,

¹⁴ORZA, R. 2012. Derechos Fundamentales e internet: nuevos problemas, nuevos retos. [en línea] <http://www.ugr.es/~redce/REDCE18/articulos/10_ORZA.htm> [consulta: 14 de abril de 2016].

¹⁵En cuanto a la idea de libertad negativa, Isaiah Berlin en su ensayo “Dos conceptos de libertad y otros escritos” señala: “*Ser libre en este sentido quiere decir para mí que otros no se interpongan en mi actividad. Cuanto más extenso sea el ámbito de esta ausencia de interposición, más amplia es mi libertad*” (página 193), también menciona que “*libertad en este sentido significa estar libre de: que no interfieran en mi actividad más allá de un límite, que es cambiable, pero siempre reconocible*” (página 196). Para efectos de este trabajo, el término “otros” se entiende como que ni terceros, sean personas naturales, motores de búsqueda o medios de comunicación, interfieran – o lo hagan en la menor medida posible – en el quehacer de una determinada persona, dejando así, un amplio margen de libertad en todos los ámbitos.

Por otro lado, Berlin también en “Dos conceptos de libertad y otros escritos” habla sobre lo que denomina “libertad positiva” y al respecto dice que “*el sentido «positivo» de la palabra «libertad» se deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio dueño. Quiero que mi vida y mis decisiones dependan de mí mismo, y no de fuerzas exteriores, sean éstas del tipo que sean. Quiero ser el instrumento de mí mismo y no de los actos de voluntad de otros hombres*” (página 201), también señala “*Sobre todo, quiero ser consciente de mí mismo como ser activo que piensa y que quiere, que tiene responsabilidad de sus propias decisiones y que es capaz de explicarlas en función de sus propias ideas y propósitos.*” (página 201- 202). BERLIN, I. 1988. Cuatro Ensayos sobre la Libertad. Madrid, Alianza. 278 p.

¹⁶SIMÓN, P. 2011. El régimen constitucional del derecho al olvido en internet. En: VII CONGRESO Internacional Internet, Derecho y Política de la Universitat Oberta de Catalunya: 11 y 12 de junio de 2011. Barcelona, España, Universitat Oberta de Catalunya. p.554.

podríamos concluir que en esta decisión que implica el acceder al “derecho al olvido”, se refleja tanto la arista negativa de libertad, en cuanto a la no interferencia en la vida privada, como también la arista positiva de libertad, en relación al control de la propia vida, si lo entendemos en concordancia al razonamiento de Berlin, aludido recientemente en notas a pie de página.

Por otro lado, ¿qué pasa con la libertad de los medios de comunicación o de personas particulares que divulgan ciertas informaciones o datos en la red? ¿Qué pasa con los motores de búsqueda que muestran como resultado una determinada información o dato? ¿Deben ellos transar su propia libertad de informar y de opinar en virtud de la solicitud de un tercero que se ha sentido perjudicado por esto? Podemos relacionar estas tres preguntas y el “derecho al olvido” con lo expresado por John Stuart Mill: “Acciones de cualquier especie que sean, que sin causa justificada perjudican a otro, pueden, y en los casos más importantes deben, absolutamente ser fiscalizadas por la desaprobación, y cuando sea necesario, por la activa intervención del género humano. La libertad del individuo debe ser así limitada; no debe convertirse en un perjuicio para los demás.”¹⁷.

Mill menciona dos elementos que son relevantes a la hora de empezar a construir un concepto de “derecho al olvido”: la justificación del acto que se cuestiona y la limitación de la libertad. Respecto del primer punto, temporalmente existen dos instantes a considerar: el primero, es el momento en que la información fue publicada y el segundo, aquel en que se entabla una acción para eliminar una determinada información o dato. Es común que lo primero esté justificado en que, en ese minuto, la información revelada era actual y su divulgación era relevante, además que probablemente esté basada en hechos considerados como reales en ese entonces. Ahora, el segundo momento, que es aquel en el cual el actor solicita la eliminación de una información o dato resulta importante, pues es en ese instante en el cual se debe volver a preguntar ¿la información o dato sigue siendo actual? ¿Su divulgación sigue siendo relevante? ¿Los hechos en los cuales se basan siguen considerándose reales? Esto último puede graficarse en, por ejemplo, un proceso judicial. Podría darse el escenario en que en el primer momento una persona haya sido investigada por un delito, pero que en el segundo momento se haya demostrado judicialmente su inocencia. Si las respuestas a estas preguntas

¹⁷MILL, J. S. 1979. De la individualidad como uno de los elementos del bienestar. En: Sobre la libertad. Madrid, Alianza. pp.125 – 149.

son “no”, entonces se abre la posibilidad que la persona que haya sentido vulnerado sus derechos pueda solicitar la eliminación, cancelación o desindexación de un dato o información refugiándose en el “derecho al olvido”.

En cuanto a la limitación de la libertad, se señala que esta no es absoluta, pues la libertad de un individuo, inevitablemente debe conciliarse con la de otro. Es por eso que se hace necesaria la existencia de, justamente, límites que permitan una sana convivencia social entre sujetos que tratan de resguardar con recelo su propia libertad. Aquí se puede aplicar el mismo criterio de los “momentos” que ya se ha mencionado, pues en el primero de ellos, aquel ente que divulga la información posee la libertad de hacerlo sin ser limitado. La restricción llega cuando aquel que ha visto vulnerados sus derechos, reclama que su libertad de manejar sus propios datos tiene más peso que la libertad de informar que pueda tener quien dispuso el archivo en la web. Esto último resulta confuso y, sobre todo, conflictivo, pues a primera vista, pareciera ser que la discusión puede resumirse, en palabras simples, en aquella contraposición, pero lo cierto es que existen otros elementos, tales como la autodeterminación informativa, la dignidad, el análisis casuístico, que deben ser considerados.

1.2.2. El “derecho al olvido” y los derechos de la personalidad

En cuanto a los derechos de la personalidad y su fundamento, el profesor Gonzalo Figueroa indica: “Pensamos que el fundamento primero de todos los derechos esenciales de las personas naturales, estén consagrados en Tratados Internacionales, en Constituciones Políticas o en Códigos Penales o Civiles, es su dignidad. De esa dignidad de la persona derivan los conceptos de igualdad jurídica, de no-discriminación y de libertad. El derecho a la integridad moral y al honor, el derecho a la privacidad, a la intimidad y a la imagen, la inviolabilidad del hogar y de la correspondencia, tienden todos a resguardar la dignidad de cada individuo de la especie humana”¹⁸.

Como se puede observar, el autor habla de los derechos de la personalidad utilizando el concepto “derechos esenciales de las personas naturales”, lo que entrega un acento aún más

¹⁸FIGUEROA, G. 1998 Los derechos de la personalidad en general: concepción tradicional. [en línea] <<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/397/370>> [consulta: 03 julio 2016].

marcado respecto de la importancia de los mismos. Figueroa cita al profesor Fernando Fueyo, quien realizó una clasificación de los derechos de la personalidad, quedando ella compuesta por los derechos de la personalidad que protegen la integridad física del titular, derechos de la personalidad que protegen la integridad espiritual del titular, derechos de la personalidad que aseguran la libertad del titular, derechos de la personalidad que protegen el desarrollo personal y espiritual, y, por último, los derechos de la personalidad que se refieren a las relaciones de familia¹⁹.

Resulta menester destacar el rol de Alemania en esta discusión sobre los derechos de la personalidad, pues a partir del artículo 2 N°1 de su Carta Fundamental²⁰, se crearon normas en dicho país que resguardan este derecho en diversos ámbitos, clasificándose el derecho al libre desarrollo de la personalidad en distintos subgrupos, entre los cuales se encuentra el derecho a la autodeterminación informativa (*das Recht auf informationelle Selbstbestimmung*)²¹. El Tribunal Constitucional alemán fue el que por primera vez se refirió a la existencia de este derecho en el año 1983²², fallo en el que se declaró inconstitucional la Ley del Censo del año 1982, el cual exigía a los ciudadanos que contestaran 160 preguntas detalladas, multando a quienes no las respondieran. El Tribunal sostuvo que esta exigencia de responder tantas preguntas era transformar a las personas casi en objetos, perdiendo así la dignidad y desconociendo que las personas tienen autodeterminación para controlar qué información quiere entregar y cuál no, proyectándose así la autodeterminación informativa como una libertad de decisión frente al Estado²³.

En cuanto al “derecho al olvido” y los derechos de la personalidad, el profesor español Luis Javier Mieres, menciona: “A la hora de fundar el derecho al olvido, en lugar de optar por configurarlo como derecho autónomo, existen dos alternativas: bien construirlo como proyección de ciertos derechos de la personalidad, en particular, los derechos a la intimidad o

¹⁹Figueroa, *ibid.*, p.25.

²⁰“Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral”.

²¹Muñoz, *op.cit.*, p.218.

²²Muñoz, *op.cit.* pp.220 – 221.

²³GONZÁLEZ, F. 2001. Modelos comparados de protección de la información digital y la ley chilena de datos de carácter personal. Cuadernos de Extensión Jurídica (5): 152– 178.

a la vida privada, en la terminología del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y al honor; bien como proyección del derecho a la protección de datos.”²⁴.

Como refleja la opinión de Mieres, al ser un derecho creado por la doctrina, el “derecho al olvido” ha tenido que derivarse de otros, como, por ejemplo, el derecho a la vida privada o a la intimidad, que en nuestro ordenamiento jurídico está consagrado en el N°4 y también en el N°5 del artículo 19 de la Constitución. La otra opción es ligarlo con el derecho a la protección de datos, que en la legislación chilena se encuentra en la Ley N°19.628 sobre protección de la vida privada. Esta dualidad es importante, pues muestra dos caminos a través de los cuales podría derivarse el “derecho al olvido” en Chile: la vía constitucional o la legislativa.

Ana María Muñoz postuló que el “derecho al olvido” sería una manifestación del derecho a la autodeterminación informativa y en virtud de ello, señaló lo siguiente: “Yo decido cuándo y de qué forma mi información es pública, esto es, el titular de los datos —en estricto sentido, no sólo de aquellos que califiquen como datos personales (aunque en estos casos podría justificarse una mayor protección)— es el único autorizado a disponer de ella, salvo que exista una disposición legal que establezca lo contrario o que, en el convencimiento de que tampoco este derecho es una prerrogativa absoluta, existan razones de interés público que así también lo determinen.”²⁵.

Por otro lado, el actual Presidente del Tribunal Constitucional chileno, Carlos Carmona Santander, se refirió en un voto disidente de aquel tribunal sobre el derecho a la autodeterminación informativa, advirtiendo: “Lo que sucede es que la persona, junto con esta dimensión negativa o pasiva de la vida privada, que le permite en ciertos casos excluir a terceros de ciertos ámbitos, tiene una dimensión activa o dinámica, de control y defensa de cierta información de su vida, de modo que pueda controlar su circulación. Es lo que se denomina la autodeterminación informativa”²⁶.

El profesor Carmona expresa de manera muy acertada que debe existir un control de cierta información personal que pueda estar disponible en la web, ya sean datos personales o el

²⁴Mieres, op.cit. p.12.

²⁵Muñoz, op.cit., p.227.

²⁶Tribunal Constitucional de Chile, considerando 20 del voto disidente del Ministro Carlos Carmona Santander, causas Roles N°1732-10-INA y N°1800-10-INA (acumulados).

nombre de la persona involucrada en un hecho determinado. Si la persona considera que la exposición vulnera sus derechos fundamentales, debe poder defender su derecho a la autodeterminación informativa.

La autora Ana María Muñoz plantea además como punto relevante, que ningún derecho es absoluto, por lo que el derecho a la autodeterminación informativa y el “derecho al olvido” tampoco lo son. Puede que existan razones de interés público que justifiquen la divulgación de la información o los datos personales. Ahora bien, ¿las herramientas legales existentes en la actualidad son suficientes para lograr la protección de la que se habla?; ¿es la acción de protección o es la aplicación de las Leyes “Sobre protección de la vida privada” (N°19.628) y “Sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo” (N°19.733) las llamadas a solucionar estos conflictos? En este caso, pareciera ser que la respuesta correcta es aplicar la Ley N°19.628, por un tema de especificidad, sin embargo, dejar fuera el ámbito constitucional resulta difícil, pues son justamente derechos consagrados en la Constitución los que aquí se ven vulnerados.

El profesor Teodoro Ribera menciona que del artículo 1º, inciso cuarto de la Constitución se deriva que el Estado tiene como uno de sus objetivos el que las personas logren un pleno desarrollo espiritual y material, lo que posibilita el desarrollo libre de la personalidad y que el artículo 19 N°10, inciso segundo, habla sobre que la educación “tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida”, además, el artículo 19 N°7 del mismo cuerpo normativo es un fundamento expreso del desarrollo libre de la personalidad, esto en relación a que aquí se habla de la libertad personal²⁷. Por último, señala que para el Tribunal Constitucional “el respeto y protección de los derechos a la privacidad de la vida y de las comunicaciones, *son base esencial del desarrollo libre de la personalidad de cada sujeto*” y que “toda persona requiere, para ser tal, que sus derechos personalísimos y su patrimonio íntimo moral se encuentren debidamente protegidos.”²⁸.

En España se le dio un reconocimiento expreso al derecho a la autodeterminación informativa en el artículo 18.4 de la Constitución Española, el cual determinó que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de

²⁷Ribera, op.cit., pp.246 – 248.

²⁸Ribera, op.cit., pp.252 – 253.

los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos” y el Tribunal Constitucional de ese país se refirió a este derecho por primera vez en el año 2000 (antes, en 1993, se había referido a la libertad informática, más no a la autodeterminación informativa)²⁹.

Por su parte, Estados Unidos de América cuenta con un caso muy antiguo que podría subsumirse bajo la figura del derecho al olvido, siendo tal el caso *Melvin v. Reid* de 1931, en que una mujer que ejerció como prostituta y que fue acusada de homicidio, luego rehizo su vida, sin embargo, su pasado y su nombre fueron revelados en la película “The Red Kimono”, por lo que interpuso una demanda alegando una lesión a su privacidad. El tribunal llegó a la conclusión que efectivamente se había lesionado su privacidad al traer a la actualidad (de ese entonces, claro) hechos que ya habían sido olvidados³⁰.

El hecho que exista una consagración de los derechos de la personalidad, tales como la autodeterminación informativa y el derecho a la honra y a la vida privada, ya son un paso para que se piense seriamente en consagrar otro derecho que permita la protección de los primeros: el “derecho al olvido”. Esto se justifica porque el “derecho al olvido” sería una herramienta efectiva que permitiría llevar los derechos ya mencionados, desde la norma a la práctica, solucionando problemas reales de aquellas personas que se sientan aquejadas por la vulneración de sus derechos.

1.2.3 El “derecho al olvido” y el derecho a la protección de datos

Otro de los elementos que dan sustento al “derecho al olvido” es el derecho a la protección de datos, que está plenamente reconocido por diversas legislaciones, incluida la de nuestro país a través de la Ley N°19.628. Ahora bien, ¿en qué consiste el derecho a la protección de datos? A juicio del autor español Mario Hernández, “el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la

²⁹Muñoz, op.cit., pp.222 – 223.

³⁰CORRAL, H. 2000. Configuración jurídica del derecho a la privacidad II: Concepto y delimitación. Revista Chilena de Derecho, 27(2), págs. 331-355, en especial, la pág. 337, apud.: Orza Linares, Ramón. 2011. El derecho al olvido en internet. En: VII CONGRESO Internacional Internet, Derecho y Política de la Universitat Oberta de Catalunya: 11 y 12 de junio de 2011. Barcelona, España, Universitat Oberta de Catalunya. p.371 -388.

dignidad y derecho del afectado”³¹. Lo que señala el profesor Hernández no es sino una muestra clara de lo interconectados que están los temas que dan origen al “derecho al olvido”, pues la protección de datos está íntimamente ligada a los derechos de la personalidad, específicamente a la autodeterminación informativa, pues se entiende que la idea de proteger los datos tiene como requisito el que una persona pueda tener cierto control sobre lo que se publica en relación a sí mismo en internet, ya que la búsqueda de esos datos serviría, por ejemplo, para configurar la “personalidad virtual” del individuo.

La autora Gemma Minero señala sobre protección de datos en internet: “En el marco de Internet podemos distinguir al menos dos situaciones relacionadas con los datos personales. La primera se trata de la publicación de datos en cualquier página web —página web fuente— y la segunda es el supuesto en que un motor de búsqueda en Internet proporciona resultados que dirigen al usuario de Internet a la página web fuente.”³².

Esta distinción resulta muy importante para el estudio del derecho que se trata, pues uno de los grandes dilemas en torno al “derecho al olvido” guarda relación con la siguiente pregunta: ¿es el medio de comunicación o página de internet quién debe borrar o bien, desindexar la información cuestionada o es el motor de búsqueda el responsable de dicha tarea?

Sostenemos que es el medio de comunicación o página de internet el llamado a desindexar el elemento que contenga los datos discutidos. Esto, porque si la acción se dirige contra un motor de búsqueda, la información seguirá vigente si se explora a través de otro buscador. Es decir, si, por ejemplo, se oficia a Google para que baje de su plataforma un contenido determinado, esto no obsta a que el mismo contenido (entendiéndose que sigue existiendo en la página fuente) pueda ser hallado fácilmente a través de otro buscador, como podría ser Bing.

Este último escenario haría del “derecho al olvido” una herramienta poco efectiva para el fin que se busca, además, eximiría de responsabilidad al medio de comunicación o página

³¹HERNÁNDEZ, M. 2013. El derecho al olvido en internet como nuevo derecho fundamental en la sociedad de la información. *Perspectiva constitucional española y europea*. *Quid Iuris*, 21: 115 - 148.

³²MINERO, G. 2014. A vueltas con el “derecho al olvido”. *Construcción normativa y jurisprudencial del derecho de protección de datos de carácter personal en el entorno digital*. [en línea] <https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/670276/RJUAM_30_5.pdf?sequence=1> [consulta: 19 julio 2016].

de internet que es, finalmente, el autor de la información que da pie a la vulneración de derechos. Considerando que puede existir una negativa del medio de comunicación o del administrador de la página web para desindexar o eliminar la información cuestionada (aunque existan, eventualmente, sanciones civiles y/o penales), igualmente debería haber una instancia que permitiera solicitar a los motores de búsqueda la desindexación de ciertos contenidos, en el entendido que el buscador no tiene los permisos (ni los medios) para borrar la fuente directa de donde emana la información.

El ex Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el finlandés Niilo Jääskinen concluyó sobre las cuestiones prejudiciales que antecedieron al caso *Google Spain, S.L. y Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González*³³, lo siguiente: “Sin perjuicio de que el Abogado General consideró que la indexación es un tratamiento de datos personales, entendió también que el motor de búsqueda no debía ser considerado «responsable» de dicho tratamiento a los efectos de la Directiva 95/46/CE, dado que, en este caso, el motor de búsqueda no indexa (trata) los datos personales que figuran en páginas web fuente de terceros «con una intención relacionada con su tratamiento como datos personales», esto es, el tratamiento no se realiza de un «modo semánticamente relevante» sino «como mero código informático».”³⁴.

Como adelanto, podemos decir que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea finalmente no aplicó lo señalado por Jääskinen a la hora de decidir sobre ese caso.

El carácter de derecho fundamental que le atribuye Hernández a la protección de datos es relevante debido a que realza aún más la importancia de consagrar el “derecho al olvido”, pues el sistema no debe escatimar esfuerzos en proteger los derechos que ha determinado universalmente como fundamentales y el “derecho al olvido” sería una forma concreta de resguardarlos. Esto no sólo nace a partir de otros derechos, sino que surge con el objetivo de cuidar a los mismos, tal como señala Mieres: “El primer punto de partida para poder derivar un derecho al olvido digital de protección de datos es la proyección de este último a Internet, esto es, considerar que cualquier publicación de datos accesibles en la red constituye un tratamiento de datos personales que debe someterse a la normativa específica de

³³Para más detalle, ver *infra* capítulo IV.

³⁴ÁLVAREZ, C. 2014. Sentencia *Google Spain* y derecho al olvido [en línea] <<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4370/documento/fe04.pdf?id=5584>> [consulta: 30 octubre 2016].

protección.”³⁵. En este sentido, el “derecho al olvido” sería una herramienta que vendría a complementar al sistema jurídico de forma armónica, no naciendo solamente como un derecho autónomo (comprendiéndolo así como un derecho distinto del *habeas data*), sino que colaborando al mejoramiento de la legislación de protección de datos personales en nuestro país.

El profesor finlandés Ahti Saarenpää, acertadamente comentó hace ya algunos años que, dado que la información cambia muchas veces durante su curso vital, la ley de protección de datos debe tener un carácter comparativamente abstracto³⁶. Sus palabras evidencian una verdad que, creemos, no debe ser discutida: la tecnología avanza más rápido que el derecho, por lo que cualquier solución legal que se otorgue a la sociedad para subsanar los problemas que puedan acarrear los procesos tecnológicos, debe plantearse de forma abstracta y no taxativa, pues, si la solución es demasiado cerrada y concreta, corre el grave riesgo de convertirse en obsoleta poco tiempo después de haberse dictado. Por otro lado, el autor nórdico toca otro punto importante a considerar sobre el “derecho al olvido” y su eventual consagración en el sistema legal chileno, pues se concibe que la protección de los datos personales deriva de otros derechos: “Como un derecho fundamental, la protección de los datos personales debe comenzar en la ley, no en un nivel normativo inferior, tal como decretos u órdenes administrativas. Aún más importante, el punto de partida para la interpretación de la ley es precisamente la protección de un derecho fundamental o, en rigor, en general, los derechos fundamentales.”³⁷.

La importancia que reviste la opinión de Saarenpää, es que señala desde ya un límite, compartido por la presente memoria de prueba, sobre la regulación que ha de tener un tema tan delicado como es el de la protección de datos personales: en su calidad de derecho que puede derivarse de otros derechos fundamentales e incluso, puede ser catalogado como uno de ellos, es necesario que su protección inicie, al menos, como un mandamiento legal, concordando así con la opinión de Mieres en la sección de derechos de la personalidad en este trabajo. El “derecho al olvido” debería cumplir con esta característica también, considerando

³⁵Mieres, op.cit., p.19.

³⁶SAARENPÄÄ, A. 2003. Europa y la protección de los datos personales. [en línea] <<http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/view/10659/11411>> [consulta: 15 junio 2016].

³⁷Saarenpää, ibid.

su íntima relación con los derechos fundamentales; es más, este trabajo considera que el “derecho al olvido” debiese ser visto en sede judicial, teniendo como primera instancia la Corte de Apelaciones y, en segunda instancia, la Corte Suprema, pues finalmente se trata de un asunto de derechos fundamentales que no es suficiente ni eficazmente cubierto por el mecanismo de acción de protección.

Descartamos la vía civil, pues creemos que el conflicto que engloba el “derecho al olvido” y la implicancia que tienen los derechos fundamentales en él, requieren que sea revisado por un tribunal que revise también asuntos de Derecho Público, es decir, sostenemos que las causas donde se busque la aplicación del “derecho al olvido” deben ser vistas por las Cortes de Apelaciones. Se desecha también la idea que esto se transforme en un trámite administrativo, pues por la relevancia que tienen los derechos en juego, consideramos que debe mediar intervención de jueces letrados.

El autor argentino Víctor Bazán, hace un acercamiento al concepto de *habeas data*, relacionado con el derecho a la protección de datos personales, y señala que “a través del *habeas data* el legitimado (persona física o jurídica) puede acceder al conocimiento de sus datos personales y los referidos a sus bienes y al destino de tal información que se encuentren asentados en archivos, registros, bancos de datos u otros medios técnicos, electrónicos y ópticos, de carácter público o privado, de soporte, procesamiento y provisión de la información; y, en determinadas hipótesis (por ejemplo, falsedad o uso discriminatorio de tales datos), exigir la supresión, rectificación, actualización o el sometimiento a confidencialidad de los mismos.”³⁸.

En Chile el *habeas data* es un control de legalidad *a posteriori*, diferenciándose así de otros países, como por ejemplo Colombia y Argentina, que consagran el *habeas data* constitucionalmente. El *habeas data* guarda relación con la autodeterminación informativa, es decir, con lo que se quiere que se sepa sobre los datos personales de un individuo, siempre y

³⁸BAZÁN, V. 2005. El hábeas data y el derecho de autodeterminación informativa en perspectiva de derecho comparado. [en línea] < <http://www.redalyc.org/pdf/820/82030204.pdf> > [consulta: 15 junio 2016].

cuando estos datos no se exijan por motivos superiores como, por ejemplo, la seguridad nacional³⁹.

El profesor Felipe Vial señala acerca de la veracidad de la información según la Ley N°10.628: “Sobre el particular, las personas naturales tienen derecho a que la información a su respecto contenidas en los registros o bases de datos personales sea exacta, actualizada y responda con veracidad a situación real del titular de los datos (art. 9°).”⁴⁰ Lo anterior entrega luces sobre lo que debería ser protegido por el derecho al olvido, pues los datos personales registrados deben cumplir con ciertas características (exactitud, actualidad, veracidad) y, de no estar satisfechas éstas, el titular de los datos debiese poder exigir su eliminación o rectificación (ya contemplado en la Ley N°19.628), dependiendo del caso, tal como señalaremos en las conclusiones de este trabajo.

Para cerrar este análisis, nos quedamos con la opinión de Pere Simón Castellano, quien sentencia: “Enlazar el derecho al olvido con el derecho a la protección de datos personales no debería extrañar ya que en perspectiva comparada, se ha empezado a reconocer el primero con fundamento en el segundo. En los Estados Unidos de América, aunque sólo desde el punto de vista doctrinal, ya se ha planteado la necesidad de poder cancelar los datos personales que los ciudadanos han introducido voluntariamente en la red y que pasado un tiempo pueden afectar esencialmente la privacidad y la reputación de las personas.”⁴¹.

1.2.4 El “derecho al olvido” y el derecho a la vida privada e intimidad

En primer lugar, es importante realzar el hecho que estos derechos tienen consagración a nivel constitucional en nuestro país, específicamente en los N°4 y N°5 del artículo 19 de la Carta Fundamental⁴² y por lo mismo, merecen un resguardo especial, lo que actualmente se da a través de la acción de protección, del artículo 20 de la Constitución.

³⁹JERVIS, P. 2003. Derechos del Titular de Datos y Hábeas Data en la Ley 19.628. [en línea] <<http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/view/10644/11372>> [consulta: 18 junio 2016].

⁴⁰VIAL, F. 2001. La ley N°19.628 sobre protección de datos de carácter personal una visión general. Cuadernos de Extensión Jurídica (5): 23 – 37.

⁴¹Simón, op.cit., p.397.

⁴²Artículo 19, Constitución Política de la República: “La Constitución asegura a todas las personas:

El derecho a la vida privada y el derecho a la intimidad, son, quizás, los derechos que han sido más debilitados con la irrupción del internet en la vida humana.

En una sociedad de la información como en la que vivimos actualmente, los derechos ya mencionados se ven constantemente atacados, ya sea por nosotros mismos o por terceros, pues somos nosotros quienes exponemos nuestra vida en redes sociales y también puede darse el caso que un tercero ventile nuestra vida privada sin nuestro consentimiento.

Tal como señalan los autores españoles Lucrecio Rebollo y María Mercedes Serrano: “En el uso de las redes sociales confluyen dos elementos contradictorios: los perfiles así como los contenidos, pertenecen al ámbito de lo íntimo; pero por el contrario los ponemos a disposición de una cantidad ingente de personas. En el derecho a la intimidad, honor y propia imagen, y también más recientemente en lo relativo a la protección de datos de carácter personal, el ciudadano tiene una conciencia de su derecho y de que su consentimiento es esencial para el uso o difusión de aquellos contenidos. Por el contrario, en las redes sociales, la actitud de los usuarios no es de recelo, y sí de participación (desinhibición) lo que supone divulgación, sin que opere ya de forma efectiva el consentimiento.”⁴³.

El profesor Pedro Anguita, en su libro “Acciones de protección contra Google”⁴⁴ muestra una serie de acciones de protección contra publicaciones que fueron difundidas en diversas redes sociales, tales como son los casos “Araneda Velásquez, Noelia y otro con Garrido Roca, Claudia”⁴⁵, “Martínez Lizama, Marta con Orellana Moya, Francisco”⁴⁶, “Venegas Yáñez, César con Álvarez Marchant, Scarlett”⁴⁷, en donde se cuestionaron publicaciones hechas en Facebook; el caso “Martínez Cortez, Julio y otros contra Inversiones y Publicaciones Comunidades Ciudadanas”⁴⁸, donde el problema se produjo por la divulgación de conversaciones de Whatsapp y “Multitiendas Corona S.A. contra Sepúlveda

4°.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia;

5°.- La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley.”

⁴³REBOLLO, L. y SERRANO, M. 2014. Internet, redes sociales y protección de datos. En: Manual de Protección de Datos. Barcelona, Editorial Dykinson. pp.277 – 306.

⁴⁴ANGUITA, P. 2016. Acciones de protección contra Google. Santiago, Editorial Librotecnia. 262p.

⁴⁵Corte de Apelaciones de Chillán, causa Rol N°42-2010. Corte Suprema, causa Rol N°9301-2016.

⁴⁶Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol N°1495-2010.

⁴⁷Corte de Apelaciones de Punta Arenas, causa Rol N°350-2015. Corte Suprema, causa Rol N°9973-2015.

⁴⁸Corte de Apelaciones de Iquique, causa Rol N°231-2015.

Velásquez, Eduardo”⁴⁹, en que existió una publicación de Twitter. Todos estos casos, cuyos fundamentos fueron la vulneración del artículo 19 N°4 de la Constitución Política de la República, entre otros, reflejan la importancia jurídica que reviste el accionar de las personas en las redes sociales, siendo, además, importante destacar que en todos ellos las acciones se dirigieron a personas específicas (naturales o jurídicas) y no a las empresas de redes sociales. Con esto se demuestra que la jurisprudencia chilena no ha estado ajena a la irrupción de estas plataformas de comunicación, por lo que se debería considerar esta situación también a la hora de plantear la consagración del “derecho al olvido”, ya que probablemente existan casos en donde convendría su aplicación.

¿Qué diferencia existe entre los conceptos de “vida privada” e “intimidad”? Fundamentalmente, la distinción radica en que la vida privada es la esfera reducida y delimitable de todo aquello que no pertenece a la vida pública y, por su parte, la intimidad sería aquella esfera aún más pequeña que coincide con el núcleo de la personalidad⁵⁰. Es en relación a estos derechos donde se da la mayor discusión sobre si una información debe ser o no bajada de internet, ¿hasta qué punto convertimos nuestra vida privada en algo público? ¿en qué casos se justifica esta publicidad? Aquí es relevante señalar las dos aristas de la intimidad, existiendo un aspecto negativo, que trata sobre que el individuo se encierra en sí mismo para dejar ciertos aspectos personales fuera del conocimiento de terceros y, por otro lado, encontramos el aspecto positivo, que es el control que tiene cada persona sobre los datos e informaciones relativos sobre sí mismo⁵¹, pudiendo equipararse entonces el aspecto positivo con la autodeterminación informativa. En cuanto a la vulneración de la intimidad, pueden vislumbrarse dos aspectos, siendo uno la mera intrusión de un tercero en una vida ajena y el segundo sería que se publiquen hechos que están protegidos por el derecho a la privacidad⁵². Respecto de la privacidad en internet, existen dos complicaciones principales en relación a su resguardo. En primer lugar, está la dificultad de saber con precisión a quiénes divulgamos nuestra información⁵³, pues los motores de búsqueda recogen la información de distintos lugares (problema de indexación) y en segundo lugar, existe la dificultad de determinar

⁴⁹Corte de Apelaciones de Valparaíso, causa Rol N°1886-2015. Corte Suprema, causa Rol N°12.873-2015.

⁵⁰BANDA, A. 2015. La vida privada e intimidad en la sociedad tecnológica actual y futura. [en línea] <<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RDPU/article/viewFile/36294/37944>> [consulta: 18 junio 2016].

⁵¹Banda, *ibid.*, p.265.

⁵²Figueroa, *op.cit.* p.27.

⁵³De Terwangne, *op.cit.*, p.55.

cuándo comenzó la divulgación, esto se relaciona con que la información que se expone en un momento determinado puede no tener una intención de permanencia infinita en internet⁵⁴.

Siguiendo con el análisis, cabe preguntarse ¿qué pasa con la protección de la vida privada en las redes sociales? Es claro que en plena era digital, la preocupación por proteger la vida privada y la intimidad no debe pasar solo por aquello que un tercero pueda hacer, vulnerando así el derecho a la privacidad de otro, sino que también debe considerarse la propia protección que una persona debe tener con sus datos, los límites que deben existir entre lo que se hace público y lo que no, límites que se han vuelto difusos con la arremetida de las redes sociales.

Para la autora Paloma Herrera, son tres los elementos a considerar en cuanto a la expectativa de privacidad del usuario: está el grado de configuración del perfil, la cantidad de contactos y si el perfil está indexado a motores de búsqueda⁵⁵. Señala que en la medida que la persona se comunique a través de mensajería privada, tenga una cantidad de contactos reducida y su perfil de red social esté desindexado de los motores de búsqueda, puede establecerse que dicha persona tiene una expectativa de privacidad respecto de ciertas áreas de su vida⁵⁶. En general, las redes sociales entregan opciones a los usuarios para que ellos puedan modificar su configuración de privacidad, aumentando las trabas para la exposición pública de aquello que *postean* (sea esto fotografías, videos, música, reflexiones, entre otros), o bien, disminuyéndolas al punto de tener en modo “público” el perfil de Facebook, quitar la opción “cuenta privada” en Instagram o desactivar la herramienta de “proteger mis tweets” en caso de Twitter, por mencionar algunas redes sociales.

En vista de lo anteriormente expuesto, ¿qué pasa entonces con aquellos que recién están incursionando en la web y que no saben de la existencia o el manejo de estas opciones que le permiten aumentar su seguridad virtual? Evidentemente se encuentran desprotegidos frente al resto de la comunidad en internet, lo que, a su vez, guarda relación con la casi nula educación informática que reciben los niños y adultos mayores (que, según esta tesis, serían los grupos etarios más vulnerables) quienes cada día se interesan más en las redes sociales.

⁵⁴De Terwangne, loc. cit.

⁵⁵HERRERA, P. 2016. El derecho a la vida privada y las redes sociales en Chile. [en línea] <<http://www.rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/viewFile/41268/44146>> [consulta: 08 julio 2016].

⁵⁶Herrera, ibid, p.96.

Así, Herrera destaca que resulta imperioso educar y concientizar sobre la privacidad en la red, pues es difícil exigir un nivel adecuado de aquella y es por eso que el usuario debe asumir un rol activo que le lleve a comprender el riesgo de sus actuaciones en cuanto su privacidad y la de terceros⁵⁷.

No es extraño que los ciberusuarios constaten —no pocas veces— que las personas suelen exponer su vida privada e incluso, sus datos personales, confiando en que dicha información sólo se compartirá con quienes tiene agregados como contactos, lo que es solo una falsa ilusión, pues en internet basta un pantallazo o *screenshot* para que una información salte la barrera de la privacidad de una persona y se expanda por la web, convirtiéndose en lo que se ha denominado “viral”.

En relación a Facebook, el autor colombiano David Aguirre sostiene: “El ‘derecho al olvido’ se desprende del derecho de hábeas data, que tiene como piedra angular la *temporalidad* y, por ende, la *caducidad* de la información negativa acerca de un titular de la misma, que aterrizado al esquema de las redes sociales digitales, compromete el derecho fundamental a la intimidad y al buen nombre, en el manejo de datos personales sensibles de los usuarios titulares de información y no usuarios titulares de información, por parte de las *redes sociales digitales*, toda vez que el *derecho al olvido* en dichas redes sociales y su flagrante desconocimiento dentro de las licencias de propiedad intelectual, que facultan a Facebook a utilizar los contenidos, en la actualidad determinan una flagrantemente vulneración de los criterios de protección, propios de la institución jurídica del *habeas data*, circunstancia que debe ser abordada a través de política legislativa.”⁵⁸.

Tal como se ha manifestado en este trabajo, el derecho tiene que avanzar para estar acorde al progreso digital cuando éste comprometa derechos de las personas, sobre todo si estos derechos tienen la calificación de fundamentales.

Al mismo tiempo, hay otra arista que requiere un trabajo más allá de lo jurídico, pues, tal como menciona la autora Paloma Herrera, existe mucha desinformación, dado que el usuario común y corriente de las redes sociales rara vez revisa las políticas de privacidad al

⁵⁷Herrera, *ibid.*, p.97.

⁵⁸AGUIRRE, D. 2012. Problemática del "derecho al olvido" frente a las licencias de propiedad intelectual en facebook: retos y propuestas. [en línea]
<https://derechoytics.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoytics/ytics119.PDF> [consulta: 19 julio 2016].

aceptar los términos y condiciones al ingresar a una de ellas. ¿El derecho tiene que hacerse cargo de la irresponsabilidad de aquel que acepta términos y condiciones de una red social sin leerlos? ¿qué pasa con los menores de edad?

Sostenemos que hay que hacer un análisis casuístico, pues no todos los casos darían pie a que se pudiera invocar el “derecho al olvido” si es que este llegara a consagrarse en el derecho chileno. Además, debe existir una política de enseñanza de competencias básicas en resguardo de los propios datos en internet, para evitar que por ignorancia las personas puedan exponerse voluntariamente a una vulneración de sus derechos a la vida privada y a la intimidad: “El usuario promedio de las redes sociales no tiene conciencia de la naturaleza jurídica de los datos que comparte en el formulario de registro, por tanto, en la generalidad de los casos, ignora los derechos que se le reconocen en la Constitución y en la Ley 19.628 en materia de privacidad y protección de datos personales.”⁵⁹.

El profesor Pedro Anguita expresa muy claramente su postura respecto a la protección del derecho a la vida privada en Chile, en los siguientes términos: “La desatención que le ha otorgado nuestro legislador al derecho a la vida privada, se expresa en el hecho que luego de su incorporación como un derecho fundamental en la Carta Fundamental de 1980, no ha regulado los efectos de las intromisiones no consentidas en el ámbito de las distintas esferas que conforman el entorno más íntimo y próximo de la persona humana. La tutela penal es inadecuada y parcial, y la civil inexistente. La práctica jurisprudencial ha sido en este sentido muy escasa, limitada casi exclusivamente a la jurisdicción constitucional vía la interposición de recursos de protección.”⁶⁰.

Lo señalado por Anguita no es sino, un requerimiento que ya ha hecho la doctrina a nivel mundial: es necesaria la existencia del “derecho al olvido”, pues en nuestro país las herramientas legales que existen para proteger los derechos a la vida privada son ineficientes e insuficientes, tal como podrá observarse en los casos señalados en el capítulo IV.

⁵⁹Herrera, loc.cit.

⁶⁰ANGUITA, P. 2006. Jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la propia imagen y a la vida privada en Chile (1981-2004): un intento de sistematización. <https://www.ucursos.cl/icei/2010/1/PER54/1/material_docente/bajar?id_material=492823> [consulta: 18 junio 2016].

CAPÍTULO II

EL “DERECHO AL OLVIDO” EN EL DERECHO COMPARADO

2.1 INTRODUCCION

En el siguiente capítulo se abordará el tratamiento que se la ha dado al “derecho al olvido” en el derecho comparado y si bien el abanico de países que ha discutido o bien legislado sobre la materia es diverso, hemos decidido analizar los casos de España, Colombia y Uruguay, que son los precursores de la discusión sobre este derecho y, además, tienen características que podrían aplicarse a la situación de Chile, por lo que, en opinión de este trabajo, son buenas bases para construir una idea de lo que podría ser el “derecho al olvido” en nuestro país.

Se ha elegido a España pues el caso *Google Spain, S.L. y Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González* fue el que provocó que la doctrina comenzara a observar con mayor detención el “derecho al olvido”, estando en ese país varios autores renombrados que han tratado tal derecho.

Colombia forma parte de esta selección debido a que el Tribunal Constitucional de dicho país también habló sobre el “derecho al olvido” a raíz del caso *Gloria vs. Casa Editorial El Tiempo* y resulta interesante contrastar la concepción española del “derecho al olvido” con la solución colombiana para el mismo ítem.

Por otro lado, si bien Uruguay no tiene jurisprudencia al respecto, la AGESIC emanó un documento en el cual se expresó la importancia del “derecho al olvido” y, además, ese país posee una completa ley sobre protección de datos personales, que como ya se ha visto en esta tesis, forma parte de las bases del “derecho al olvido” y es justamente este ítem una de las grandes deudas legislativas que aún tiene Chile para con sus habitantes.

2.2 ESPAÑA

Si bien ya se ha hablado sucintamente de la doctrina española en este trabajo, es necesario profundizar un poco más en el tratamiento que se le ha dado en dicho país al “derecho al olvido”.

Para el profesor Mario Hernández, el derecho a la protección de datos tiene un objeto amplio, pues contempla tanto el derecho a la intimidad, consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución Española⁶¹, como también a aquellos bienes de la personalidad pertenecientes a la vida privada y que se unen al respeto de la dignidad personal, como, por ejemplo, el derecho al honor⁶². El mismo autor indica, además, que el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en la potestad del individuo para decidir a quiénes entrega sus datos (sea a personas particulares o al Estado), saber qué datos puede recabar un tercero y conocer quién tiene sus datos y para qué fin los posee, es decir hay un control y disposición de los propios datos personales⁶³. Como puede observarse, el derecho a la protección de datos en España está relacionado con la autodeterminación informativa, pues su enfoque va más bien dirigido al control de la información y datos propios que puede ser recabado y divulgado por un tercero, lo que, a su vez, se liga con el aspecto positivo del concepto de intimidad, ambos asuntos ya tratados en un capítulo anterior.

Por otro lado, la Agencia Estatal Boletín del Estado, dependiente del Ministerio de la Presidencia del Gobierno Español, publicó un extenso “Código del derecho al olvido” en enero del presente año 2016⁶⁴, en el que se indica: “El ‘derecho al olvido’ tiene, además, un innegable carácter transversal. No sólo puede constituir per se el objeto de un litigio, sino que su invocación y correcto ejercicio puede servir, además, en todos los ámbitos jurisdiccionales

⁶¹ Artículo 18.1, Constitución Española: Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

⁶²Hernández, op.cit., p.123.

⁶³Hernández, op.cit., pp.125-126.

⁶⁴Y este Código recopila todas aquellas normas españolas que guardan relación con el “derecho al olvido” es decir, se reconoce en España la amplitud en la aplicación del este derecho, el cual atraviesa prácticamente todo el sistema jurídico. Resulta imprescindible mencionar la importancia que reviste la Agencia Española de Protección de Datos en cuanto al “derecho al olvido”, pues es la autoridad estatal en dicho país que controla de forma independiente (tiene personalidad jurídica propia y actúa con plena independencia de las administraciones públicas) que se cumplan las normas de protección de datos. Esta agencia ha sido parte relevante dentro de juicios que se han discutido, por ejemplo, en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

y en procedimientos de distinta naturaleza, de fundamento para la adopción de medidas cautelares, cesación de las injerencias efectuadas y la reparación integral de los perjuicios sufridos.”⁶⁵.

El año 2012 se recibió en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea un procedimiento de petición de decisión prejudicial para el caso *Google Spain, S.L. y Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González*. En año 2010, el señor Mario Costeja, español, presentó una reclamación contra La Vanguardia Ediciones, S.L., Google Spain y Google Inc. en la AEPD, ya que al buscar su nombre en el motor de búsqueda de Google (Google Search), los primeros resultados llevaban a una información del periódico “La Vanguardia” (de gran difusión en Cataluña) con fecha 9 de marzo de 1998, en los cuales se evidenciaba una subasta de inmuebles por embargo por deudas a la Seguridad Social. En primera instancia, él solicitó la eliminación o la modificación de la publicación, con el fin de que no salieran sus datos personales, pero la AEPD desestimó esta reclamación contra dicho periódico, pues la difusión de esta situación se había dado por la información verídica entregada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Cabe destacar que la publicación del periódico “La Vanguardia” tenía el carácter de legalmente obligatoria, por lo que, en este caso, no existía una disputa en cuanto al resguardo del derecho a la libertad de información y opinión⁶⁶.

Del párrafo anterior pueden rescatarse dos cosas importantes; en primer lugar, el hecho que el señor Costeja sí hizo uso de las herramientas legales existentes para tratar que se resarciera el daño provocado a su persona y, en segundo lugar, se manifiesta el problema que genera la indexación de contenidos en los motores de búsqueda, que, en este caso, sería Google.

El 23 de junio del año 2013, el entonces Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, señor Niilo Jääskinen, presentó al ya referido tribunal varias conclusiones para su consideración, siendo las más importantes para esta tesis, las siguientes: En cuanto al motor de búsqueda Google, el abogado sugirió que el tribunal determinara que se aplicaba la

⁶⁵BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. 2016. Código del Derecho al Olvido. [en línea] <https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?modo=1&id=094_Codigo_del_Derecho__al_Olvido> [consulta: 20 abril 2016].

⁶⁶Álvarez, op.cit., p.110.

norma de protección de datos europea, en los casos donde una “empresa que provee el motor de búsqueda establece en un Estado Miembro, a fines de promover y vender espacios publicitarios en su motor de búsqueda, una oficina o una filial que orienta su actividad hacia los habitantes de dicho Estado”⁶⁷. Jääskinen determinó que, según su opinión, si bien los motores de búsqueda hacían un tratamiento de datos a través de la indexación, éstos no podían ser considerados responsables del mismo, pues el tratamiento de datos personales a través de la indexación se hacía “como mero código informático” y no de un “modo semánticamente relevante”⁶⁸.

Por otro lado, la autora Cecilia Álvarez señala: “El Abogado General consideró que el motor de búsqueda sería responsable del tratamiento de los datos personales incluidos en una página web indexada si no respetaba los códigos de exclusión en esa página web o si no cumplía una solicitud de esa página web relativa a la actualización de la memoria oculta”⁶⁹. En este caso, mencionó también que una autoridad nacional solo puede solicitar a un proveedor de servicios de motor de búsqueda que retire información de su índice si se cumple el supuesto recién revisado⁷⁰.

Por último, por parte del Abogado General se determinó que, si bien en la Directiva 95/46/CE se reconoce el derecho de rectificación y cancelación y, además, el derecho de oposición, éstos no deben aplicarse para el caso en cuestión, pues se trataba de una publicación obligatoria por ley en España y por otro lado, se debió haber justificado con “razones legítimas propias de su situación particular”⁷¹.

En cuanto a Google Spain y Google Inc., la AEPD estimó que eran intermediarios en la sociedad de la información, estando sujetos a la normativa de tratamiento de datos personales. Tal como se puede ver en el considerando N°17: “La AEPD consideró que estaba facultada para ordenar la retirada e imposibilitar el acceso a determinados datos por parte de los gestores de motores de búsqueda cuando considere que su localización y difusión puede lesionar el derecho fundamental a la protección de datos y a la dignidad de la persona entendida en un sentido amplio, lo que incluye la mera voluntad del particular afectado cuando

⁶⁷ Álvarez, op.cit., p.113.

⁶⁸ Álvarez, ibid.

⁶⁹ Álvarez, ibid.

⁷⁰ Álvarez, op.cit., p.114

⁷¹ Álvarez, ibid.

quiere que tales datos no sean conocidos por terceros. La AEPD estimó que este requerimiento puede dirigirse directamente a los explotadores de motores de búsqueda, sin suprimir los datos o la información de la página donde inicialmente está alojada e, incluso, cuando el mantenimiento de esta información en dicha página esté justificado por una norma legal.”⁷².

En este caso se pueden distinguir dos opiniones: la de Google Spain y Google Inc. y, por otro lado, la del Sr. Costeja. La opinión de los primeros es que la actividad de los motores de búsqueda no podía ser considerada como tratamiento de datos, porque ellos gestionaban la información de forma general, no haciendo una división entre datos personales y otro tipo de información. Sostenían que no se podía responsabilizar a los mismos porque ellos como gestores de motor de búsquedas, no conocían los datos.

En la otra vereda, el Sr. Costeja, cuya postura era apoyada por algunos países europeos⁷³ señalaba que sí había un tratamiento de datos en el sentido de la Directiva 95/46⁷⁴ y que el gestor de un motor de búsqueda sí era responsable del tratamiento de datos porque determinaba la finalidad y los medios de dicho tratamiento⁷⁵. En los considerandos N°37, N°38 y N°39 de la sentencia en estudio se establecen tres puntos importantes a tener en cuenta: la organización y agregación de información publicada permite que las personas puedan hacer un perfil más o menos detallado de un individuo con tal solo teclear su nombre en el buscador⁷⁶, la actividad de un motor de búsqueda puede afectar los derechos

⁷²TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 2014. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), [en línea] <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=245037>> [consulta: 22 abril 2016].

⁷³Los gobiernos de España, Polonia, Austria e Italia y la Comisión Europea.

⁷⁴“La Directiva 95/46/CE constituye el texto de referencia, a escala europea, en materia de protección de datos personales. Crea un marco regulador destinado a establecer un equilibrio entre un nivel elevado de protección de la vida privada de las personas y la libre circulación de datos personales dentro de la Unión Europea (UE). Con ese objeto, la Directiva fija límites estrictos para la recogida y utilización de los datos personales y solicita la creación, en cada Estado miembro, de un organismo nacional independiente encargado de la supervisión de cualquier actividad relacionada con el tratamiento de los datos personales”. EUR-LEX ACCESS TO EUROPEAN UNION LAW, 2014. [en línea] <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A114012>> [consulta: 29 abril 2016].

⁷⁵Tribunal de Justicia de la Unión Europea. op.cit., considerandos 22 y 23.

⁷⁶“Además, la organización y la agregación de la información publicada en Internet efectuada por los motores de búsqueda para facilitar a sus usuarios el acceso a ella puede conducir, cuando la búsqueda de los usuarios se lleva a cabo a partir del nombre de una persona física, a que éstos obtengan mediante la lista de resultados una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet que les permita establecer un perfil más o menos detallado del interesado”. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, op.cit., considerando 37.

fundamentales de respeto a la vida privada y de protección de datos personales⁷⁷ y aunque las páginas web puedan incluir elementos de desindexación como “*robots.txt*”, eso no libera de su responsabilidad a los gestores de motores de búsqueda⁷⁸.

En el considerando N°37 se trata un punto importante dentro de toda la discusión sobre la información que existe en formato online, la cantidad de datos que puedan circular por la red y que son entregados fácilmente con solo escribir el nombre de una persona en un motor de búsqueda, pues efectivamente generan que se pueda hacer un perfil de esa persona gracias a la información que hay sobre ella en internet. Esto puede traer consecuencias relevantes para la vida del sujeto en cuestión, si es que la construcción de ese perfil resulta ser negativo o perjudicial. Por su parte, el considerando N°39 también es relevante, pues no desliga al motor de búsqueda de su responsabilidad aun cuando el editor del sitio web que contiene la información tenga la facultad de decidir si desindexa o no el contenido en cuestión.

El presente trabajo adhiere con la idea que es al propietario que alberga la información a quién debe hacerse la reclamación y quien debe encargarse de desindexar los datos si así lo ordena un tribunal, alejándose así de lo determinado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Finalmente, la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, declaró lo siguiente:

“a. El artículo 2, letras b) y d), de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que

⁷⁷“En consecuencia, 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”. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, op.cit., considerando 38.

⁷⁸“Por último, el 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.”. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, op.cit., considerando 39.

respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, debe interpretarse en el sentido de que, por un lado, la actividad de un motor de búsqueda, que consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado, debe calificarse de «tratamiento de datos personales», en el sentido de dicho artículo 2, letra b), cuando esa información contiene datos personales, y, por otro, el gestor de un motor de búsqueda debe considerarse «responsable» de dicho tratamiento, en el sentido del mencionado artículo 2, letra d).

b. Los artículos 12, letra b) y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46 deben interpretarse en el sentido de que, para respetar los derechos que establecen estas disposiciones, siempre que se cumplan realmente los requisitos establecidos en ellos, el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, también en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de estas páginas web, y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita.

c. Los artículos 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46 deben interpretarse en el sentido de que, al analizar los requisitos de aplicación de estas disposiciones, se tendrá que examinar, en particular, si el interesado tiene derecho a que la información en cuestión relativa a su persona ya no esté, en la situación actual, vinculada a su nombre por una lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre, sin que la apreciación de la existencia de tal derecho presuponga que la inclusión de la información en cuestión en la lista de resultados cause un perjuicio al interesado. Puesto que 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.”⁷⁹.

Esta sentencia tiene una importancia vital para lo que se ha venido discutiendo en los dos últimos años sobre el “derecho al olvido” en nuestro país, pues es citada en la única sentencia de la Corte Suprema que ha aceptado la existencia de lo conocido en doctrina como “derecho al olvido”.

Por otra parte, también estableció las bases para que comenzara a discutirse más el concepto a nivel mundial y su relevancia fue tal, que la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hizo que Google creara un formulario para cumplir con la resolución del caso Costeja. Cabe destacar que esta página llamada “Solicitud de retirada de resultados de búsqueda en virtud de la normativa de protección de datos europea”⁸⁰ que está disponible sólo para ciudadanos de la Unión Europea⁸¹ (para los no europeos existe un formulario estándar)⁸² y según los datos recopilados por el profesor Pedro Anguita, desde que este formulario fue dado a conocer y hasta la fecha de 17 de marzo del año 2016, Google había recibido 404.365 solicitudes de eliminación, habiéndose evaluado 1.416.199 URL (*Uniform Resource Locator*, en inglés)⁸³.

En relación a lo anterior, el 11 de junio del año 2014, los Senadores Francisco Chahuán, Carlos Bianchi, Hernán Larraín, Baldo Prokurika y Eugenio Tuma presentaron un proyecto de ley para modificar el artículo 13° de la ley N°19.628, cuya base es justamente la sentencia que se acaba de revisar, proyecto que será analizado con mayor detención en el capítulo III de esta tesis.

⁷⁹Tribunal de Justicia de la Unión Europea, op.cit., considerando 97.

⁸⁰GOOGLE. 2016. Solicitud de retirada de resultados de búsqueda en virtud de la normativa de protección de datos europea. [en línea] <https://support.google.com/legal/contact/lr_eudpa?product=websearch> [consulta: 02 diciembre 2016].

⁸¹Anguita, op.cit. p.19.

⁸²Anguita, op.cit., p.20.

⁸³Anguita, ibid.

2.3 COLOMBIA

El artículo 15 de la Constitución colombiana del año 1991 reconoce el derecho al *habeas data* en los siguientes términos:

“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.”

En este país existe un desarrollo jurisprudencial desde 1991 al año 2008, a través del cual se genera doctrina en la materia. Los principios que rigen el tratamiento de datos personales⁸⁴ y también la creación de la Ley N°1.266 (que regula el tratamiento de datos financieros), entre otros eventos, dan pie al reconocimiento del “derecho al olvido” en años posteriores.

Para la autora colombiana Valentina Manrique, la caducidad de los datos negativos deriva de su participación en el núcleo esencial del derecho al *habeas data*, es decir, el “derecho al olvido” es una creación jurisprudencial que en el caso del ordenamiento jurídico de Colombia, se relaciona con el artículo 15 de la Constitución de 1991 y con la sentencia T-414 de 1992⁸⁵ que es la que inició el camino, pues aquí se nombró al “derecho al olvido” por primera vez y se dijo: “Los datos tienen por su naturaleza misma una vigencia limitada en el

⁸⁴MANRIQUE, V. 2015. El derecho al olvido: análisis comparativo de las fuentes internacionales con la regulación colombiana. [en línea] <https://derechoytics.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoytics/ytics228.pdf> [consulta: 25 mayo 2016].

⁸⁵“Los datos tienen por su naturaleza misma una vigencia limitada en el tiempo la cual impone a los responsables o administradores de bancos de datos la obligación ineludible de una permanente actualización a fin de no poner en circulación perfiles de “personas virtuales” que afecten negativamente a sus titulares, vale decir, a las personas reales.”.

tiempo la cual impone a los responsables o administradores de bancos de datos la obligación ineludible de una permanente actualización a fin de no poner en circulación perfiles de ‘persona virtuales’ que afecten negativamente a sus titulares, vale decir, a las personas reales.”⁸⁶.

En el año 2015, la Corte Constitucional de Colombia dictó la sentencia en el juicio de acción de tutela interpuesto por Gloria⁸⁷ contra Casa Editorial El Tiempo, sobre la base de los siguientes antecedentes: “Gloria” creyó vulnerados sus derechos fundamentales al trabajo, al buen nombre, la intimidad, al debido proceso y al derecho de petición, por la publicación de una nota periodística (con la posterior indexación en Google.com) que vinculaba a la accionante con un hecho constitutivo de delito, por el cual nunca fue declarada culpable. El año 2000 la accionante trabajó como vendedora en una agencia de viajes y le vendió boletos a una persona que fue acusada de trata de personas, por lo que fue sometida a un proceso penal en el cual fue absuelta debido a que prescribió la acción penal.

En la publicación de Casa Editorial El Tiempo no dio cuenta de esta última circunstancia, lo que la puso en una situación negativa ante la sociedad colombiana, afectándola tanto a ella como a su familia. Gloria solicitó a Casa Editorial El Tiempo que se eliminara el contenido, pero le respondieron que la noticia había sido “veraz e imparcial”, denegando así su solicitud y fue en base a esto que la solicitante pidió a la Corte Constitucional de Colombia que ordenara al medio de comunicación que se bajara la noticia y que se eliminara de los motores de búsqueda, específicamente, Google.com⁸⁸.

En el año 2014, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional Colombiana ordenó la vinculación de Google Colombia Limitada al proceso, para que pudiera pronunciarse sobre los hechos y pretensiones de la acción constitucional⁸⁹. Google Colombia Limitada, respondió que no le constaban los hechos y que se oponía a las pretensiones de la tutelante, además de declarar que no era responsable, pues no tenía legitimación activa, ya que el manejo del motor de búsqueda de Google le pertenecía a Google Inc., empresa domiciliada

⁸⁶Manrique, op.cit., p.6.

⁸⁷La misma Corte Constitucional de Colombia señala en la sentencia que “Con el fin de garantizar el derecho a la intimidad de la accionante, se cambiará su nombre por uno ficticio, de tal forma que no pueda identificársele en la versión publicada de esta providencia.”.

⁸⁸Corte Constitucional de Colombia. 2015. [en línea] <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-277-15.htm#_ftn1> [consulta: 30 abril 2016].

⁸⁹Corte Constitucional de Colombia, ibid.

en Estados Unidos, por lo que, si se impusiera una orden a Google Inc., Google Colombia no podría cumplirla, porque no tenía control sobre las acciones de la sociedad matriz⁹⁰.

La Corte Constitucional constató que había un conflicto entre dos derechos fundamentales: el derecho a la libertad de expresión de Casa Editorial El Tiempo y a la información de toda la sociedad y, por otro lado, los derechos a la honra y al buen nombre de Gloria⁹¹. A la vez, señaló que debió haber habido una “prueba tripartita”⁹². Como puede notarse, existe una diferencia con el caso español revisado en el sub capítulo anterior, pues en el caso Costeja no existía una disputa entre el derecho a la información y el derecho a la honra, siendo en el caso colombiano una arista importante que debió resolver la Corte Constitucional de Colombia.

Finalmente, la Corte Constitucional de Colombia manifestó que la vulneración de derechos fundamentales de Gloria no podía ser imputado a Google, pues la empresa no era responsable de la producción de la información, es decir, la indexación no era el problema en esta situación. A su vez, ordenó:

“[a] Casa Editorial El Tiempo que actualice la información publicada en su página web respecto a los hechos que relacionan a la accionante con el delito de trata de personas, de tal manera que se informe que la misma no fue vencida en juicio. De igual forma, se dispone **ORDENAR** a la Casa Editorial el Tiempo que, por medio de la herramienta técnica ‘robots.txt’, ‘metatags’ u otra similar, neutralice la posibilidad

⁹⁰Corte Constitucional de Colombia, *ibid*.

⁹¹Respecto de la actualización de los datos en internet, la Corte señaló: “Adicionalmente, ha de considerarse una circunstancia que particulariza la situación de la accionante, consistente en que la información suministrada por el medio de comunicación, que resultaría lesiva de sus derechos fundamentales, se encuentra disponible de forma permanente al estar publicada en internet. La constante accesibilidad de la noticia hace que el deber de actualización a cargo de su autor se vuelva particularmente sensible, pues haber sido objeto de una publicación noticiosa cuya disponibilidad para terceros ha decaído con el paso del tiempo no entraña las mismas consecuencias desde una perspectiva de derechos fundamentales que el estar sujeto de forma ininterrumpida al escrutinio público debido a que dicha información puede ser conocida por todos en cualquier momento, pese a que no aparece completa porque informa parte de los hechos pero no su desenlace.”

⁹²Los elementos son: la exigencia de que la limitación del derecho a la libertad de expresión se encuentre contemplada en la ley, en segundo lugar, que con la limitación quiera garantizarse el respeto por los derechos o la reputación de los demás, o la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública y, por último, debió haberse analizado la necesidad de la medida a adoptarse para ver si garantizaba el fin pretendido. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2013. [en línea] <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_WEB.pdf> [consulta: 03 diciembre 2016].

de libre acceso a la noticia ‘Empresa de Trata de Blancas’ a partir de la mera digitación del nombre de la accionante en los buscadores de internet.”⁹³.

Otra distinción entre esta sentencia y lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es que aquí la orden se emite directamente para que el editor de la página web de Casa Editorial El Tiempo utilice mecanismos de desindexación como los ya mencionados, desligando de su responsabilidad a Google.

Respecto a la jurisprudencia colombiana revisada, esta tesis adhiere a la idea que es el responsable del sitio web quien debe encargarse de desindexar la información en internet.

Así lo entiende también la incipiente jurisprudencia brasileña, donde han existido pocas causas sobre el “derecho al olvido”⁹⁴, declarando el Supremo Tribunal de Justicia de Brasil que éste no puede imponerse a Google y a otros motores de búsqueda, así: “El tribunal estimó que ‘obligar a los buscadores a actuar como jueces ante solicitudes de eliminación de enlaces y a quitar ciertos enlaces de los resultados de búsqueda significaría atribuir demasiada responsabilidad a los motores de búsqueda, convirtiéndolos efectivamente en censores digitales.’”⁹⁵. Una diferencia importante entre el criterio brasileño y el de, por ejemplo, la Unión Europea, es que para este último el “derecho al olvido” no se aplica para personas que sean personajes públicos, mientras que en Brasil sí procede⁹⁶.

Es de relevancia poner énfasis en que este trabajo considera que debe existir una gradualidad en cuanto a la magnitud del daño causado, pues no es lo mismo querer eliminar una fotografía en que el afectado sale ebrio, a querer borrar una imagen que corresponda a la llamada “porno venganza” o “porno vengativo”, que se produce cuando una persona (generalmente, ex pareja) sube a la web fotos o videos íntimos, de connotación sexual, sin el consentimiento de la persona involucrada en las imágenes⁹⁷.

⁹³Corte Constitucional de Colombia, loc.cit.

⁹⁴ AHORA NOTICIAS. 2016. Derecho al olvido: justicia brasileña falló a favor de Google. [en línea] <<http://www.ahoranoticias.cl/noticias/tecnologia/184824-derecho-al-olvido-justicia-brasilena-fallo-a-favor-de-google.html>> [consulta: 19 diciembre 2016].

⁹⁵ONG DATOS PROTEGIDOS. 2016. Derecho al olvido en Brasil: ¿privilegiar o responsabilizar? [en línea] <<http://datosprotegidos.org/derecho-al-olvido-en-brasil-privilegiar-o-responsabilizar/>> [consulta: 02 diciembre 2016].

⁹⁶HERREROS, J. 2016. Actualidad del derecho al olvido en Latinoamérica. La Revista de la Defensoría Penal Pública (5): 40 – 43.

⁹⁷TELETRECE. 2015. Google busca frenar el “porno vengativo”. [en línea]

Para el autor Pedro Anguita: “La singularidad del porno vengativo radica en que las parejas han consentido en filmar o fotografiar un ámbito que siempre ha sido considerado por antonomasia perteneciente a la intimidad, amparado, por tanto, por el derecho a la vida privada.”⁹⁸. Otro supuesto donde podría aplicarse es si la masificación de la información es un delito, tema que será analizado con mayor profundidad en el capítulo 3.2 de esta tesis.

Creemos que, en el primer caso, debería operar la desindexación y, en el segundo caso, la eliminación, siendo el primer responsable de desindexar o eliminar la página web de origen y, en segunda instancia, se podría oficiar a los motores de búsqueda para que ellos desindexen la información, en caso que el administrador de la página fuente no lo haga (debiendo existir sanción por ello), en el entendido que los buscadores no tienen potestad para eliminar ítems de las páginas web.

2.4 URUGUAY

Uruguay consagra la protección de datos personales y la acción de *habeas data* en la Ley N°18.331 del año 2008. El profesor uruguayo Carlos E. Delpiazzo, señala que “respecto a la **información privada**, tanto a nivel constitucional como legislativo, es cada vez más frecuente la consagración del *habeas data* propio como procedimiento jurisdiccional sumario tendiente a hacer efectivo el derecho de las personas a conocer, rectificar, eliminar o lo que corresponda respecto a los datos personales contenidos en bases de datos, sean automatizadas o convencionales”⁹⁹.

Para el mismo autor, el *habeas data* propio debe entenderse como una garantía de acceso a los datos personales¹⁰⁰. Cabe destacar que, con anterioridad a la ley ya nombrada, existió en Uruguay la Ley N°17.838 “Protección de datos personales para ser utilizados en informes comerciales y acción de *habeas data*”, publicada el 01 de octubre del año 2004.

<<http://www.t13.cl/noticia/tendencias/tecnologia/google-busca-frenar-el-porno-vengativo>> [consulta: 02 diciembre 2016].

⁹⁸Anguita, op.cit., p.53.

⁹⁹DELPIAZZO, C. 2009. Acerca del *habeas data* propio e impropio. [en línea] <<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RDPU/article/viewFile/35691/37359>> [consulta: 06 julio 2016].

¹⁰⁰Delpiazzo, ibid., p.178.

Respecto a ella, los profesores Bruno Gaiero e Ignacio Soba, indican: “En tal sentido, lo que significó un relevante avance para la protección de datos utilizados con fines comerciales no significó más que un leve y relativo avance en la regulación de la protección de datos personales con carácter general (incluidos todos los datos personales que no son manejados con fines comerciales).”¹⁰¹. A su vez, destacan la importancia de dicha Ley diciendo: “Los artículos 17, 18 y 19 de la derogada ley establecieron, por primera vez en nuestro ordenamiento, una estructura específica por la que debía transcurrir el *habeas data*. Se refería, concretamente, a las pretensiones de conocer los datos personales, rectificarlos, actualizarlos, eliminarlos o suprimirlos.”¹⁰².

El artículo 1 de la Ley N°18.331 prescribe: “El derecho a la protección de datos personales es inherente a la persona humana, por lo que está comprendido en el artículo 72 de la Constitución de la República”. Por su parte, este artículo ordena: “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”. El artículo 5° de la misma Ley muestra los principios que deben seguir los responsables de las bases de datos, siendo estos los de legalidad, veracidad, finalidad, previo consentimiento informado, seguridad de los datos, reserva y responsabilidad¹⁰³. En los artículos sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo, decimoprimer y decimosegundo se definen cada uno de estos principios, artículos que están a disposición del lector en el Anexo del presente trabajo.

Más adelante, en el artículo 13 de la ley señalada¹⁰⁴ se menciona el derecho de información frente a la recolección de datos y precisándose los tres derechos que figuran en los artículos 14, 15 y 16, siendo estos el derecho de acceso, el derecho de rectificación, actualización, inclusión o supresión y el derecho a la impugnación de valoraciones personales.

¹⁰¹GAIERO B. y SOBA I. 2010. El proceso de *habeas data* en el Uruguay (protección de datos personales y acceso a la información pública) [en línea] <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28363.pdf>> [consulta: 04 noviembre 2016].

¹⁰²Gaiero y Soba, *ibid.*, p.338.

¹⁰³Artículo 5, Ley N°18.331: “Valor y fuerza.- La actuación de los responsables de las bases de datos, tanto públicos como privados, y, en general, de todos quienes actúen en relación a datos personales de terceros, deberá ajustarse a los siguientes principios generales: A) Legalidad. B) Veracidad. C) Finalidad. D) Previo consentimiento informado. E) Seguridad de los datos. F) Reserva. G) Responsabilidad. Dichos principios generales servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las disposiciones pertinentes.”.

¹⁰⁴Artículo 13, Ley N°18.331, a texto completo en el anexo de este trabajo.

Por su parte, el artículo 14 de la Ley N°18.331 se refiere al derecho de acceso, el cual determina que todo titular que se identifique adecuadamente (ya sea con su documento de identidad o un poder), podrá, justamente, acceder a la información que exista sobre sí mismo en las bases de datos, sean éstas públicas o privadas.

La condición es solo podrá ejercerse este derecho de forma gratuita a intervalos de seis meses, lo cual tiene como excepción que exista un interés legítimo que sea nuevo y acorde al ordenamiento jurídico.

Resulta relevante destacar el hecho que se entiende que este derecho puede ser ejercitado también por los herederos universales – determinados con sentencia de declaratoria de herederos – de un fallecido.

Por último, este derecho tiene ciertas características: la información debe entregarse en el plazo de cinco días hábiles desde que fue requerida y si ésta petición fuese denegada o el titular quedare insatisfecho, podrá interponer la acción de habeas data.

Dicha información debe entregarse claramente y en un lenguaje apto para el entendimiento del conocimiento medio de la población; debe ser amplia y contemplar el cien por ciento del registro del titular y no involucrar información de terceros, aun cuando se relacionen con la del titular. La respuesta a la solicitud puede darse por medios escritos, electrónicos u otros que sean afines¹⁰⁵.

El artículo 15 de la Ley 18.331 versa sobre el derecho de rectificación, actualización, inclusión o supresión, y señala que toda persona física o jurídica tiene el derecho a solicitar cualquiera de estas cuatro opciones respecto de sus datos personales que estén en una base de datos, siempre y cuando exista error o falsedad o exclusión en la información de su titularidad. Esta rectificación, actualización, inclusión o supresión será llevada a cabo por el responsable de la base de datos o de su tratamiento en un plazo máximo de cinco días hábiles desde que se ha recibido la solicitud por el titular del dato, o bien, podrá excusarse de hacerlo exponiendo sus motivos para ello. Si no se cumple la obligación recién planteada, el titular podrá acudir a la utilización de la acción de habeas data.

Es menester destacar que la regla general es que no se aplique la eliminación o supresión de los datos personales, pero hay tres casos en los cuales puede podrá existir

¹⁰⁵Artículo 14, Ley N°18.331, a texto completo en el anexo de este trabajo.

eliminación de datos personales, a saber, cuando con eso se genere un perjuicio a los derechos e intereses legítimos de otras personas, cuando haya error notorio o falsedad o se haya contravenido aquello determinado por una obligación legal.

Si un tercero desea acceder a informes sobre los datos personales mientras dura el proceso de verificación, rectificación o inclusión, el responsable de la base de datos deberá comunicar que se encuentra sometida a revisión.

Si hay comunicación o transferencia de datos, el responsable deberá notificar la rectificación, inclusión o supresión al destinatario dentro del quinto día hábil de efectuado el tratamiento de dicho dato personal. Por último, en este artículo decimoquinto se destaca que la rectificación, actualización, inclusión, eliminación o supresión de los datos personas es gratuita¹⁰⁶.

Por último, el artículo 16 de la Ley N°18.331 trata sobre el derecho a la impugnación de valoraciones personales, es decir, aquel derecho de no verse obligados a una decisión cuyos efectos legales les afecten significativamente, esto basándose en un tratamiento, sea o no automatizado de datos que busque evaluar ciertos aspectos de su personalidad (conducta, rendimiento laboral, crédito, entre otros).

Ante tal situación, el titular podrá impugnar aquellas decisiones privadas o los actos administrativos que tengan como fin único el tratamiento de sus datos con el objetivo de definir su personalidad o sus características. En resumen, la valoración sobre el comportamiento de las personas que se base en el tratamiento de sus datos solamente podrá tener valor probatorio si es que el afectado así lo solicita¹⁰⁷.

La Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información (AGESIC) de Uruguay emitió un breve documento en el que explicó el “derecho al olvido” en el contexto uruguayo, en el que señaló, entre otras cosas: “Los grandes volúmenes de información que circulan en la red generan una cifra cada vez más creciente de personas que acceden a ella. Esto provoca en algunas oportunidades que la **difusión de la información de carácter personal circulante en dicha red, se mantenga en forma indefinida en el tiempo y espacio excediendo así, la finalidad que originariamente tenía. Estas circunstancias han dado lugar al surgimiento de nuevos institutos jurídicos como lo es el derecho al olvido. Los**

¹⁰⁶Artículo 15, Ley N°18.331, a texto completo en el anexo de este trabajo.

¹⁰⁷Ibid.

mismos, deben concebirse, básicamente como una extensión o mutación de derechos o institutos ya consagrados en la órbita de la protección de datos personales, más específicamente el derecho a la cancelación, supresión u oposición, consagrados en Uruguay a través de los artículos 14 y 15 de la Ley N°18.331 de protección de datos personales, así como el cumplimiento del principio de finalidad consagrado en el artículo 8 de dicha norma.”¹⁰⁸.

¹⁰⁸El destacado es propio.

CAPÍTULO III

EL “DERECHO AL OLVIDO” EN EL DERECHO NACIONAL

3.1 LA LEY N°19.628 SOBRE PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA A LA LUZ DEL DERECHO AL OLVIDO

La Ley sobre protección de la vida privada, publicada el 28 de agosto de 1999, se relaciona directamente con el artículo 19 N° 4 y N°12 de la Constitución. Si bien el proyecto de ley buscaba proteger la vida privada de las personas en forma amplia (por eso la ley se titula como “sobre Protección de la vida privada”), solo terminó abarcando un aspecto más bien específico de ella: los datos personales (y así la ley señala al principio: “Proyecto de Ley: Protección de datos de carácter personal”)¹⁰⁹.

La ley N°19.628 en sus primeros tres artículos contiene disposiciones generales a partir de los cuales podemos ver su ámbito de aplicación, es decir, en qué casos se permite el tratamiento y difusión de datos personales, además de mencionarse las distintas formas de tratamiento de datos referidas en la misma.

El artículo 1°, en su primer inciso, establece qué tratamiento de los datos de carácter personal en registros o bancos de datos por organismos públicos o por particulares se sujetará a las disposiciones de esta ley, con excepción del que se efectúe en ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar, el que se regulará por la ley a que se refiere el artículo 19, N°12, de la Constitución Política. Este inciso señala una situación general, regulada por la Ley N°19.628 y a su vez, se remite a la Ley N°19.733 para los casos excepcionales, que serían aquellos donde se informa o se emite opinión en el ejercicio del periodismo en un medio de comunicación social, lo que podría ampliarse a las redes sociales. Tomando en cuenta el contexto actual de la comunicación virtual y la era digital, se presenta una dificultad, pues ninguna de las dos leyes trata de manera directa qué es lo que sucede con el tratamiento de datos personales en la web.

Por su parte, el artículo 1°, inciso segundo, de la Ley N°19.628 precisa que toda persona puede efectuar el tratamiento de datos personales, siempre que lo haga de manera

¹⁰⁹González, op cit. p.174.

concordante con esta ley y para las finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico. En todo caso deberá respetar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de los datos y de las facultades que esta ley les reconoce.

La redacción de este segundo inciso resulta interesante, pues da una señal clara y correcta que los derechos fundamentales están por sobre la ley y ésta debe adecuarse a ellos, cosa que tal como hemos visto a lo largo de este trabajo, no se está cumpliendo a cabalidad, pues éstos no se ven lo suficientemente protegidos frente a la aplicación de las normas legales.

Los artículos 2° y 3° definen qué es lo que entendemos por tratamiento de datos y extiende el ámbito de aplicación de la ley al caso de uso masivo de datos con el propósito de encuestas y sondeos. Es menester destacar que se ha buscado proteger el derecho a la autodeterminación informativa a través de los N°4° y N°24 del artículo 19 de la Constitución, es decir, mediante el derecho a la honra y vida privada, además del derecho de propiedad (entendiéndose en ese sentido, como “propiedad sobre los datos personales”).

Tal como señala la autora Paula Jervis: “La Ley 19.628 que regula el tratamiento de datos de carácter personal, sea este automatizado o no, y se realice por particulares o por órganos del Estado establece para los titulares de datos, o sea, para las personas naturales a las que se refieren éstos, una serie de derechos que tienen como fin último dar protección al bien jurídico ‘intimidad’ y, más específicamente, a la autodeterminación informativa o libertad informática.”¹¹⁰.

En cuanto al “derecho al olvido”, uno de sus fines es borrar o eliminar la información que se ha publicado sin el consentimiento del titular, para que él recupere el control sobre ella o también porque ha pasado un plazo prudente para su eliminación¹¹¹ y se vincula al concepto de desindexación.

Frente a esto, sostenemos que debe existir una diferenciación entre aquellos casos que darían pie a una eliminación de la información en la web y las situaciones en que fuese pertinente solamente la desindexación de la información cuestionada, es decir, en el ejercicio casuístico que significaría la aplicación del “derecho al olvido” tendría que aplicarse un criterio de gradualidad. Creemos que una de las circunstancias en que debería aplicarse la

¹¹⁰Jervis, loc.cit.

¹¹¹Muñoz, op.cit., p.224.

eliminación del dato personal o información controvertida es aquella en que una persona sea víctima de un delito, como puede ser, por ejemplo, en el caso del *ciber acoso*, específicamente, en el porno vengativo.

Resulta evidente la afrenta a los derechos fundamentales de la víctima que produce aquella situación (tal como es el derecho a la privacidad, a la honra, el honor y la integridad psíquica, todos contenidos en el catálogo de derechos de la Constitución chilena) y en virtud de aquello, las diputadas Andrea Molina, Claudia Nogueira y el diputado Juan Antonio Coloma, presentaron el proyecto de ley Boletín N°9543 – 07¹¹² que busca incorporar un nuevo artículo al Código Penal, cuyo objetivo es sancionar a quien difunda o publique imágenes eróticas obtenidas en la intimidad de la pareja y sin el consentimiento de uno de los involucrados. Cabe destacar que no solo se sancionará al autor de este delito, sino que también al administrador de la página web que aloje esta información, aun cuando el afectado o afectada haya solicitado su inmediata eliminación¹¹³. El proyecto de ley, presentado el día 04 de septiembre del año 2014, no ha mostrado avances posteriores al día 09 de septiembre del año 2014¹¹⁴.

Según el profesor Pedro Anguita, es importante dar cuenta que: “Las conductas que dan lugar al llamado porno vengativo, son necesariamente protagonizados por mayores de edad, pues la captación, exhibición y circulación de imágenes sexuales de menores de edad se sancionan con tipos penales ya existentes, como la pornografía infantil, tanto en nuestro país como en diversos tratados internacionales sobre la protección de niños y adolescentes.”¹¹⁵. La

¹¹²CÁMARA DE DIPUTADOS. 2014. Proyecto de Ley N°9543 – 07 [en línea] <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmId=9970&prMBoletin=9543-07> [consulta: 02 diciembre 2016].

¹¹³Artículo Único: Incorpórese en el Código Penal un nuevo artículo 161-A bis, norma que se reproduce de la siguiente manera

“Se castigará con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de 100 a 1000 Unidades Tributarias Mensuales al que, difunda o publique a través de Internet o cualquier otro medio electrónico imágenes de contenido sexual o erótico que se hayan obtenido en el ámbito de la privacidad de la pareja y sin el consentimiento de uno de ellos.

Los administradores de sitios de Internet que no bajen estas imágenes de manera inmediata a solicitud del afectado, serán sancionados con las mismas penas del inciso anterior”.

¹¹⁴ CÁMARA DE DIPUTADOS, loc. cit.

¹¹⁵ Anguita, op.cit. p.51.

preocupación no se ha visto solo en Chile, sino que existen otros países, como Inglaterra¹¹⁶ y Argentina¹¹⁷, que también han legislado o están en vías de legislar sobre este ítem.

El motor de búsqueda Google no ha quedado ajeno a esta discusión y ha dispuesto en su página web un formulario¹¹⁸ para retirar el “porno vengativo” de dicho buscador, especificando tres requisitos que deben darse para que proceda la desindexación, a saber: aparecer desnudo o desnuda o durante un acto sexual, que el contenido tuviera intenciones de ser privado y que no se haya dado consentimiento para que se transformara en público¹¹⁹. El mismo sitio de Google advierte que solo pueden evitar que el video o fotografía no aparezcan en los resultados de búsqueda, mas no pueden eliminar las imágenes de la fuente directa, por lo que recomiendan contactar al *webmaster* de la página fuente para solicitar que elimine el contenido¹²⁰. Este trabajo manifiesta que esta solución, si bien es valorable y rescatable, resulta insuficiente y poco eficaz, considerando la gravedad de los hechos que pueden ocurrir y que cada búsqueda– ya sea en Google o bien, en la página web de origen – significaría un atentado reiterado a los derechos fundamentales de la víctima, que en caso que se apruebe el Proyecto de Ley N°9543 – 07, tendría una arista penal.

Volviendo nuevamente a lo dispuesto en la Ley N°19.628, aun cuando se ha utilizado la acción de protección como herramienta para el resguardo de datos personales, se debe considerar que su interposición en particular no obsta la concurrencia de otras acciones en resguardo del derecho afectado, tal y como consagra el artículo 20° de nuestra Constitución.

Se ha dado una discusión respecto de quién es el titular de la acción que se ofrece en la Ley N°19.628, pues hay autores, como el profesor Humberto Nogueira, que manifiestan que solo el titular de los datos personales puede hacer valer sus derechos¹²¹. Otros autores, como la profesora Paula Jervis, postulan que existe una discusión respecto a sobre quién recae la

¹¹⁶BBC. 2016. Revenge porn: More than 200 prosecuted under new law. [en línea] <<http://www.bbc.com/news/uk-37278264>> [consulta: 02 diciembre 2016].

¹¹⁷Herreros, op.cit., p.42.

¹¹⁸GOOGLE. 2016. Remove information from Google. [en línea] <<https://support.google.com/websearch/troubleshooter/3111061#ts=2889054%2C2889099%2C2889064%2C3143868%2C6256340>> [consulta: 02 diciembre 2016].

¹¹⁹GOOGLE. 2016. Retirar “porno vengativo” de Google. [en línea] <<https://support.google.com/websearch/answer/6302812?hl=es-419>> [consulta: 02 diciembre 2016].

¹²⁰GOOGLE, ibid.

¹²¹NOGUEIRA, H. 2005. Autodeterminación informativa y Hábeas Data en Chile e Información comparativa. [en línea] <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2005.2/pr/pr3.pdf>> [consulta: 20 junio 2016].

titularidad, ¿es esto último un derecho personalísimo? Según la profesora Jervis este presupuesto del derecho personalísimo es insuficiente, pues se deja de lado a quienes no pueden ejercer sus derechos por sí mismos, es decir, según su apreciación, la legitimación activa del *Habeas data* no solo corresponde a la persona en sí, sino también a quienes puedan representarlas en juicio, tal como lo indican las reglas y principios generales de representación que están vigentes en nuestra legislación procesal¹²².

Muy relevante para lo relacionado con el “derecho al olvido” es lo señalado en el artículo 13 de la Ley N°19.628:

“Artículo 13. El derecho de las personas a la información, modificación, cancelación o bloqueo de sus datos personales no puede ser limitado por medio de ningún acto o convención.”.

Es justamente este artículo el que ha querido ser modificado, tal como se puede observar en el proyecto de ley N°10608 – 07, presentado por los Diputados Guillermo Ceroni y Daniel Farcas el día 7 de abril del presente año 2016, que analizamos en el sub capítulo dedicado a esta materia.

Una de las críticas que se ha hecho a esta Ley, opinión a la cual adhiere este trabajo, es que no protege eficazmente el derecho a la protección de datos, existiendo como plantea la autora Paloma Herrera, tres grandes falencias en cuanto a esto. En primer lugar, tenemos que no hay una autoridad especializada, independiente e imparcial que solucione controversias en temas como la protección de datos y la privacidad. En segundo término, en nuestro país no existe un banco de datos privados, lo que provoca que no pueda ejercerse correctamente el derecho de acceso, rectificación, cancelación y oposición por quién tenga interés en ello. Por último, las sanciones y multas son bajas¹²³, lo que no se condice con la importancia de aquello que la ley protege.

En conclusión, la ley referida en este sub capítulo no cumple con la expectativa de protección que, se supone, debería satisfacer, pues, los argumentos ya expuestos dan cuenta que esta ley resulta insuficiente para poder proteger de forma efectiva el derecho a la

¹²²Jervis, loc.cit.

¹²³Herrera, op.cit., p.92.

protección de datos, lo que permite abrir una puerta para que la inclusión del “derecho al olvido” remedie esta situación, ampliando el ámbito de protección de datos personales.

3.2 LA LEY N°19.733 SOBRE LIBERTADES DE OPINIÓN E INFORMACIÓN Y EJERCICIO DEL PERIODISMO A LA LUZ DEL DERECHO AL OLVIDO

En la Ley N°19.733 del año 2001 podemos encontrar, además de la regulación para el establecimiento y funcionamiento de los medios de comunicación, reglas para resguardar el derecho a la opinión e información¹²⁴ y, por otro lado, el derecho a la honra¹²⁵, a la integridad psíquica¹²⁶ y el derecho a la privacidad¹²⁷, aunque éstos no sean nombrados explícitamente.

En la norma ya referida se intenta buscar un equilibrio entre el ejercicio de periodismo y el respeto a los derechos fundamentales.

Se analizará esta ley, pues resulta importante destacar que la legislación chilena sí contempla sanciones en caso que un medio de comunicación cometa una infracción o un delito.

¹²⁴Artículo 19, N°12, inciso primero, Constitución Política de la República. “La Constitución asegura a todas las personas: La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.

La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social.

Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida.

Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley.

El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión.

Habrá un Consejo Nacional de Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación. Una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo.

La ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica;”.

¹²⁵Artículo 19, N°4, Constitución Política de la República. “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;”.

¹²⁶Artículo 19, N°1, inciso primero, Constitución Política de la República: “La Constitución asegura a todas las personas: El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.”.

¹²⁷Artículo 19, N°5, Constitución Política de la República: “La Constitución asegura a todas las personas: La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley;”.

A modo de introducir al tema, resulta menester señalar que las acciones de informar y opinar son diversas, pues la primera se refiere principalmente a lo que el profesor Humberto Nogueira determina como “la facultad de toda persona para ser informada, recibir y transmitir, sin censura previa (con excepción de la protección de los menores y adolescentes), de cualquier forma y por cualquier medio respecto de hechos, datos o acontecimientos organizados que describen y se relacionan con una situación u objeto determinado, dentro de un contexto y cultura determinada, pudiendo interpretarla y comentarla, siendo tal comunicación veraz y versando sobre acontecimientos de relevancia pública, ya sea por su contenido o por las personas que en ella participan, respetando los ámbitos de privacidad de las personas que no dañan a terceros o que no inciden en ámbitos de relevancia pública o afecten el bien común, contribuyendo a la formación de una opinión pública libre y el discernimiento crítico de la ciudadanía en una sociedad democrática.”¹²⁸,

Por lo que respecta a la información se entiende que se exige un mayor grado de objetividad, pues es la información entregada la que permitirá que cada individuo de una comunidad se forme una propia opinión respecto del asunto en cuestión.

La opinión, por otro lado, se refiere más bien a un acto de carácter subjetivo que según Nogueira corresponde a “la facultad de la persona para expresar de cualquier forma y por cualquier medio, sin censura previa, su universo moral, cognitivo y simbólico, vale decir, lo que tiene su origen y desarrollo en la esfera psíquica de la persona y es explicitado de propia voluntad (lo que cree, piensa, sabe o siente), a través de ideas y juicios de valor (sin que ellos constituyan en sí mismos vejaciones o insultos, innecesarios para expresar ideas), los que por su naturaleza, son subjetivos, pudiendo intercambiarlos y difundirlos. Tal derecho incluye el guardar silencio y no emitir opinión.”¹²⁹.

Esto es relevante en cuanto a la responsabilidad que podría tener alguien que emite una opinión y alguien que publica una información, entendiéndose que sobre el segundo elemento recae un peso mayor, pues prima un elemento objetivo, mientras que, en el primero, la subjetividad es un aspecto esencial y propio.

¹²⁸NOGUEIRA, H. 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. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502004000200006> [consulta: 09 octubre 2016].

¹²⁹Nogueira, *ibid.*

Cabe recalcar que los derechos fundamentales que han sido mencionados no solo están presentes en nuestra Constitución, sino que también se encuentran en instrumentos internacionales tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos¹³⁰ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹³¹, por nombrar solo algunos, lo que muestra que la importancia de estos derechos no se circunscribe solamente a la legislación nacional, sino que son temas de interés internacional.

Ahora, al pasar ya al análisis de los artículos de la Ley N°19.733, ésta menciona en su título V párrafo 1° las infracciones al título III (De las formalidades de funcionamiento de los medios de comunicación social), en el párrafo 2° se habla de las infracciones al título IV (Del derecho de aclaración y de rectificación) y, por último, el párrafo 3°, se titula “De los delitos cometidos a través de un medio de comunicación social”. Esta tesis se referirá al Título IV y a los párrafos 2° y 3° del Título V, por ser éstos los del interés para el tema que se trata, es decir, el “derecho al olvido”.

¹³⁰ Artículo 12, Declaración Universal de Derechos Humanos: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”.

Artículo 19, Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”.

¹³¹ Artículo 5, N° 1°, Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.”.

Artículo 11, Convención Americana sobre Derechos Humanos: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”.

Artículo 13, N°1, N°2 y N°3, Convención Americana sobre Derechos Humanos: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.”.

El Título IV de la Ley N°19.733, que trata el derecho a aclaración y rectificación, declara en su artículo 16: “Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su aclaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que se establecen en los artículos siguientes, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida.”¹³².

Como puede apreciarse, existen derechos para aquellos que se vean vulnerados por lo publicado por un medio de comunicación social, sin embargo, éstos resultan inútiles cuando se trata de casos donde la información no proviene de un trabajo periodístico, y en los cuales las personas aludidas seguirán siendo lesionadas en sus derechos permanentemente, solo por el hecho que la información permanezca disponible en la web y siga siendo de fácil indagación a través de, por ejemplo, motores de búsqueda. En definitiva, no tiene sentido que exista el derecho de rectificación y aclaración para subsanar el mal ejercicio del periodismo si, a la vez, no existe “derecho al olvido” para determinados casos donde la información ni siquiera tiene afán de veracidad¹³³ ni se trata de un trabajo profesional. Podría decirse que, con la primera medida, se otorgan las “disculpas públicas” correspondientes y con la segunda, se dificulta la búsqueda en la web de la información cuestionada, es decir, cumplen objetivos distintos y por lo mismo, estos derechos no deben confundirse.

En este sentido, si bien el “derecho al olvido” goza de mayor amplitud en su eventual aplicación, al no circunscribirse sólo a la labor periodística, sólo debería proceder en casos puntuales, pues no todos los supuestos circunstanciales podrían subsumirse bajo su figura, ya que esto podría llevar consigo el ejercicio abusivo de la medida, pudiendo ser utilizada, por ejemplo, para intentar “ocultar” informaciones que son de interés público, como podría ser la implicancia de alguna figura pública en un hecho delictivo y el Derecho no puede amparar este tipo de situaciones.

En cuanto a los delitos cometidos a través de un medio de comunicación social, el artículo 29¹³⁴ de la Ley N°19.733 habla específicamente de los dos delitos que en ella se

¹³²Por su parte, el artículo 26 de la Ley N°19.733 señala al tribunal competente, el artículo 27 habla también de aspectos procesales, remitiéndose al artículo 24 y el artículo 28 señala lo que sucede en caso que recaiga una sentencia condenatoria sobre un medio de comunicación social. Todo esto corresponde a la regulación legal que se entrega sobre el derecho de rectificación y aclaración.

¹³³PICA, R. 2016. El derecho fundamental al olvido en la web y el sistema constitucional chileno. [en línea] <<https://drive.google.com/file/d/0B4415pHYhRzaQmxzcFNNWmNRaGc/view>> [consulta: 24 octubre 2016].

¹³⁴Artículo 29, Ley N°19.733: “Los delitos de calumnia e injuria cometidos a través de cualquier medio de comunicación social, serán sancionados con las penas corporales señaladas en los artículos 413, 418, inciso

mencionan: calumnia e injuria. Calumnia es, según el artículo 412 del Código Penal chileno, “la imputación de un delito determinado pero falso y que pueda actualmente perseguirse de oficio”. El profesor Mario Garrido Montt señala: “La imputación tiene que consistir en la atribución de un crimen o un simple delito, la de una falta queda descartada. Cuando se atribuye una falta, la ofensa puede constituir injuria, pero nunca calumnia¹³⁵”. A su vez, el mismo autor determina las condiciones que deben darse para que se constituya el delito de calumnia, entre ellas, que sólo puede atribuirse a una persona natural (que puede ser autor, cómplice o encubridor), pues las personas jurídicas no tienen responsabilidad penal según el artículo 58° inciso segundo del Código Procesal Penal¹³⁶, además de aquellas que se desprenden de la definición misma: el delito debe a) ser determinado, b) falso y c) actualmente perseguible de oficio¹³⁷.

En relación al delito de injuria, el Código Penal de nuestro país, específicamente el artículo 416, lo define como “toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona”. Al respecto, Garrido Montt señala sobre la injuria: “No es necesario que la expresión proferida o la acción ejecutada sean objetivamente ofensivas, con frecuencia lo serán; pero es suficiente que –no obstante que por naturaleza no tengan un sentido afrentoso– alcancen tal significación atendida la forma como se exteriorizaron, la ocasión y demás circunstancias concurrentes.¹³⁸”. Por su parte, los profesores Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, en su libro “Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial”, indican lo siguiente sobre los delitos contra el honor: “Una buena forma de explicar qué es injuria –y en general los delitos contra el honor– es a través de ciertos elementos de la teoría de la comunicación: los delitos contra el honor, en general, se construyen sobre la base de un mensaje comunicativo que posee la aptitud de

primero, y 419 del Código Penal, y con multas de veinte a ciento cincuenta unidades tributarias mensuales en los casos del N°1 del artículo 413 y del artículo 418; de veinte a cien unidades tributarias mensuales en el caso del N°2 del artículo 413 y de veinte a cincuenta unidades tributarias mensuales en el caso del artículo 419.

No constituyen injurias las apreciaciones personales que se formulen en comentarios especializados de crítica política, literaria, histórica, artística, científica, técnica y deportiva, salvo que su tenor pusiere de manifiesto el propósito de injuriar, además del de criticar.”.

¹³⁵GARRIDO, M. 2010. Los delitos contra el honor. *En*: Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III. 4ª ed. Chile, Editorial Jurídica de Chile. pp.189 – 230.

¹³⁶Artículo 58, inciso segundo, Código Procesal Penal: “La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare.”.

¹³⁷Garrido. op.cit. p.209.

¹³⁸Garrido. op.cit. p.200.

lesionar el honor. Luego, ese mensaje puede difundirse a través de la utilización de cualquier código que permita la comunicación, con lo que quedan comprendidas no sólo las palabras de un idioma formalizado, sino que cualquier sistema comunicacional –incluyendo gestos o alegorías– que permita dar a conocer el mensaje injurioso. A partir de esta constatación, podemos explicar una serie de situaciones específicas de injuria (también aplicables a la calumnia).”¹³⁹.

En el capítulo cuarto de este trabajo, específicamente en los casos de Cristian López Rocha y el del programa “Mujeres Primero” del canal de televisión La Red, podrá observarse que si bien, en ambos podría haberse configurado el delito de calumnia, solo en el segundo se decidió llevar a cabo la querrela por aquel delito, terminando con abandono de procedimiento. Tal como se detallará en ese capítulo, se puede concluir que la “condena social” en estos casos ya estaba hecha y de acuerdo a esto, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿es la denuncia o querrela por calumnias o injurias la herramienta jurídica adecuada para solucionar los problemas de aquellos acusados falsa e injustamente de un delito en la web?

El referido artículo 29 de la Ley N°19.733 señala que los delitos de injuria y calumnia van a ser sancionados con penas corporales de los artículos 413¹⁴⁰, 418¹⁴¹ en su primer inciso y también con aquella mencionada en el artículo 419¹⁴² del Código Penal¹⁴³.

Por otro lado, el inciso segundo del artículo 29, determina: “No constituyen injurias las apreciaciones personales que se formulen en comentarios especializados de crítica política, literaria, histórica, artística, científica, técnica y deportiva, salvo que su tenor pusiere de

¹³⁹Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. 2005. Injurias, calumnias y régimen de prensa. Por Sergio Politoff “et al”. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp.639 – 660.

¹⁴⁰Artículo 413, Código Penal: “La calumnia propagada por escrito y con publicidad será castigada:

1°. Con las penas de reclusión menor en su grado medio y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando se imputare un crimen.

2°. Con las de reclusión menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si se imputare un simple delito.”.

¹⁴¹Artículo 418, inciso primero, Código Penal: “Las injurias graves hechas por escrito y con publicidad, serán castigadas con las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales”.

¹⁴²Artículo 419, Código Penal: “Las injurias leves se castigarán con las penas de reclusión menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales cuando fueren hechas por escrito y con publicidad. No concurriendo estas circunstancias se penarán como faltas.”.

¹⁴³Otra sanción es la pecuniaria, que va en multas de 20 a 150 unidades tributarias mensuales (UTM) en los casos del N°1 del artículo 413 y del artículo 418; de 20 a 100 unidades tributarias mensuales (UTM) en el caso del N°2 del artículo 413 y de 20 a 50 unidades tributarias mensuales (UTM) en el caso del artículo 419.

manifiesto el propósito de injuriar, además del de criticar.”. Se debe destacar esto, pues entrega un límite claro respecto de lo que puede ser punible y lo que no, resguardando la libertad de opinión, lo que resulta indispensable en cualquier república democrática y respetuosa de los derechos fundamentales, tal como es el recién mencionado.

Por último, se referirá al rol del Código de Ética del Colegio de Periodistas de Chile, al que la Ley N°19.733 hace alusión. Se entiende que la información entregada por un medio de comunicación es veraz y, por lo mismo, el ejercicio del periodismo debe llevarse a cabo de forma muy responsable, por la afectación a derechos fundamentales que pueden derivarse de las malas prácticas de la profesión. El periodista debe ser minucioso a la hora de investigar e informar y esto último se fundamenta en la ley que se trata, específicamente en su artículo 8, inciso segundo¹⁴⁴, que remite a las normas de ética del periodista, las cuales son dictadas por el Colegio de Periodistas de Chile.

En la introducción del Código de Ética de dicha profesión, se señala:

“El compromiso del periodista con la sociedad y su deber de entregar información verificable a la ciudadanía es irrenunciable y es su obligación impedir que bajo ninguna circunstancia, ya sea por presión editorial, publicitaria, política o económica, ésta sea alterada. La omisión, manipulación o el falseamiento de la información es una falta grave que atenta contra la esencia de la actividad de un o una periodista.”¹⁴⁵.

En el mismo texto del Colegio de Periodistas, en el artículo segundo, se determina: “El o la periodista difundirán sólo informaciones fundamentadas, sea por la correspondiente verificación de los hechos, en forma directa o a través de distintas fuentes, así como la confiabilidad de las mismas.”¹⁴⁶. El artículo séptimo, inciso tercero, señala lo que sucede con

¹⁴⁴ Artículo 8, inciso segundo, Ley N°19.733: “El periodista o quien ejerza la actividad periodística no podrá ser obligado a actuar en contravención a las normas éticas generalmente aceptadas para el ejercicio de su profesión.”.

¹⁴⁵ COLEGIO DE PERIODISTAS DE CHILE. 2015. Código de ética. [en línea] <https://issuu.com/colegiodeperiodistasdechile/docs/nuevo_codigo_de_etica_-_xv_congreso> [consulta: 09 octubre 2016].

¹⁴⁶ Colegio de Periodistas de Chile, *ibid.*, p.2.

el periodismo digital, en el cual se debe indicar el *link* o vínculo a la fuente¹⁴⁷, lo que se recalca en el artículo décimo del Código de Ética mencionado¹⁴⁸.

Esto se vincula con los casos que se verán en el capítulo cuatro del presente trabajo, donde se podrá apreciar la contravención a los artículos vigésimo quinto¹⁴⁹ y vigésimo sexto¹⁵⁰ del Código de Ética ya citado, en los cuales se demuestra que existen problemas jurídicos que ni aquel código ni la Ley N°19.733 están siendo capaces de resolver. Frente a esto, el “derecho al olvido” aparece como una alternativa interesante para lograr disminuir los daños ocasionados por ciertas vulneraciones a derechos fundamentales, específicamente el derecho a la integridad psíquica, el derecho a la honra y el derecho a la privacidad.

3.3 LA LEY N°19.962 SOBRE LA ELIMINACIÓN DE CIERTAS ANOTACIONES PRONTUARIALES

Para comenzar el estudio de esta norma, es importante hablar de su origen, pues se trata de una ley sumamente breve, para lo que nos atendremos a lo que señala su historia. El proyecto de ley nació como un mensaje del Vicepresidente de la República en el año 2003, don José Miguel Insulza, quien impulsó esta idea buscando que aquellas personas que fueron condenadas en dictadura por tribunales militares en tiempos de guerra, haya sido por aplicación de la Ley de Seguridad Interior del Estado, de la Ley Antiterrorista, de la Ley de Control de Armas o en los Decretos Leyes N°77 o N°3627 por delitos cometidos entre 1973 y

¹⁴⁷Artículo 7, inciso tercero, Código de Ética del Colegio de Periodistas de Chile: “En el caso del periodismo digital, debiera además, incluir un link o vínculo a la fuente, a fin de ampliar la información para el lector o lectora, en caso de que lo necesite.”.

¹⁴⁸Artículo 10, Código de Ética del Colegio de Periodistas de Chile: “El o la periodista que utilice material informativo desde la Red está obligado a citar el origen del mismo. Es decir, el periodista debe actuar con el mismo rigor que aplica en las fuentes de información de otras plataformas”.

¹⁴⁹Artículo 25, Código de Ética del Colegio de Periodistas de Chile: “El o la periodista respetará la dignidad y vida privada de las personas. **En esto se guiará por las definiciones y normas consignadas en la legislación chilena y los instrumentos internacionales.** La excepción a esta norma se dará cuando la divulgación de actos privados sea necesaria por razones de interés público.

El periodista respetará la intimidad de las personas en situación de aflicción o dolor, evitando las especulaciones, el morbo y la intromisión gratuita en sus sentimientos y circunstancias cuando ello no represente un aporte sustancial a la información.”. El destacado es propio.

¹⁵⁰Artículo 26, Código de Ética del Colegio de Periodistas de Chile: “El periodista debe salvaguardar la presunción jurídica de inocencia, mientras los tribunales de justicia no resuelvan en contrario.”.

1990¹⁵¹. Señala así el señor Insulza que: “Como sabemos, las anotaciones prontuariales son consecuencias jurídicas de las sanciones penales y, como tales, y aún por tiempos habitualmente prolongadísimos, favorecen condiciones de estigmatización. Si estos efectos deben ser siempre mirados como injustos e indeseados –pues a nadie es posible negar el perdón–, cuánto más no lo deben ser respecto de personas condenadas por motivos políticos, ante tribunales y con procedimientos excepcionales, y que no afectaron con sus hechos la vida o la integridad física de ser humano alguno.

Así, en el ámbito de las medidas tendientes a perfeccionar la reparación social que Chile otorga a las víctimas, este proyecto de ley busca reparar jurídica y moralmente el nombre y honor de aquellas personas.”¹⁵².

Como se puede apreciar, esto tiene estricta relación con lo expresado al inicio de esta tesis, en cuanto el ser humano es un ente que progresa constantemente, por lo que, condenar socialmente a quien ha cometido un error, sobre todo en tiempos álgidos como a los que refiere esta Ley, no se condice con el propósito de la reinserción social, en el entendido que la responsabilidad penal se haya extinguido, o bien, se haya cumplido la condena. Es relevante destacar que el “beneficio” que pretende otorgar esta Ley no es aplicable si se trata de condenas por delitos consumados contra la vida o integridad física de terceros, ni tampoco se podrá aplicar en casos de condenas impuestas por Tribunales Militares en tiempo de paz por hechos que sancione la Ley N°17.798 (sobre Control de Armas y que tengan condenas por delitos comunes¹⁵³.

El hecho que estos datos subsistan permanentemente en los registros de antecedentes prontuariales de una persona, tiene efectos perjudiciales para aquel sujeto, que habiendo saldado sus deudas con la sociedad, aún es condenado socialmente, tal como se vislumbra en la historia de la Ley N°19.962¹⁵⁴, específicamente en el Informe de Comisión de Derechos Humanos, en el segundo trámite legislativo, en donde se declara lo siguiente: “Las anotaciones prontuariales son la consecuencia de sanciones penales, dan lugar a una cierta estigmatización de compatriotas y a su menoscabo social, efectos los cuales, en el ánimo de la reparación y del

¹⁵¹BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2016. Historia de la Ley N°19.962. [en línea] <<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5664/>> [consulta: 02 diciembre 2016].

¹⁵²Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, ibid.

¹⁵³Artículo 1, inciso segundo, Ley N°19.962, a texto completo en el anexo de este trabajo.

¹⁵⁴El texto completo de la norma se encuentra en el anexo de este trabajo.

remedio jurídico y moral de una serie de hechos ocurridos en aquel período, parece justo eliminar.”¹⁵⁵.

Resulta interesante el hecho que la Ley N°19.962 haga una distinción entre tipos de delitos, adhiriendo este trabajo a ello, pues no todos los delitos pueden tener un mismo tratamiento, en virtud de la gravedad de los mismos. En definitiva, lo que se puede concluir de la relación entre la Ley N°19.962 y el “derecho al olvido” es que en ambas impera un deseo de resguardar la opción de aquel que se ha visto involucrado en un hecho delictivo, de poder reintegrarse a la comunidad, no ampliando el perjuicio social más allá del cumplimiento mismo de la condena penal y esto no solo abarca al sujeto en sí, sino también se hace extensivo a su familia y cercanos, lo que se condice con el respeto a los derechos fundamentales de aquel que fue condenado, pero desea reinsertarse en la sociedad.

3.4 PROYECTOS DE LEY PRESENTADOS PARA CONSAGRAR EL “DERECHO AL OLVIDO” EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Actualmente existen dos proyectos de ley, iniciados por mociones de diputados, que buscan consagrar el derecho al olvido en la legislación chilena, específicamente, en la Ley N°19.628, modificándola para incluir este ítem.

El interés demostrado en estas dos propuestas, lamentablemente no se condice con la poca celeridad con que se han tramitado en la Cámara de Diputados (primer trámite legislativo), aunque sí resulta importante destacar que el proyecto de ley presentado el año 2016 sí ha tenido un avance un poco mayor que aquel ingresado el año 2014.

Para poder entender la relevancia de estos proyectos de ley, se revisarán ambos para entender sus diferencias, ya que existen dos enfoques distintos para consagrar el “derecho al olvido”.

El primer proyecto de ley es el número 9388 – 03¹⁵⁶, presentado el día 11 de junio del año 2014 por los diputados señores Chahuán, Bianchi, Larraín, Prokurica y Tuma, y su base

¹⁵⁵Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, loc.cit.

¹⁵⁶CÁMARA DE DIPUTADOS. 2014. Proyecto de Ley N°9388 – 03 [en línea]

es, fundamentalmente, el caso Costeja ya revisado en este trabajo y el avance que ha tenido el concepto de “derecho al olvido” en la doctrina, resultando la siguiente definición como la más aceptada por los diputados que presentan este proyecto de ley: “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”. Además, se plantea que hay legislación en países de la Unión Europea referente al “derecho al olvido” y, por último, los senadores se refieren a la existencia de la Ley N°19.628 en nuestro país, pero declaran su insuficiencia para aquellos datos contenidos en la web y por lo mismo, indican lo siguiente: “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.”.

Es así como, finalmente, proponen el siguiente cambio legislativo:

“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.’”.

El recurso que se contiene en el artículo 16 de la Ley N°19.628 es el conocido como *habeas data*, es decir, el proyecto aquí planteado sostiene que, ante la negación de la actuación solicitada o la falta de respuesta frente a ella, el requirente podrá aplicar la acción de *habeas*

<https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9800&prmBoletin=9388-03> [consulta: 16 noviembre 2016].

data, entendiéndose entonces el “derecho al olvido” como una facultad legal íntimamente ligada con el *habeas data*.

Consideramos este proyecto de ley incompleto, pues ni siquiera busca que la Ley N°19.628 aclare lo que es un motor de búsqueda y por qué su especificidad es importante en contraste a lo conocido como banco de datos.

La fecha de última tramitación de este proyecto fue el día 02 de septiembre del año 2014¹⁵⁷.

En otra vereda tenemos el proyecto de Ley N°10608-07¹⁵⁸ presentado el 07 de abril del año 2016 por los diputados Guillermo Ceroni y Daniel Farcas, el que es más extenso que el revisado recientemente. Los diputados fundamentan este proyecto de ley en el rápido progreso tecnológico, destacando la labor que ha cumplido la Ley N°19.628 en la protección de los datos personales, pero al mismo tiempo, señalan que esta ley no previó, por ejemplo, la irrupción de las redes sociales y, por lo tanto, necesita ser actualizada. En otro sentido, se menciona dentro de los fundamentos la inquietud que se ha manifestado a nivel mundial respecto al tratamiento que se les da a los datos personales, en relación a la vida privada y la intimidad. Cabe destacar que los diputados ya mencionados precisan sobre que las personas pueden solicitar la **cancelación o supresión de sus datos en determinadas circunstancias**¹⁵⁹ y entienden que esto es lo que se denomina “derecho al olvido”.

A diferencia del proyecto de ley del año 2014, en el presente se menciona que no existe uniformidad de opiniones en cuanto al concepto de “derecho al olvido”, sin embargo, igualmente se aventura a conceptualizarlo mediante lo dicho por el autor Franco González: “es el derecho que tiene el titular de un dato personal a borrar, bloquear o suprimir información personal que se considera obsoleta por el transcurso del tiempo, o que de alguna manera afecte el desarrollo de alguno de los derechos fundamentales”.

El proyecto de ley reconoce que no existe un concepto uniforme de “derecho al olvido” en el derecho comparado, pero menciona también que distintas legislaciones han avanzado en esa dirección, incluso en temas jurisprudenciales. Agregan los diputados que este proyecto de

¹⁵⁷Cámara de Diputados. 2014, *ibid*.

¹⁵⁸Cámara de Diputados. 2016, *loc.cit*.

¹⁵⁹El destacado es propio.

ley tiene como objetivo la actualización de la Ley N°19.628, para que ella esté acorde a los tiempos digitales del presente. A su vez, examinan escuetamente el caso del Rol N°22243 – 15, la Ley N°19.962, la definición de “motor de búsqueda” porque en su opinión, el término “banco de datos” no engloba a los motores de búsqueda, siendo aquél el género y éste una especie de dicho género.

Como dato interesante, podemos destacar que este proyecto considera la definición de “motor de búsqueda” entregada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea del caso *Google Spain, S.L. y Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González*, para ser agregada a nuestra legislación, lo que da cuenta de la relevancia que este fallo reviste no solo para el derecho europeo, sino que para Latinoamérica también.

Los diputados abarcan los siguientes puntos antes de exponer el artículo único: indican el carácter no absoluto del “derecho al olvido”, pues debe resguardarse también el derecho a la libertad de prensa e investigación, mencionándose para este caso la Ley N°19.733.

También destacan que “no podría ser invocado por parte de personalidades públicas con el fin de borrar de las plataformas digitales eventuales actuaciones poco convenientes. Uno de los requisitos para ejercer el ‘derecho al olvido’ es la caducidad del dato, y dado el carácter público de ciertas personas, la información referente a ellos no caduca y se mantiene en el tiempo. Además, aceptar una situación de este tipo sería poco conveniente.”¹⁶⁰. Frente a estas dos situaciones, nos sumamos a la inquietud de los diputados de cuidar y respetar el ejercicio del periodismo, sobre todo si se trata de aquellas materias que conciernen al interés público, ya que uno de los principales objetivos del periodismo es justamente informar a la comunidad.

Por último, en el fundamento número 9° se señala que el “derecho al olvido” es irrenunciable para su titular, por lo que este derecho no puede negociarse.

Los diputados Ceroni y Farcas, además modificar en los siguientes términos los artículos 2°, 12°¹⁶¹ y 13° de la Ley N°19.628:

¹⁶⁰Proyecto de Ley N°10608-07, fundamento número 8.

¹⁶¹Artículo 12, Ley N°19.628: “Toda persona tiene derecho a exigir a quien sea responsable de un banco, que se dedique en forma pública o privada al tratamiento de datos personales, información sobre los datos relativos a su

“Incorpórese en el artículo 2° las siguientes letras p) y q) nuevas:

p. ‘Derecho al olvido, es la facultad irrenunciable que tiene el titular de uno o más datos personales para exigir la cancelación o la disociación de datos relativos a su persona, cuando su publicación o exposición carezca de fundamento legal, cuando se trate de un dato caduco, o bien afecte el libre desarrollo de alguno de sus derechos fundamentales’.

q. ‘Motor o mecanismo de búsqueda, empresa u organización dedicada a la actividad de hallar información publicada o puesta en Internet, anexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado. Esta actividad se considerará siempre como tratamiento de datos personales’.”,

“Modifíquese el artículo 12° en el siguiente sentido:

a.- Reemplazase el actual inciso tercero por el siguiente: Sin perjuicio de las excepciones legales, el titular de datos podrá además exigir la cancelación o la disociación de sus datos, invocando el derecho al olvido consagrado en el artículo 2° letra p) de esta ley. En dicho caso, el responsable de un banco de datos o del motor de búsqueda estará obligado a disociar o cancelar la información relativa al solicitante.

b.- Incorpórese los siguientes incisos cuarto y quinto nuevos, pasando los actuales a ser inciso sexto y séptimo, respectivamente:

persona, su procedencia y destinatario, el propósito del almacenamiento y la individualización de las personas u organismos a los cuales sus datos son transmitidos regularmente.

En caso de que los datos personales sean erróneos, inexactos, equívocos o incompletos, y así se acredite, tendrá derecho a que se modifiquen. Sin perjuicio de las excepciones legales, podrá, además, exigir que se eliminen, en caso de que su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando estuvieren caducos.

Igual exigencia de eliminación, o la de bloqueo de los datos, en su caso, podrá hacer cuando haya proporcionado voluntariamente sus datos personales o ellos se usen para comunicaciones comerciales y no desee continuar figurando en el registro respectivo, sea de modo definitivo o temporal.

En el caso de los incisos anteriores, la información, modificación o eliminación de los datos serán absolutamente gratuitas, debiendo proporcionarse, además, a solicitud del titular, copia del registro alterado en la parte pertinente. Si se efectuasen nuevas modificaciones o eliminaciones de datos, el titular podrá, asimismo, obtener sin costo copia del registro actualizado, siempre que haya transcurrido a lo menos seis meses desde la precedente oportunidad en que hizo uso de este derecho. El derecho a obtener copia gratuita sólo podrá ejercerse personalmente. Si los datos personales cancelados o modificados hubieren sido comunicados previamente a personas determinadas o determinables, el responsable del banco de datos deberá avisarle a la brevedad posible la operación efectuada. Si no fuese posible determinar las personas a quienes se les hayan comunicado, pondrá un aviso que pueda ser de general conocimiento para quienes usen la información del banco de datos.”.

Con todo, la información publicada en medios de comunicación social y que cause perjuicio al titular por resultar éste ofendido o injustamente aludido, se regirá por las disposiciones establecidas en la ley 19.733.

El tratamiento de datos por los organismos públicos no podrá ser objeto del derecho al olvido, salvo que la ley disponga lo contrario.”,

Y, por último:

“Agréguese en el artículo 13, luego del punto aparte (.) que pasa ahora a ser punto seguido, lo siguiente:

Los derechos de modificación y cancelación son irrenunciables para el titular.”

CAPÍTULO IV

LA JURISPRUDENCIA NACIONAL RELATIVA AL “DERECHO AL OLVIDO”

4.1 SENTENCIA CORTE SUPREMA, ROL N°22243-2015 DE 21 DE ENERO DE 2016

La sentencia Rol N°22243 – 2015, de 21 de enero de 2016 de la Corte Suprema, fue la primera que utilizó el argumento del “derecho al olvido”, para efectos de revocar una sentencia – en fallo dividido – de una acción de protección, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago¹⁶².

La sentencia a revisar es una acción de protección interpuesta en contra de Empresa El Mercurio S.A.P. (representado por su Director, Agustín Edwards Eastman, en adelante “El Mercurio”), en razón que el actor de protección sostenía que una publicación en la plataforma EMOL.COM (que depende de “El Mercurio”) de fecha 17 de agosto de 2004, que daba cuenta de un hecho delictual por el cual estaba siendo investigado en el contexto del caso Spiniak¹⁶³, perjudicaba diversos derechos fundamentales tanto suyos como de su familia, pues el hecho había ocurrido hace más de 10 años respecto de la fecha de interposición de la acción en comento. Los derechos que señalaba como lesionados eran, en primer lugar, el artículo 19 N°1 de la Constitución, debido a que el actor decía que su apellido era poco común y por lo mismo, muy identificable, lo que traía como consecuencia que su familia sintiera inseguridad, frustración e impotencia al ver su nombre en la noticia sobre la que se discutía¹⁶⁴. En segundo lugar, se señaló la vulneración del artículo 19 N°4 de la Carta Fundamental, puesto que la fiscalía de “El Mercurio” le ofreció al señor Graziani que firmara un finiquito, renunciando así a su derecho de ejercer acciones legales, lo que traería como “recompensa” que se borrara la noticia que generaba el conflicto, lo que a juicio del señor Graziani no era más que una extorsión¹⁶⁵.

¹⁶²Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol N°88640 – 2015.

¹⁶³Por el cual fue declarado culpable, cumpliendo así una pena de 541 días, terminando su condena el año 2013. Corte Suprema, considerandos séptimo y octavo del voto disidente de la Ministra Sandoval, causa Rol N°22243 – 2015.

¹⁶⁴Corte Suprema, considerando primero, causa Rol N°22243-2015.

¹⁶⁵Corte Suprema, *ibid*.

“El Mercurio” señaló que “los medios de prensa escritos son utilizados por los portales de internet para informar a los respectivos buscadores de noticias, por lo que no resulta posible eliminar esa información, ya que, de hacerlo sin causa justificada, se estaría contrariando la libertad de información, base del ejercicio del periodismo¹⁶⁶”. Además, mencionó que los hechos eran verídicos y fueron publicados de forma oportuna, situación que se encontraba amparada por el artículo 19 N°12 de la Constitución de la República¹⁶⁷. Por otra parte, “El Mercurio” hizo mención a la Ley de Prensa (Ley N°19.733), la que, de acuerdo a lo expresado por la empresa, contenía los procedimientos especiales a aplicar en casos como éste (entendiéndose esto como el derecho a rectificación o aclaración).

La Corte Suprema señaló sobre el “derecho al olvido” que “en nuestro ordenamiento jurídico nacional no existe, por ahora, una solución legislativa expresa sobre este tema, aunque no resulta difícil advertir en él su compromiso con la protección del honor, la dignidad y vida privada de las personas¹⁶⁸”, lo que a juicio de esta tesis, no otra cosa que un llamado a regular la situación del “derecho al olvido”, pues el uso del término “por ahora”, denotó el deseo que este derecho sí esté consagrado a futuro. El tribunal incluso, entregó los elementos que consideró que justificaban su existencia y en este caso, la utilización del concepto: protección del honor, la dignidad y vida privada de las personas. Al mismo tiempo, la Corte Suprema enfatizó que los derechos fundamentales, tales como el derecho a la honra, consagrado en el artículo 19 N°4 de la Carta Fundamental, no se suspenden ni siquiera en sede penal¹⁶⁹ y que existen antecedentes, como el Decreto Supremo N°64 del año 1960¹⁷⁰, las Leyes N°19.812 y N°20.575¹⁷¹ y también la Ley N°19.628¹⁷², que demuestran ello.

La Corte Suprema, con el objeto de demostrar la calidad de “tendencia mundial” que le atribuyó al “derecho al olvido”, señaló una serie de normas contenidas en instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones

¹⁶⁶Considerando segundo, rol 22243-2015

¹⁶⁷Corte Suprema, *ibid.*

¹⁶⁸Corte Suprema, considerando cuarto, causa Rol N°22243-2015

¹⁶⁹Corte Suprema, *ibid.*

¹⁷⁰Que permite que se eliminen las anotaciones penales después de un breve tiempo.

¹⁷¹Que hablan sobre el vencimiento de registros informáticos bancarios.

¹⁷²De protección de datos personales, que considera la caducidad de almacenamiento de datos bancarios por expiración del plazo para su vigencia.

Unidas¹⁷³, la Convención Americana (Pacto de San José)¹⁷⁴ y la Propuesta de Reglamento General de Protección de Datos Personales de la Comisión Europea¹⁷⁵, del año 2012.

Por otro lado, la Corte Suprema citó al autor catalán Pere Simón Castellano, con la misma frase que ya se ha indicado anteriormente en este trabajo¹⁷⁶. Esto resulta curioso, pues en el considerando quinto, la Corte Suprema señaló: “No debe escudriñarse una real colisión entre dos garantías constitucionales aparentemente contrapuestas, a saber: el derecho al olvido, como protección del derecho a la integridad síquica y a la honra personal y familiar, frente al derecho de informar y de expresión”.

Entonces, ¿adhiera o no la Tercera Sala de la Corte Suprema a la tesis de colisión de derechos?. Según el profesor Rodrigo Pica, opinión a la que nos sumamos, la intención de la Corte Suprema fue la de “descartar el conflicto de derechos”¹⁷⁷, pero finalmente “la misma sentencia razonará sobre la base conflictivista, al decir que, por una parte, la mantención de la información en los motores de búsqueda y registro ‘evidentemente constituye un legítimo ejercicio de su derecho a expresión, también protegido por la misma Constitución Política’. Para Pica, ante ‘la colisión entre dos derechos constitucionales como los aludidos, aún si llegara a existir, debería ceder actualmente en beneficio del derecho a la reinserción social del que ha delinquido y de su derecho a mantener una vida privada que la posibilite, como asimismo el derecho a la honra y privacidad’ (cons. 5º).”¹⁷⁸.

La situación aquí planteada se torna compleja si se toma en consideración que ni siquiera la Corte Suprema fue clara a la hora de planear una hipótesis y defenderla, si no que

¹⁷³Artículo 12, Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".

¹⁷⁴Artículo 5, N°1, Convención Americana (Pacto de San José): “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

Artículo 11, N°1, Convención Americana (Pacto de San José): "Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad".

Artículo 11, N°2, Convención Americana (Pacto de San José): "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación".

Artículo 11, N°3, Convención Americana (Pacto de San José): "Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

¹⁷⁵En palabras de la Corte Suprema: “se indica que el "derecho al olvido" en verdad derecho a la cancelación, rectificación u oposición respecto de la utilización informática de un dato personal está intrínsecamente vinculado a su utilización, en términos que, si en un momento fue legítima, luego del transcurso de un tiempo determinado ha dejado de serlo; y cuyo efecto ineludible a su expiración es que debe ser borrado.”.

¹⁷⁶Véase pág. 17, nota a pie de página 16.

¹⁷⁷Pica, op.cit., p.310.

¹⁷⁸Pica, op.cit., p.311.

terminó cayendo justo en aquello que quería evitar. En ese sentido, para esta tesis es incorrecta la apreciación del mayor tribunal del país, pues por los argumentos expuestos a lo largo de este trabajo, resulta evidente que centrar la discusión solo en el conflicto entre los derechos del artículo 19 de la Constitución, a saber, los N°1, N°4, N°5 versus el N°12, es un ejercicio demasiado reduccionista, al haber otras importantes variables jurídicas a considerar, tales como la derechos de la personalidad, el habeas data y la protección de datos personales.

Vivimos en una sociedad dominada por internet, lo que nos ha traído mucho progreso, pero todo avance tiene un costo y el precio que hemos tenido que pagar por este bien es la pérdida de la privacidad y la constante exposición al escrutinio público. ¿Hasta qué punto debe tolerarse esta intromisión del mundo virtual en el mundo real? si los datos cuestionados pueden obtenerse a través de medios diversos al internet, ¿es estrictamente necesario que ellos estén en la red si generan un perjuicio para el titular de los mismos? La Corte Suprema en este caso mencionó que la misma información —la noticia publicada por “El Mercurio”— podría ser rescatada de un modo análogo por quien tuviera un afán investigativo profesional, es decir, se debía dificultar su búsqueda, para permitir la reinserción social del actor y su familia.

Como último argumento para revocar la sentencia de primera instancia que había rechazado la acción de protección, la Corte Suprema estableció: “El lapso de más de diez años transcurridos desde la fecha de la noticia período suficiente para la prescripción penal de la mayoría de los delitos más graves resulta más que suficiente para resolver provisoriamente y en cautela de las garantías constitucionales antes mencionadas, que debe procurarse el “olvido” informático de los registros de dicha noticia.¹⁷⁹”.

Sobre esto, el profesor Rodrigo Pica señala que “El uso de información o noticias puede tornarse ilegítimo una vez que la finalidad de su uso o divulgación ya se cumplió, por lo cual la libre circulación de información en la web no será necesariamente perpetua. El factor tiempo es decisivo y lo es también el interés periodístico actual de la información (cons. 4°); en síntesis, si el paso del tiempo hace perder el interés y la información ocasiona daño a los derechos fundamentales involucrados, la mantención de la misma no estaría justificada.”¹⁸⁰.

¹⁷⁹Corte Suprema, considerando quinto, Rol N°22243-2015

¹⁸⁰Pica, op.cit., p.314.

Cabe destacar que hubo una prevención de la Ministra señora Rosa Egnem, quien estuvo a favor de revocar la sentencia en alzada solo en términos de ordenar a “El Mercurio” que se borrara el registro informático de la noticia que da pie a la acción¹⁸¹ y, además, existió un voto en contra de la Ministra señora María Eugenia Sandoval, quien en su voto disidente señaló, entre otras, estas razones para estar en desacuerdo con la decisión mayoritaria:

Su primer argumento fue que al momento de presentarse esta acción de protección el recurrente no tenía temas pendientes con la justicia y que “El Mercurio” solo cumplió con su deber de informar la noticia en un momento determinado. Luego, señaló que la fiscalía de la empresa ya nombrada solicitó antecedentes que demostraran que el recurrente había sido absuelto, sobreseído definitivamente o que no hubiese sido formalizado luego de las primeras diligencias¹⁸². En el considerando octavo, la Ministra Sandoval planteó que el asunto jurídico a dilucidar era si la noticia debía ser eliminada porque ya habían transcurrido más de 10 años desde su publicación y esto afectaba su derecho a la reinserción social y a la honra y privacidad de su familia, o si bien, los derechos del señor Graziani debían ponderarse con el artículo 19 N°12 de la Constitución Política de la República¹⁸³. Considerando que el recurrente había terminado de cumplir su pena el año 2013, la Ministra, en el considerando noveno señaló que ella estimaba que se debía hacer el segundo análisis, y, por lo tanto, el factor tiempo comenzaría a regir desde el año 2013 y no desde la publicación de la noticia, determinando que, en este caso, la solicitud se había hecho antes de 5 años, por lo que no es

¹⁸¹Esto se encuentra en la parte resolutive de la sentencia, lo que se liga íntimamente con lo expresado en el último párrafo del considerando cuarto de la misma: “Por otro lado, si la propia ley penal la más gravosa desde el punto de vista de la afectación de los derechos individuales es la que señala un tiempo específico de duración de la pena, y permite además eliminarla de todos los registros públicos una vez cumplida ésta, con mayor razón los medios de comunicación social deben actuar en coherencia con la intención de proporcionar al penado la posibilidad de desarrollar una vida acorde con el respeto a sus garantías constitucionales una vez transcurrido el tiempo de condena, lo que necesariamente se debe extender, y con mayor razón, a su núcleo familiar, el que por lo demás no tiene responsabilidad alguna en los hechos condenados. Este es el sentido de todas las medidas de reinserción social a que apuntan las normas antes descritas.”.

¹⁸²Corte Suprema, considerando segundo, voto disidente Ministra Sandoval, causa Rol N°22243 – 2015.

¹⁸³Que con los antecedentes relacionados en el fundamento anterior, el asunto jurídico a dilucidar es si resulta procedente otorgar la cautela solicitada en orden a eliminar una noticia sobre el sometimiento a proceso de un mayor (I) de Carabineros como presunto autor del delito de abusos sexuales contra menores, por la circunstancia de haber transcurrido más de diez años desde su publicación, por considerar que ello atenta a su derecho a la reinserción social y a la honra y privacidad de su familia o si debe analizarse, para tomar tal decisión, que los derechos del recurrente deben sopesarse con los de la libertad de información, teniendo presente al efecto que el recurrente habría sido condenado el año 2011, que terminó de cumplir su pena el año 2013, que el delito por el que fue condenado es de alta connotación social y que la noticia publicada cuya eliminación se solicita da cuenta de un hecho que consta en un expediente que es público.

tiempo suficiente para acoger la acción de protección esgrimiendo el paso de los años como argumento¹⁸⁴.

Para efectos de reafirmar su postura, la Ministra Sandoval, en el considerando undécimo de su voto en contra, se valió de diversa jurisprudencia internacional —de Estados Unidos, Alemania, Italia, Colombia y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea— para demostrar que no existía una postura uniforme¹⁸⁵ en relación a la materia del “derecho al olvido” y que, a partir de lo expuesto, consideraba que no había habido un acto ilegal o arbitrario que lesionara los derechos fundamentales del recurrente¹⁸⁶.

En cuanto al “derecho al olvido” y su reconocimiento a través de la causa Rol N°22243-15, el Defensor Penal Público, Cristian Irarrázaval señala que: “De esta manera, finalmente se vislumbra la posibilidad de que el Estado se haga responsable de uno de los efectos colaterales más gravosos del proceso penal, evitando que los medios de comunicación e internet inflijan una sanción social indefinida, tanto a quienes en el pasado se vieron enfrentados al sistema punitivo como a sus familiares”¹⁸⁷; mencionado esto, resulta evidente el ánimo similar que motiva ambas ideas (entiéndase, el nacimiento de la Ley N°19.962 y la consagración del “derecho al olvido”).

En definitiva, los puntos importantes que pueden rescatarse de este caso son la preocupación que manifestó la Corte Suprema en cuanto a la necesidad de consagración del “derecho al olvido”, que, si bien no fue explícita y directa, sí puede ser fácilmente deducible a partir de sus propias palabras; la cita de Pere Simón Castellano, que describe muy bien la importancia que reviste el “derecho al olvido” y su correspondiente resguardo legal; la postura de la Corte Suprema respecto de la eventual colisión de derechos fundamentales (en este caso, los artículos 19 N°1 y N°4 de la Constitución en contraposición con el artículo 19 N°12 del mismo cuerpo normativo) y, por supuesto, la decisión de revocar la sentencia de primera instancia, para así dar protección a los derechos del actor, invocando el “derecho al olvido” para estos efectos.

¹⁸⁴Corte Suprema, considerandos decimoquinto y decimosexto, voto disidente Ministra Sandoval, causa Rol N°22243 – 2015.

¹⁸⁵Corte Suprema, considerando décimo tercero, voto disidente Ministra Sandoval, causa Rol N°22243 – 2015.

¹⁸⁶Corte Suprema, considerando décimo octavo, voto disidente Ministra Sandoval, causa Rol N°22243 – 2015.

¹⁸⁷IRARRÁZAVAL, C. 2016. El derecho a olvido como límite a la sanción social permanente. La revista de la Defensoría Penal Pública (14): 4 – 9.

4.2 SENTENCIA CORTE SUPREMA, ROL N°21607 – 2014 DE 29 DE OCTUBRE DE 2014

El recurrente C.R.O. accionó de protección en contra de Carlos Bravo Ampuero y Claudia Pagano Muñoz, debido a que consideró vulnerados sus derechos a la integridad psíquica y el respeto a su vida pública y privada por la divulgación de un correo electrónico que el señor Bravo envió a la señora Pagano, en donde se dio cuenta de la audiencia de formalización del recurrente y de que había sido decretada prisión preventiva en su contra por los delitos de abuso y violación de un menor, siendo esta información subida posteriormente a un blog público, de propiedad de un tercero que no era recurrido¹⁸⁸. El problema surgió porque la noticia fue publicada parcialmente, pues el recurrente fue absuelto de todos los cargos que se le imputaban el día 16 de enero de 2013¹⁸⁹, no informándose esto ni en el correo electrónico ni en el blog público.

El tribunal consideró que aquí no hubo un acto ilegal y arbitrario, en cuanto a que lo conversado a través del correo electrónico correspondía a algo de carácter privado, además de ser información pública y real, por lo tanto, no había vulneración de derechos¹⁹⁰. Por otro lado, el recurso no iba dirigido en contra de quien subió la información al blog ni tampoco contra la o las empresas responsables de los motores de búsqueda, así que la Corte Suprema no se refirió a ello y por lo ya expuesto, confirmó la sentencia apelada¹⁹¹.

Creemos que hubo un error por parte del recurrente al no identificar adecuadamente a quién o quiénes debía indicar como responsables de la vulneración de sus derechos, pues claramente, el restar al dueño del blog de esta acción de protección, generó que una arista del caso quedara sin ser cubierta, pues los recurridos en este caso no podían ser condenados a eliminar la información de la red, pues no eran ellos quienes manejaban el blog donde se publicó el correo electrónico que generó la discordia. De haberse individualizado correctamente a quién o quiénes habían cometido la equivocación, probablemente las dos

¹⁸⁸Corte Suprema, considerando cuarto, causa Rol N°21607 – 2014.

¹⁸⁹Corte Suprema, *ibid.*

¹⁹⁰Corte Suprema, *ibid.*

¹⁹¹Corte Suprema, considerando octavo, causa Rol N°21607 – 2014.

opciones que hubiese barajado la Corte Suprema para solucionar el conflicto hubiesen sido las siguientes: rectificar la información, agregando los datos faltantes que daban cuenta de la inocencia del recurrente, o bien, la eliminación de la información de internet, para así no vulnerar los derechos de C.R.O, ya que en este caso se le estaba condenando socialmente por un hecho por el cual fue declarado inocente. En el caso que se comenta, quizás hubiese sido más difícil encontrar al responsable del blog, ya que dicha plataforma puede ser utilizada de forma anónima, por lo que, de haberse dado esa situación, se hubiese tenido que solicitar ayuda a los organismos competentes para hacer las pericias informáticas correspondientes con el fin de encontrar a quién o quiénes manejaban la cuenta de blog.

Este pudo haber sido un caso interesante en el que se aplicara el “derecho al olvido”, pero desafortunadamente, debido al resultado que se dio, solo sirve como antecedente para ver que la vulneración de derechos no solo se imputa a medios de comunicación sociales, sino también a plataformas online que pueden ser manejadas por personas no ligadas a las comunicaciones de forma profesional. Por otro lado, es útil para destacar la importancia de determinar de forma acertada al o los responsables de la vulneración de derechos fundamentales, pues con este caso quedó en evidencia que este ítem reviste una importancia esencial para que la corte correspondiente pueda dictar una sentencia que resulte efectiva para resguardar los derechos de quien recurre.

4.3 CASO DE CRISTIAN LÓPEZ ROCHA (CONOCIDO COMO “VIOLADOR DE ÑUÑO A”)

Este caso, y como en los dos siguientes, evidencia el importante rol que tienen los medios de comunicación a la hora de informar sobre la supuesta participación de un individuo en un hecho delictivo, pues, su criterio informativo puede generar un perjuicio para quien protagoniza la noticia¹⁹².

¹⁹² Además, en estos casos se ven las tensiones que existen, aun implícitamente, entre el derecho a la libertad de opinión e información por parte de los medios de comunicación social y los derechos fundamentales que el afectado pueda considerar vulnerados. Casos como éstos dan luces bastante claras respecto de lo importante que sería que se reconociera el “derecho al olvido” en la legislación chilena, para otorgar una nueva herramienta a aquellas personas que se han visto afectadas por noticias o hechos publicados en la red. Debe haber una opción

Cristian López Rocha fue imputado en el año 2010 por un caso de violación – en el cual una estudiante fue abordada por un sujeto que la obligó a realizar una felación, mientras la amenazaba con un arma blanca – y luego declarado inocente. Una prueba de ADN determinó que Cristian López no era quién había cometido el delito, debido a que la víctima había dejado caer fluido seminal del agresor al piso, lo que permitió contar con dicha prueba biológica y comprobar su inocencia. El problema surgió porque la víctima dio detalles de la vestimenta y apariencia del agresor, haciéndose también un retrato hablado del victimario y tras una llamada anónima que indicó a López Rocha como el autor del delito, la PDI hizo un set fotográfico y en ella se incluyó una fotografía de Cristian López, manifestando la víctima que dicha imagen correspondía a la de su agresor. Un par de días después, se allanó el hogar del sospechoso, se le tomó detenido, fue señalado por la víctima en una ronda de reconocimiento y fue formalizado por el delito de violación. Luego de ser dejado en libertad por el juez de garantía (dos días después), la Corte de Apelaciones revocó lo dictado por el juez de garantía y López Rocha fue enviado a prisión preventiva por cinco días, mientras se esperaban los resultados de la prueba de ADN. Finalmente, gracias a esa prueba¹⁹³, Cristian López Rocha fue declarado inocente del delito que se le imputó¹⁹⁴.

Finalmente, la justicia determinó la inocencia de Cristian López Rocha, pero la condena social ya estaba hecha, pues ya se pasó a llevar su presunción de inocencia por la falta de escrúpulos que tuvieron medios de comunicación a la hora de informar a la ciudadanía sobre este hecho. Esto nos lleva a preguntarnos ¿el derecho entrega o no remedios legales suficientes que permitan resarcir de forma concreta y real el daño que se ocasionó? La información que, en este caso, manchó para siempre el nombre de Cristian López Rocha sigue

para aquellos que crean que lo contemplado actualmente en las Leyes N°19.628 y N°19.733 no resulta suficiente para ver resarcido el daño generado por la transgresión a sus derechos fundamentales.

¹⁹³ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2016. Proyecto Inocentes. [en línea] <http://www.proyectoinocentes.cl/casos/detalle/35/cristian_lopez-rocha> [consulta: 30 abril 2016].

¹⁹⁴El conflicto nació porque, cuando ocurrió la detención, los medios de comunicación denominaron al sospechoso como “violador de la bicicleta” o “violador de Ñuñoa” y eso, sumado al hecho de que lo inculparon siendo inocente, generó un daño importante en la vida de Cristian López Rocha, lo que se demuestra en sus propias palabras: “Me destrozaron la vida. Fui humillado, mi pareja me dejó, mi madre de 75 años casi se muere y ahora ¿quién me va a contratar?, si fui conocido en todo Chile como ‘el violador de Ñuñoa’”. LA TERCERA. 2010. Inocente acusado de violación: “Fui humillado, mi pareja me dejó y mi madre casi muere”. [en línea] <http://diario.latercera.com/2010/06/24/01/contenido/9_30681_9.shtml> [consulta: 30 abril 2016].

en la red y como el “derecho al olvido” no ha sido consagrado en Chile, creemos que la respuesta, desafortunadamente, es no.

Tal como señala el abogado de la Defensoría Penal Pública, Cristián Irrarrázaval: “Así, muchas denuncias falsas o imputaciones infundadas se traducen en una absolución judicial que, sin embargo, va acompañada de una condena social que – peor aún – es permanente, en la medida que la información habitualmente subsiste indexada en los buscadores.”¹⁹⁵.

4.4 CASO “MUJERES PRIMERO”

Este caso data del año 2015 y trata de cómo la imagen de una persona fue indicada erróneamente como la de un secuestrador de niños, es decir, se le acusó injustamente de un delito. El caso resulta curioso, porque comenzó en redes sociales (Facebook y Twitter, específicamente) y luego derivó a un medio de comunicación social, a saber, el canal de televisión, La Red.

El relato de como todo surgió podemos encontrarla en la página web de Radio Bío Bío: “La información comenzó a circular en Facebook a principios de junio, donde un sujeto compartió una imagen de este vendedor de 60 años del sector Candelaria de San Pedro de La Paz, junto a la historia de una ‘colega’, cuya asesora del hogar presuntamente habría evitado que la hija de la mujer se convirtiera en víctima de este supuesto delincuente, en el sector de Lonco Ray (Chiguayante)”¹⁹⁶, además, se agregó en el mismo medio de comunicación que “La foto se compartió en dicha red social en más de 50 mil ocasiones, desde ahí otro usuario tomó una captura de la historia y la subió a Twitter, etiquetando a diferentes rostros y animadores de televisión, para que entregaran la información a sus seguidores.”¹⁹⁷. Como resultado de esta difusión de la fotografía y la historia, con la consiguiente etiquetación a personalidades de la televisión, en el programa “Mujeres Primero” de La Red del día 15 de

¹⁹⁵Irrarrázaval, op.cit., p.5.

¹⁹⁶VILLA, B. 2015. Denuncian por calumnias a CHV y La Red por acusar falsamente a hombre como secuestrador de niños. [en línea] Radio Bío Bío en internet. 24 de junio de 2015. <<http://www.biobiochile.cl/2015/06/24/denuncian-por-calumnias-a-chv-y-la-red-por-acusar-falsamente-a-hombre-como-secuestrador-de-ninos.shtml>> [consulta: 03 mayo 2016].

¹⁹⁷Villa, ibid.

junio del 2015, se mostró reiteradas veces la foto del afectado y las conductoras del programa, Janine Leal y Antonella Ríos relataron la situación descrita en redes sociales. El día 16 de junio del año 2015 se hizo un reportaje en “La Mañana de Chilevisión” donde se hablaba del temor que sentían los vecinos de Chiguayante ante esta amenaza que significaba el secuestro de niños, reportaje donde también se mostró el rostro de esta persona que resultó ser inocente, pues ni siquiera vivía en el lugar¹⁹⁸.

El hijo del afectado, que mantuvo su nombre en el anonimato, señaló a Bío Bío: “Este es un delito grave que nos afectó a todos (...) mi mamá está súper mal de salud, lo único que hacía era llorar y mi papá vive con miedo, no nos atrevemos a salir a ninguna parte, porque hay mucha gente que lo sigue creyendo”¹⁹⁹, a partir de esta situación vivida, decidieron interponer una querrela por delito de calumnia que finalmente terminó con abandono de procedimiento²⁰⁰. El testimonio entregado aquí muestra el daño que puede provocar la difusión indiscriminada de información en internet, donde no siempre se vela por corroborar la veracidad de los hechos o la confiabilidad de las fuentes. En estos casos, en donde existieron acusaciones sin fundamentos y hubo una querrela en la que se declaró abandono de procedimiento, es donde también debería poder aplicarse el “derecho al olvido”, sin perjuicio que la foto fue bajada de internet por el programa “Mujeres Primero” y, además, el video del programa (cuyos capítulos son subidos a la página web de La Red) del 15 de junio de 2015 no está disponible en internet, todo esto por iniciativa del propio canal²⁰¹.

Cabe destacar que las querelladas, Janine Leal y Antonella Ríos, del programa “Mujeres Primero”, pidieron disculpas públicas en el mencionado programa, admitiendo que habían comentado un error²⁰². Ahora bien, ¿es esto suficiente? ¿qué hubiese pasado si el mismo canal no hubiese decidido quitar los programas de su página web por iniciativa propia? Es en situaciones como éstas donde se hace necesario que exista un derecho consagrado que

¹⁹⁸Villa, *ibid.*

¹⁹⁹Villa, *ibid.*

²⁰⁰Juzgado de Garantía de San Pedro de la Paz, causa RIT N°979 – 2015, RUC N°1510023627-0.

²⁰¹LA RED. 2015. Mujeres Primero. [en línea] <<http://lared.cl/2015/programas/mujeresprimero/programas-completos-mujeres-primero/mujeres-primero-programa-completo-lunes-15-de-junio-2015>> [consulta: 05 mayo 2016].

²⁰²EL DÍNAMO. 2015. Antonella Ríos pide perdón por acusar sin pruebas a hombre de ser un “secuestrador de niños”. [en línea] <<http://www.eldinamo.cl/cultpop/2015/07/10/video-antonella-rios-pide-perdon-por-acusar-sin-pruebas-a-un-hombre-de-ser-un-secuestrador-de-ninos/>> [consulta: 03 mayo 2016].

permita a los ciudadanos el solicitar la eliminación o desindexación de hechos, datos o noticias de una plataforma virtual.

4.5 CASO DIPUTADO MIODRAG MARINOVIC Y EL PERIÓDICO “EL CIUDADANO”

En este caso hubo una acción de inaplicabilidad interpuesta ante el Tribunal Constitucional por Bruno Sommer Catalán y Sebastián Larraín Saa (editores del periódico “El Ciudadano”), cuya gestión pendiente era la querrela por injurias graves con publicidad en su contra, donde el querellante era el ex diputado independiente por Magallanes, Miodrag Marinovic.

La querrela surgió por la publicación de un reportaje del periódico “El Ciudadano” el día 27 de agosto del año 2013, en donde se referían a Marinovic como “el patrón del mal” y lo acusaban de diversos delitos: soborno, tráfico de dinero, autoatentados, destrucción de propiedad pública, evasión de impuestos y censura²⁰³.

Los requirentes solicitaron al Tribunal Constitucional que se declarara inaplicable el artículo 39 de la Ley N°19.733²⁰⁴ y, para dar sustento a esta petición, se basaron en que la aplicación de dicho precepto legal era contraria a los artículos 19 N°3, inciso primero, cuarto, quinto y sexto de la Constitución, por atentar contra el racional y justo procedimiento, también por ser contraria a la presunción de inocencia y principio de culpabilidad. A su vez señalaron, que esta presunción era parte esencial del debido proceso, pues pertenecía al bloque de constitucionalidad, por la vía del artículo 5, inciso segundo de la Carta Fundamental²⁰⁵. Se citó

²⁰³EL CIUDADANO. 2013. Miodrag Marinovic: El Patrón del Mal (adelanto). [en línea] <<http://www.elciudadano.cl/2013/08/27/79992/miodrag-marinovic-el-patron-del-mal-adelanto/>> [consulta: 05 mayo 2016].

²⁰⁴Artículo 39, Ley N°19.733: “La responsabilidad penal y civil por los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de las libertades que consagra el inciso primero del número 12° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, se determinará por las normas de esta ley y las de los Códigos respectivos. Se considerará también autor, tratándose de los medios de comunicación social, al director o a quien legalmente lo reemplace al efectuarse la publicación o difusión, salvo que se acredite que no hubo negligencia de su parte.”.

²⁰⁵Ligándose esto con el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Tribunal Constitucional de Chile, causa Rol N°2535-13 INA.

a la Corte Suprema, que señaló que se “ubica al director en la posición de garante de la honra de quienes fueron referidos o aludidos en su medio de difusión”²⁰⁶.

El Tribunal Constitucional, al analizar la Ley N°19.733, señaló en su considerando vigésimo que “la determinación de si una conducta constituye o no injuria se basa, en primer lugar, en las normas generales del Código Penal, debiendo además tenerse presentes, para el efecto de dar por establecida la responsabilidad, las normas especiales que al efecto contiene la Ley N°19.733, como lo son, por ejemplo, el inciso segundo del artículo 29 y el artículo 30 de la misma. **La Ley N°19.733, penalmente, no se basta a sí misma.**”²⁰⁷. En las consideraciones se discute respecto de tres puntos: la alegación de responsabilidad objetiva, la vulneración a la presunción de inocencia y la vulneración al principio de culpabilidad, finalmente, se rechazó el requerimiento deducido²⁰⁸.

Ahora, en la querrela interpuesta por Marinovic en contra de Sommer y Larraín, se señaló que aquella persona que se suponía, dio testimonio de las malas prácticas, envió una carta firmada ante notario donde manifestó que fue presionado para otorgar la entrevista²⁰⁹ y si bien, Marinovic dio cuenta que la nota en su conjunto dañaba su honra y dignidad, seleccionó algunas frases (que fueron obra del redactor del reportaje), que resultaron particularmente injuriosas a su juicio²¹⁰.

²⁰⁶Tribunal Constitucional de Chile, considerando décimo, causa Rol N°2535-13 INA.

²⁰⁷Tribunal Constitucional, considerando vigésimo, causa Rol N°2535-13 INA. El destacado es propio.

²⁰⁸Tribunal Constitucional, parte resolutive, causa Rol N°2535-13 INA.

²⁰⁹“Esta nota recoge una entrevista realizada a una persona llamada Rodrigo Javier Calixto – cuyo nombre completo y correcto sería Rodrigo Javier Calisto Oyarzo –, quien jamás autorizó la publicación de la entrevista y quien, además, con fecha 22 de agosto de 2013, envió a los querrelados una carta firmada ante Notario, en donde señala haber sido objeto de presiones, haber sido inducido a decir cosas que no son ciertas, haber sido abordado en un contexto inadecuado, solicitando expresamente a los directores del medio, querrelados en esta oportunidad, que no se publicara nada de lo dicho por él. Cabe consignar que la distribución del medio escrito se produce el día 27 de agosto de 2013. Es decir, de forma previa a la distribución, se informó a los querrelados de la falsedad de los hechos, del irregular origen y se desautorizó cualquier publicación.”. 3° Juzgado de Garantía de Santiago, causa RUC N° 1310027365-3, RIT N° 6389-2013.

²¹⁰Estas son: “i.- El título señalado, ‘El Patrón del Mal’, en clara alusión a la conocida serie de televisión historiográfica del más conocido Narcotraficante de la Historia, el colombiano Pablo Escobar Gaviria.

ii.- ‘Miodrag Marinovic es acusado de tráfico de dinero, autoatentados, destrucción de propiedad pública, evasión de impuestos y censura de medios de comunicación’.

iii.- ‘...lo que más ama Marinovic es el poder y para conseguirlo no escatima en esfuerzos aunque eso signifique actuar fuera de la ley.’.

iv.- ‘...deja entever otras acciones como persecución a políticos de la zona, espionaje, sabotajes, consumo de drogas en orgías privadas y situaciones límites que lo tienen en una encrucijada ética.’.

v.- El colofón de la nota que señala ‘en el siglo XIX en la Patagonia ocurrieron atroces matanzas y usurpaciones en nombre del desarrollo y de la ambición por el dinero. Hoy en la región del Magallanes, y en pleno siglo XXI

Al final la querrela fue acogida por el tribunal y Bruno Sommer Catalán y Sebastián Larraín Saa fueron condenados a la pena de “quinientos cuarenta (540) días de reclusión menor en su grado mínimo, multa de cinco unidades tributarias mensuales, a las accesorias de suspensión para cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas de la causa; en su calidad de autores del delito de Injurias graves hechas por escrito y con publicidad, perpetrado en el mes de agosto de 2013 en la comuna de Recoleta”. A ambos se les sentenció con la pena sustitutiva de remisión condicional²¹¹.

las malas prácticas parecen estar más vigentes que nunca’.”. 3° Juzgado de Garantía de Santiago, causa RUC N° 1310027365-3, RIT N° 6389-2013.

²¹¹3° Juzgado de Garantía de Santiago, ibid.

CONCLUSIONES

Después del análisis de doctrina y jurisprudencia tanto nacional como internacional, este trabajo considera que debe consagrarse el “derecho al olvido” en Chile, puesto que las herramientas legales existentes en la actualidad, no resultan suficientes para resguardar eficazmente los derechos fundamentales de las personas en un contexto de comunicaciones digitales que va avanzando día a día, es decir, el derecho tiene una deuda de actualización respecto a la protección de datos personales, el derecho a la autodeterminación informativa (entendido como un derecho de la personalidad), el resguardo de la libertad, a la vida privada, a la intimidad, a la honra e incluso, a la integridad psíquica de quien pueda ser afectado por la publicación de una información o contenido, ya sea a través de un medio de comunicación digitalizado o bien, en alguna página web.

En virtud de esto, creemos que algunos de los tópicos que deben ser considerados a la hora de consagrar el “derecho al olvido” en nuestra legislación nacional, son, en primer lugar, el derecho de acceso, el hecho que deba existir una gradualidad, ya que, como hemos expuesto en el cuerpo de este trabajo, la aplicación del “derecho al olvido” debe ser un ejercicio casuístico, en el cual se pondere la gravedad de la infracción a los derechos fundamentales del o los afectados, siendo la desindexación la regla general y la eliminación aplicable en casos específicos, en donde, por ejemplo, la persona involucrada esté siendo víctima de un delito con la existencia de dicha información en la web.

Como ya mencionamos en el capítulo III, en cuanto a la Ley N°19.628, un aspecto relevante que, desgraciadamente ha nacido al alero del progreso digital es lo denominado como “porno vengativo” y consideramos que el legislador debería retomar la discusión del proyecto ley referido al tema, para que estos hechos puedan tipificarse como delitos y así, la persona vulnerada en sus derechos pueda, en el caso que se consagre también el “derecho al olvido”, solicitar la eliminación definitiva de estos datos en la web.

En relación a la Ley N°19.733, a juicio de esta tesis, si bien se valoran los esfuerzos del legislador por regular esta materia, es claro que el paso del tiempo y el rápido avance de la tecnología, han hecho que estas herramientas legales no sean suficientes para resguardar los derechos fundamentales (principalmente aquellos contenidos en el artículo 19 N°1, inciso

primero, N°4 y también el N°5 de la Constitución Política de la República) al haber irrumpido, por ejemplo, el nacimiento de los medios de comunicación en internet y por lo tanto, las hemerotecas *online* pertenecientes a diarios y revistas.

En opinión de este trabajo, es importante que exista una protección al derecho de opinión e información, porque, habiendo pasado la época en que existía censura previa, el derecho chileno tomó nuevos —y buenos— aires consagrando estos derechos en el artículo 19 N°12 de la Constitución Política de la República, ya sin el fuerte control que significaba el no poder informar ciertas cosas que no resultaban convenientes para quienes ostentaban el poder. Lo relevante es consagrar aquel derecho sin que ello signifique un abuso del mismo en desmedro de otros derechos fundamentales.

En cuanto al derecho de acceso, pueden destacarse los siguientes elementos a considerar para mejorar la legislación de nuestro país: en primera instancia, parece interesante que se pueda acceder de manera expedita y gratuita a toda la información disponible sobre nosotros mismos, sea que estos datos estén en bases privadas o públicas y que la misma ley habilite al titular para ejercer la acción de *habeas data* no solo si hay demora en la entrega de información, sino que también cuando haya una disconformidad por parte del titular.

También pensamos que, dado que el “derecho al olvido” tiene una estrecha e íntima relación con los derechos del artículo 19 de la Constitución Política de la República, éste debe consagrarse bajo el modelo de una acción judicial y no administrativa, pues son los primeros quienes tienen la experticia y conocimientos adecuados para juzgar un caso donde se involucran derechos fundamentales. Esta acción debe tener características similares a la de protección en cuanto a la rapidez en que debe darse una respuesta, considerando que mientras más tiempo esté alojada o indexada la información cuestionada en la web o en los motores de búsqueda, mayor es el daño infringido a la víctima. Así, concluimos que son las Cortes de Apelaciones quienes deberían revisar estas causas, teniendo que existir una ley orgánica constitucional que otorgue esta atribución a dichos tribunales.

Creemos que el “derecho al olvido” debe ser un remedio autónomo, no dependiente de un acción jurídica ya existente, como es el *habeas data*, y sobre todo, no estamos de acuerdo con que se oficie a los motores de búsqueda, ya que en opinión de esta tesis, es la página web donde se aloja la información cuestionada quien debe desindexar los datos, esto por razones de

simplificación (es más fácil dirigir la acción hacia un medio de comunicación o una persona en específico, dependiendo del caso, que a una empresa internacional tal como son Google, Yahoo, entre otros) y de rapidez (si se concentran las peticiones solo hacia los motores de búsqueda, podría generarse un cúmulo excesivo de solicitudes que retarden la efectividad del “derecho al olvido”). Saludamos la intención de la Corte Suprema de incluir al “derecho al olvido” en la discusión nacional, manifestando así la relevancia que este derecho ha ido tomando a través del tiempo no solo a nivel doctrinario, sino también jurisprudencial (causa Rol N°22243 – 2015 de enero de 2016). A pesar que comulgamos más con lo señalado por el voto disidente que con la decisión de la Corte, creemos muy valorable el aporte jurídico que ha significado este caso. Esta sentencia fue un intento de adecuar la decisión a los criterios que debiesen ser utilizados tomando en consideración los tratados y declaraciones de carácter internacional, que son tan tristemente ignorados en nuestro sistema de justicia. Que la Corte Suprema los haya mencionado es, al menos, un esfuerzo para que los derechos ahí contenidos sean aplicados y no terminen siendo solo buenas intenciones plasmadas en un documento.

Esta tesista no está de acuerdo con el razonamiento de la Corte Suprema en su voto mayoritario, pues si bien pareciese ser la base de una solución justa para ambas partes, resguardando los derechos fundamentales del recurrente y no vulnerando el derecho a la libertad de información y opinión de “El Mercurio” (en el entendido que en ningún momento se le exigió la destrucción y eliminación total de todos los registros que dieran cuenta de la noticia publicada, sino que solo se ordenó que se dificultara la búsqueda de la misma, lo que no puede considerarse censura, menos después de diez años de la salida a la luz de la información), la realidad es que el “derecho al olvido” sí es un límite al derecho a la libertad de información y opinión, ya sea que se adopte el modelo de adjudicar responsabilidad al motor de búsqueda (en el cual, el medio informativo vería, en una pequeña parte, mermada su libertad de aparecer en el motor de búsqueda) o al medio de comunicación o página web (si se solicita la eliminación de la noticia o de la información conflictiva, o que haga más difícil su localización en la web).

La armonía entre los derechos en conflictos es ilusoria y debe entenderse que el contrapeso del artículo 19 N°12 de la Constitución no son solamente los mismos artículos del catálogo de derechos del artículo 19, sino que aquellos consagrados en instrumentos

internacionales y también aquellos estudiados en otras ramas jurídicas tales como el derecho penal y el derecho informático; además debe considerarse el “tiempo” como factor que podría aumentar la lesividad del ejercicio del derecho a la información y opinión.

A pesar de la innegable relevancia que tiene este caso para la eventual consagración del “derecho al olvido” en diversos países, consideramos que, al menos en Chile, la solución colombiana, vista en el capítulo II sería más apropiada, pues comulgamos con la idea que en primera instancia, el “derecho al olvido” y su aplicación deben ir dirigidos a las páginas web fuente (sean o no vinculadas a un medio de comunicación), tal como ya mencionamos y, en caso que exista una negativa del administrador de las mismas a desindexar la información, a través de, por ejemplo, un archivo *robots.txt*²¹² (teniendo que determinarse la sanción – civil o penal – para él en ese caso), podría oficiarse a los motores de búsqueda.

Asimismo, destacamos la importancia que ha tenido el caso Costeja en España, que abrió las puertas para que el “derecho al olvido” se transformara en una materia de discusión legal a nivel más global, otorgando una normativa a nivel de Unión Europea.

En definitiva, tal como dijimos al inicio de este trabajo, el derecho tiene que estar acorde a los avances tecnológicos y en este caso, debe adecuarse a la irrupción de internet en la vida humana, ya que no se puede obviar la importancia que reviste la personalidad digital en una era de las comunicaciones, donde una parte significativa de las interacciones sociales se dan a través, justamente, de redes sociales y en donde ya no solo existen los medios de comunicación tradicionales, sino que también conviven las plataformas comunicacionales y de ocio en la web.

²¹²GOOGLE. 2016. Información sobre los archivos robots.txt. [en línea] <https://support.google.com/webmasters/answer/6062608?hl=es&ref_topic=6061961&visit_id=1-636162380478780204-2968854862&rd=1> [consulta: 03 diciembre 2016].

BIBLIOGRAFÍA

1. AGESIC. 2013. Aproximaciones al concepto de Derecho al Olvido. [en línea] <http://www.agesic.gub.uy/innovaportal/file/3549/1/derecho_al_olvido.pdf > [consulta: 06 junio 2016].
2. AGUIRRE, D. 2012. Problemática del "derecho al olvido" frente a las licencias de propiedad intelectual en facebook: retos y propuestas. [en línea] <https://derechoytics.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoytics/ytics119.PDF> [consulta: 19 julio 2016].
3. AHORA NOTICIAS. 2016. Derecho al olvido: justicia brasileña falló a favor de Google. [en línea] <<http://www.ahoranoticias.cl/noticias/tecnologia/184824-derecho-al-olvido-justicia-brasilena-fallo-a-favor-de-google.html>> [consulta: 19 diciembre 2016].
4. ÁLVAREZ, C. 2014. Sentencia Google Spain y derecho al olvido [en línea] <<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4370/documento/fe04.pdf?id=5584>> [consulta: 30 octubre 2016].
5. ANGUITA, P. 2006. Jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la propia imagen y a la vida privada en Chile (1981-2004): un intento de sistematización. <https://www.ucursos.cl/icei/2010/1/PER54/1/material_docente/bajar?id_material=492823> [consulta: 18 junio 2016].
6. ANGUITA, P. 2016. Acciones de protección contra Google. Santiago, Editorial Librotecnia. 262p.
7. BANDA, A. 2015. La vida privada e intimidad en la sociedad tecnológica actual y futura. [en línea] <<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RDPU/article/viewFile/36294/37944>> [consulta: 18 junio 2016].
8. BAZÁN, V. 2005. El hábeas data y el derecho de autodeterminación informativa en perspectiva de derecho comparado. [en línea] <<http://www.redalyc.org/pdf/820/82030204.pdf>> [consulta: 15 junio 2016].
9. BBC. 2016. Revenge porn: More than 200 prosecuted under new law. [en línea] <<http://www.bbc.com/news/uk-37278264>> [consulta: 02 diciembre 2016].

10. BERLIN, I. 1988. Cuatro Ensayos sobre la Libertad. Madrid, Alianza. 278 p.
11. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2016. Historia de la Ley N°19.962. [en línea] <<http://www.bcn.cl/historiadelaLey/nc/historia-de-la-ley/5664/>> [consulta: 02 diciembre 2016].
12. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. 2016. Código del Derecho al Olvido. [en línea] <https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?modo=1&id=094_Codigo_del_Derecho_al_Olvido> [consulta: 20 abril 2016].
13. CÁMARA DE DIPUTADOS. 2014. Proyecto de Ley N°9388 – 03 [en línea] <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9800&prmBoletin=9388-03> [consulta: 16 noviembre 2016].
14. CÁMARA DE DIPUTADOS. 2014. Proyecto de Ley N° 9543 – 07 [en línea] <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9970&prmBoletin=9543-07> [consulta: 02 diciembre 2016].
15. CÁMARA DE DIPUTADOS. 2016. Proyecto de Ley N°10608 – 07 [en línea] <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11029&prmBoletin=10608-07> [consulta: 16 noviembre 2016].
16. COLEGIO DE PERIODISTAS DE CHILE. 2015. Código de ética. [en línea] <https://issuu.com/colegiodeperiodistasdechile/docs/nuevo_codigo_de_etica_-_xv_congreso> [consulta: 09 octubre 2016].
17. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2013. [en línea] <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_WEB.pdf> [consulta: 03 diciembre 2016].
18. CORRAL, H. 2000. Configuración jurídica del derecho a la privacidad II: Concepto y delimitación. *Revista Chilena de Derecho*, 27(2), págs. 331-355, *en especial, la pág. 337, apud.*: Orza Linares, Ramón. 2011. El derecho al olvido en internet. *En: VII CONGRESO Internacional Internet, Derecho y Política de la Universitat Oberta de Catalunya*: 11 y 12 de junio de 2011. Barcelona, España, Universitat Oberta de Catalunya. p.371 -388.

19. Corte Constitucional de Colombia. 2015. [en línea] <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-277-15.htm#_ftn1> [consulta: 30 abril 2016].
20. DE TERWANGNE, C. 2012. Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/al olvido. [en línea] <http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n13terwangne_esp/n13-terwangne_esp> [consulta: 26 junio 2016].
21. DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2016. Proyecto Inocentes. [en línea] <http://www.proyectoinocentes.cl/casos/detalle/35/cristian_lopez-rocha> [consulta: 30 abril 2016].
22. DELPIAZZO, C. 2009. Acerca del *habeas data* propio e impropio. [en línea] <<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RDPU/article/viewFile/35691/37359>> [consulta: 06 julio 2016].
23. DÍAZ, Felipe. 2010. Inocente acusado de violación: “Fui humillado, mi pareja me dejó y mi madre casi muere”. [en línea] <http://diario.latercera.com/2010/06/24/01/contenido/9_30681_9.shtml> [consulta: 03 mayo 2016].
24. DRYSDALE, S. 2016. Google: el gran prontuario virtual. [en línea] Revista Paula <<http://www.paula.cl/reportajes-y-entrevistas/google-gran-prontuario-virtual/>> [consulta: 03 julio 2016].
25. EL CIUDADANO. 2013. Miodrag Marinovic: El Patrón del Mal (adelanto). [en línea] <<http://www.elciudadano.cl/2013/08/27/79992/miodrag-marinovic-el-patron-del-mal-adelanto/>> [consulta: 05 mayo 2016].
26. EL DÍNAMO. 2015. Antonella Ríos pide perdón por acusar sin pruebas a hombre de ser un “secuestrador de niños”. [en línea] <<http://www.eldinamo.cl/cultpop/2015/07/10/video-antonella-rios-pide-perdon-por-acusar-sin-pruebas-a-un-hombre-de-ser-un-secuestrador-de-ninos/>> [consulta: 03 mayo 2016].
27. ESPINOZA, O. y MARTÍNEZ, F. 2007. Políticas de reinserción post penitenciaria. Eliminación de antecedentes penales en Chile. [en línea] <<http://hdl.handle.net/10469/1402>> [consulta: 27 abril 2016].

28. EUR - LEX ACCESS TO EUROPEAN UNION LAW, 2014. [en línea] <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A114012>> [consulta: 29 abril 2016].
29. FIGUEROA, G. 1998 Los derechos de la personalidad en general: concepción tradicional. [en línea] <<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/397/370>> [consulta: 03 julio 2016].
30. GAIERO B. y SOBA I. 2010. El proceso de hábeas data en el Uruguay (protección de datos personales y acceso a la información pública) [en línea] <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28363.pdf>> [consulta: 04 noviembre 2016].
31. GARRIDO, M. 2010. Los delitos contra el honor. En: Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III. 4ª ed. Chile, Editorial Jurídica de Chile. pp.189 – 230.
32. GONZÁLEZ, F. 2001. Modelos comparados de protección de la información digital y la ley chilena de datos de carácter personal. Cuadernos de Extensión Jurídica (5): 152– 178.
33. GOOGLE. 2016. Remove information from Google. [en línea] <<https://support.google.com/websearch/troubleshooter/3111061#ts=2889054%2C2889099%2C2889064%2C3143868%2C6256340>> [consulta: 02 diciembre 2016].
34. GOOGLE. 2016. Retirar “porno vengativo” de Google. [en línea] <<https://support.google.com/websearch/answer/6302812?hl=es-419>> [consulta: 02 diciembre 2016].
35. GOOGLE. 2016. Solicitud de retirada de resultados de búsqueda en virtud de la normativa de protección de datos europea. [en línea] <https://support.google.com/legal/contact/lr_eudpa?product=websearch> [consulta: 02 diciembre 2016].
36. GOOGLE. 2016. Información sobre los archivos robots.txt. [en línea] <https://support.google.com/webmasters/answer/6062608?hl=es&ref_topic=6061961&visit_id=1-636162380478780204-2968854862&rd=1> [consulta: 03 diciembre 2016].
37. HERNÁNDEZ, M. 2013. El derecho al olvido en internet como nuevo derecho fundamental en la sociedad de la información. Perspectiva constitucional española y europea. *Quid Iuris*, 21: 115 - 148.

38. HERRERA, P. 2016. El derecho a la vida privada y las redes sociales en Chile. [en línea] <<http://www.rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/viewFile/41268/44146>> [consulta: 08 julio 2016].
39. HERREROS, J. 2016. Actualidad del derecho al olvido en Latinoamérica. La Revista de la Defensoría Penal Pública (5): 40 – 43.
40. IRARRÁZAVAL, C. 2016. El derecho a olvido como límite a la sanción social permanente. La revista de la Defensoría Penal Pública (14): 4 – 9.
41. JERVIS, P. 2003. Derechos del Titular de Datos y Hábeas Data en la Ley 19.628. [en línea] <<http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/view/10644/11372>> [consulta: 18 junio 2016].
42. LA RED. 2015. Mujeres Primero. [en línea] <<http://lared.cl/2015/programas/mujeresprimero/programas-completos-mujeres-primero/mujeres-primero-programa-completo-lunes-15-de-junio-2015>> [consulta: 05 mayo 2016].
43. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. 2005. Injurias, calumnias y régimen de prensa. Por Sergio Politoff “et al”. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp.639 – 660.
44. MANRIQUE, V. 2015. El derecho al olvido: análisis comparativo de las fuentes internacionales con la regulación colombiana. [en línea] <https://derechoytics.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoytics/ytics228.pdf> [consulta: 25 mayo 2016].
45. MIERES, L. 2014. El derecho al olvido digital. [en línea] <<http://www.fundacionalternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/el-derecho-al-olvido-digital>> [consulta: 29 de abril de 2016].
46. MILL, J. S. 1979. De la individualidad como uno de los elementos del bienestar. En: Sobre la libertad. Madrid, Alianza. pp.125 – 149.
47. MINERO, G. 2014. A vueltas con el “derecho al olvido”. Construcción normativa y jurisprudencial del derecho de protección de datos de carácter personal en el entorno digital.

- [en línea]
 <https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/670276/RJUAM_30_5.pdf?sequence=1>
 [consulta: 19 julio 2016].
48. MUÑOZ, A. 2015. Eliminación de datos personales en internet: El reconocimiento del derecho al olvido. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 4(2): 215-261.
49. NOGUEIRA, H. 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. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502004000200006> [consulta: 09 octubre 2016].
50. NOGUEIRA, H. 2005. Autodeterminación informativa y Hábeas Data en Chile e Información comparativa. [en línea] <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2005.2/pr/pr3.pdf>> [consulta: 20 junio 2016].
51. ONG DATOS PROTEGIDOS. 2016. Derecho al olvido en Brasil: ¿privilegiar o responsabilizar? [en línea] <<http://datosprotegidos.org/derecho-al-olvido-en-brasil-privilegiar-o-responsabilizar/>> [consulta: 02 diciembre 2016].
52. ORZA, R. 2012. Derechos Fundamentales e internet: nuevos problemas, nuevos retos. [en línea] <http://www.ugr.es/~redce/REDCE18/articulos/10_ORZA.htm> [consulta: 14 de abril de 2016].
53. PICA, R. 2016. El derecho fundamental al olvido en la web y el sistema constitucional chileno. [en línea] <<https://drive.google.com/file/d/0B4415pHYhRzaQmxzcFNNWmNRaGc/view>> [consulta: 24 octubre 2016].
54. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2016. Diccionario de la lengua española. [en línea] <<http://dle.rae.es/?id=LNTIjYS>> [consulta: 30 julio 2016].
55. REBOLLO, L. y SERRANO, M. 2014. Internet, redes sociales y protección de datos. En: *Manual de Protección de Datos*. Barcelona, Editorial Dykinson. pp.277 – 306.

56. RIBERA, T. 2009. El derecho al desarrollo libre de la personalidad en la Constitución. En: Temas actuales de Derecho Constitucional libro homenaje al profesor Mario Verdugo Marinkovic. 1ª edición. Chile, Editorial Jurídica de Chile. pp.241 – 255.
57. SAARENPÄÄ, A. 2003. Europa y la protección de los datos personales. [en línea] <<http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/view/10659/11411>> [consulta: 15 junio 2016].
58. SIMÓN, P. 2011. El régimen constitucional del derecho al olvido en internet. En: VII CONGRESO Internacional Internet, Derecho y Política de la Universitat Oberta de Catalunya: 11 y 12 de junio de 2011. Barcelona, España, Universitar Oberta de Catalunya. p.554.
59. TELETRECE. 2015. Google busca frenar el “porno vengativo”. [en línea] <<http://www.t13.cl/noticia/tendencias/tecnologia/google-busca-frenar-el-porno-vengativo>> [consulta: 02 diciembre 2016].
60. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 2014. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), [en línea] <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=245037>> [consulta: 22 abril 2016].
61. VIAL, F. 2001. La ley N°19.628 sobre protección de datos de carácter personal una visión general. Cuadernos de Extensión Jurídica (5): 23 – 37.
62. VILLA, B. 2015. Denuncian por calumnias a CHV y La Red por acusar falsamente a hombre como secuestrador de niños. [en línea] Radio Bío Bío en internet. 24 de junio de 2015. <<http://www.biobiochile.cl/2015/06/24/denuncian-por-calumnias-a-chv-y-la-red-por-acusar-falsamente-a-hombre-como-secuestrador-de-ninos.shtml>> [consulta: 03 mayo 2016].

ANEXO

ANEXO 1: LEY N°18.331 DE URUGUAY

Se citan textualmente los artículos relevantes para el estudio presentado sobre Uruguay en este trabajo²¹³:

1) **Artículo 6°. Principio de legalidad.** La formación de bases de datos será lícita cuando se encuentren debidamente inscriptas, observando en su operación los principios que establecen la presente ley y las reglamentaciones que se dicten en consecuencia.

Las bases de datos no pueden tener finalidades violatorias de derechos humanos o contrarias a las leyes o a la moral pública.

2) **Artículo 7°. Principio de veracidad.** Los datos personales que se recogieren a los efectos de su tratamiento deberán ser veraces, adecuados, ecuanímenes y no excesivos en relación con la finalidad para la cual se hubieren obtenido. La recolección de datos no podrá hacerse por medios desleales, fraudulentos, abusivos, extorsivos o en forma contraria a las disposiciones a la presente ley. Los datos deberán ser exactos y actualizarse en el caso en que ello fuere necesario. Cuando se constate la inexactitud o falsedad de los datos, el responsable del tratamiento, en cuanto tenga conocimiento de dichas circunstancias, deberá suprimirlos, sustituirlos o completarlos por datos exactos, veraces y actualizados. Asimismo, deberán ser eliminados aquellos datos que hayan caducado de acuerdo a lo previsto en la presente ley.

3) **Artículo 8°. Principio de finalidad.** Los datos objeto de tratamiento no podrán ser utilizados para finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su obtención.

²¹³ PODER LEGISLATIVO REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. 2008. Ley N°18.331, Protección de datos personales y acción de “habeas data”. [en línea] <<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp1622527.htm>> [consulta: 02 diciembre 2016].

Los datos deberán ser eliminados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a los fines para los cuales hubieren sido recolectados. La reglamentación determinará los casos y procedimientos en los que, por excepción, y atendidos los valores históricos, estadísticos o científicos, y de acuerdo con la legislación específica, se conserven datos personales aun cuando haya perimido tal necesidad o pertinencia. Tampoco podrán comunicarse datos entre bases de datos, sin que medie ley o previo consentimiento informado del titular.

4) **Artículo 9º. Principio del previo consentimiento informado.** El tratamiento de datos personales es lícito cuando el titular hubiere prestado su consentimiento libre, previo, expreso e informado, el que deberá documentarse.

El referido consentimiento prestado con otras declaraciones, deberá figurar en forma expresa y destacada, previa notificación al requerido de datos, de la información descrita en el artículo 12 de la presente ley.

No será necesario el previo consentimiento cuando:

- A) Los datos provengan de fuentes públicas de información, tales como registros o publicaciones en medios masivos de comunicación.
- B) Se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal.
- C) Se trate de listados cuyos datos se limiten en el caso de personas físicas a nombres y apellidos, documento de identidad, nacionalidad, domicilio y fecha de nacimiento. En el caso de personas jurídicas, razón social, nombre de fantasía, registro único de contribuyentes, domicilio, teléfono e identidad de las personas a cargo de la misma.
- D) Deriven de una relación contractual, científica o profesional del titular de los datos, y sean necesarios para su desarrollo o cumplimiento.
- E) Se realice por personas físicas o jurídicas, privadas o públicas, para su uso exclusivo personal o doméstico.

5) **Artículo 10. Principio de seguridad de los datos.** El responsable o usuario de la base de datos debe adoptar las medidas que resultaren necesarias para garantizar la seguridad y confidencialidad de los datos personales. Dichas medidas tendrán por objeto evitar su adulteración, pérdida, consulta o tratamiento no autorizado, así como detectar desviaciones de información, intencionales o no, ya sea que los riesgos provengan de la acción humana o del medio técnico utilizado.

Los datos deberán ser almacenados de modo que permitan el ejercicio del derecho de acceso de su titular.

Queda prohibido registrar datos personales en bases de datos que no reúnan condiciones técnicas de integridad y seguridad.

6) **Artículo 11. Principio de reserva.** Aquellas personas físicas o jurídicas que obtuvieren legítimamente información proveniente de una base de datos que les brinde tratamiento, están obligadas a utilizarla en forma reservada y exclusivamente para las operaciones habituales de su giro o actividad, estando prohibida toda difusión de la misma a terceros.

Las personas que, por su situación laboral u otra forma de relación con el responsable de una base de datos, tuvieren acceso o intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales, están obligadas a guardar estricto secreto profesional sobre los mismos (artículo 302 del Código Penal), cuando hayan sido recogidos de fuentes no accesibles al público. Lo previsto no será de aplicación en los casos de orden de la Justicia competente, de acuerdo con las normas vigentes en esta materia o si mediare consentimiento del titular.

Esta obligación subsistirá aun después de finalizada la relación con el responsable de la base de datos.

7) **Artículo 12. Principio de responsabilidad.** El responsable de la base de datos es responsable de la violación de las disposiciones de la presente ley.

8) **Artículo 13. Derecho de información frente a la recolección de datos.** Cuando se recaben datos personales se deberá informar previamente a sus titulares en forma expresa, precisa e inequívoca:

La finalidad para la que serán tratados y quiénes pueden ser sus destinatarios o
) clase de destinatarios.

La existencia de la base de datos, electrónico o de cualquier otro tipo, de que se
) trate y la identidad y domicilio de su responsable.

El carácter obligatorio o facultativo de las respuestas al cuestionario que se le
) proponga, en especial en cuanto a los datos sensibles.

Las consecuencias de proporcionar los datos y de la negativa a hacerlo o su
) inexactitud.

La posibilidad del titular de ejercer los derechos de acceso, rectificación y
) supresión de los datos.

9) **Artículo 14. Derecho de acceso.** Todo titular de datos personales que previamente acredite su identificación con el documento de identidad o poder respectivo, tendrá derecho a obtener toda la información que sobre sí mismo se halle en bases de datos públicas o privadas. Este derecho de acceso sólo podrá ser ejercido en forma gratuita a intervalos de seis meses, salvo que se hubiere suscitado nuevamente un interés legítimo de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

Cuando se trate de datos de personas fallecidas, el ejercicio del derecho al cual refiere este artículo, corresponderá a cualesquiera de sus sucesores universales, cuyo carácter se acreditará por la sentencia de declaratoria de herederos.

La información debe ser proporcionada dentro de los cinco días hábiles de haber sido solicitada. Vencido el plazo sin que el pedido sea satisfecho o si fuera denegado por razones no justificadas de acuerdo con esta ley, quedará habilitada la acción de habeas data.

La información debe ser suministrada en forma clara, exenta de codificaciones y en su caso acompañada de una explicación, en lenguaje accesible al conocimiento medio de la población, de los términos que se utilicen.

La información debe ser amplia y versar sobre la totalidad del registro perteneciente al titular, aun cuando el requerimiento sólo comprenda un aspecto de los datos personales. En ningún caso el informe podrá revelar datos pertenecientes a terceros, aun cuando se vinculen con el interesado.

La información, a opción del titular, podrá suministrarse por escrito, por medios electrónicos, telefónicos, de imagen, u otro idóneo a tal fin.

10) **Artículo 15. Derecho de rectificación, actualización, inclusión o supresión.** Toda persona física o jurídica tendrá derecho a solicitar la rectificación, actualización, inclusión o supresión de los datos personales que le corresponda incluidos en una base de datos, al constatarse error o falsedad o exclusión en la información de la que es titular.

El responsable de la base de datos o del tratamiento deberá proceder a realizar la rectificación, actualización, inclusión o supresión, mediante las operaciones necesarias a tal fin en un plazo máximo de cinco días hábiles de recibida la solicitud por el titular del dato o, en su caso, informar de las razones por las que estime no corresponde.

El incumplimiento de esta obligación por parte del responsable de la base de datos o del tratamiento o el vencimiento del plazo, habilitará al titular del dato a promover la acción de habeas data prevista en esta ley.

No procede la eliminación o supresión de datos personales salvo en aquellos casos de:

Perjuicios a los derechos e intereses legítimos de terceros.

)

Notorio error o falsedad.

)

Contravención a lo establecido por una obligación legal.

)

Durante el proceso de verificación, rectificación o inclusión de datos personales, el responsable de la base de datos o tratamiento, ante el requerimiento de

terceros por acceder a informes sobre los mismos, deberá dejar constancia que dicha información se encuentra sometida a revisión.

En el supuesto de comunicación o transferencia de datos, el responsable de la base de datos o del tratamiento debe notificar la rectificación, inclusión o supresión al destinatario dentro del quinto día hábil de efectuado el tratamiento del dato.

La rectificación, actualización, inclusión, eliminación o supresión de datos personales cuando corresponda, se efectuará sin cargo alguno para el titular.

11) **Artículo 16. Derecho a la impugnación de valoraciones personales.**

Las personas tienen derecho a no verse sometidas a una decisión con efectos jurídicos que les afecte de manera significativa, que se base en un tratamiento automatizado o no de datos destinado a evaluar determinados aspectos de su personalidad, como su rendimiento laboral, crédito, fiabilidad, conducta, entre otros.

El afectado podrá impugnar los actos administrativos o decisiones privadas que impliquen una valoración de su comportamiento, cuyo único fundamento sea un tratamiento de datos personales que ofrezca una definición de sus características o personalidad.

En este caso, el afectado tendrá derecho a obtener información del responsable de la base de datos tanto sobre los criterios de valoración como sobre el programa utilizado en el tratamiento que sirvió para adoptar la decisión manifestada en el acto.

La valoración sobre el comportamiento de las personas, basada en un tratamiento de datos, únicamente podrá tener valor probatorio a petición del afectado.

ANEXO 2: LEY N°19.962 SOBRE LA ELIMINACIÓN DE CIERTAS ANOTACIONES
PRONTUARIALES²¹⁴

- 1) **Artículo 1.** Las anotaciones prontuariales que consten en el Registro General de Condenas establecido en el decreto ley N° 645, de 1925, referidas a condenas impuestas por Tribunales Militares u Ordinarios, por hechos acaecidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, y sancionados en las leyes N° 12.927, sobre Seguridad del Estado, N° 17.798, sobre Control de Armas y N° 18.314, que Determina Conductas Terroristas y Fija su Penalidad, o en los decretos leyes N° 77, de 1973 o N° 3.627, de 1981, serán eliminadas a partir de la fecha de publicación de la presente ley, si se hubiere cumplido la condena o se hubiere Extinguido la responsabilidad penal por cualquier otro motivo.

Lo anterior no será aplicable a las condenas impuestas por delitos consumados contra la vida o integridad física de terceros. Tampoco será aplicable a las personas condenadas por Tribunales Militares en tiempo de paz por hechos sancionados en la ley N° 17.798, sobre Control de Armas y que tengan condenas por delitos comunes.
- 2) **Artículo 2.** La eliminación de anotaciones prontuariales se efectuará automáticamente luego de la publicación de esta ley por el Servicio de Registro Civil e Identificación. Si los tribunales o autoridades pertinentes no hubieren transmitido al mencionado Servicio las sentencias condenatorias correspondientes, o las certificaciones de término o cumplimiento de las mismas o por cualquiera otra causa este Servicio no dispusiere de los antecedentes necesarios para efectuar la eliminación, el interesado podrá requerirla, acompañando los certificados que justifiquen su imposición y cumplimiento, por medio de una solicitud dirigida al Director Nacional de dicho servicio y presentada en el Gabinete Local del lugar de su domicilio. La autoridad requerida tendrá 60 días para acceder a lo solicitado. Las solicitudes, en el caso que se presentaren, y los antecedentes acompañados tendrán el carácter de secretos y su divulgación será sancionada conforme a las reglas generales.

²¹⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2016. Dispone la eliminación de ciertas anotaciones prontuariales. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229484>> [consulta: 02 diciembre 2016].

Lo dispuesto en la presente ley se entiende sin perjuicio de la procedencia, conforme a las reglas generales, de los beneficios de eliminación de antecedentes prontuarios o de prontuarios, previstos en el decreto ley N° 409, el decreto supremo N° 64, la ley N° 18.216 o en otros cuerpos legales.

- 3) **Artículo 3°.** Para los efectos del inciso segundo del artículo 1°, se considerarán como delitos contra la vida o integridad física de terceros, aquellos delitos que describan entre sus elementos constitutivos el resultado de muerte o de lesiones, en todas sus formas y clases o la privación de libertad de la víctima, cualquiera sea la ley o el título de incriminación en que se contenga y los delitos previstos en los párrafos 4°, 5° y 6° del Título VII del Libro II del Código Penal.

Por su parte, y para los mismos efectos, no se considerarán como atentados contra la vida o integridad física de terceros, los delitos contra la propiedad, aunque hubieren sido cometidos con violencia o intimidación en las personas, las asociaciones ilícitas ni las amenazas, en todas sus clases y formas.

ANEXO 3: TABLAS DE JURISPRUDENCIA NACIONAL

Ficha N° 1

Tribunal	Corte Suprema
Rol	N° 22243-2015
Fecha	21 de enero de 2016
Materia	Recurso de protección
Voto de Mayoría	Ministros Patricio Valdés, Carlos Aránguiz y Manuel Valderrama
Voto Concurrente	Ministra Rosa Egnem
Voto en Contra	Ministra María Eugenia Sandoval
Previsiones	En la parte resolutive, la Ministra Rosa Egnem concurre a la decisión de revocar el fallo en alzada sólo en cuanto a ordenar a la recurrida la eliminación del registro informático de la noticia de que tratan los antecedentes.
Considerandos Relevantes	1° Que según se desprende de la lectura de la acción constitucional intentada en estos autos, la omisión por la cual se recurre está constituida por la falta de respuesta por parte del Director del "Diario el Mercurio", señor Agustín Edwards Eastman, a la solicitud de fecha 8 de septiembre de 2015 planteada por el recurrente, de eliminar de los motores de búsqueda de internet una publicación efectuada el día 14 de agosto de 2014, a través del medio de comunicación EMOL.COM, dependiente de "El Mercurio" en la cual se indica que "el Ministro en visita Sergio Muñoz, sometió a proceso al Mayor (I) de Carabineros A.G., como presunto autor del delito de abusos sexuales contra menores... A.G.L.F. se desempeñó como Jefe de Contabilidad del Hospital de Carabineros hasta el año 1999 y en la 34ava. Comisaria de Menores".

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

En este contexto, señala como garantías infringidas las contenidas en la Constitución Política de la República, en particular la del N° 1 del artículo 19, por cuanto existiría a su juicio una afectación a su integridad física y síquica, ya que al mantenerse vigente la referida noticia generaría graves consecuencias psicológicas. Lo anterior agravado por el hecho de que su apellido no es común, radicándose éste sólo en su familia, produciendo en ella sentimientos de inseguridad, frustración e impotencia que merman su integridad psíquica.

A su vez, señala como vulnerado el artículo 19 N° 4 del mismo texto constitucional, en lo que dice relación con la protección a la vida privada de él y su núcleo familiar, puesto que, por un lado, la fiscalía de "El Mercurio" pretende que el señor A.G.L.F. firme un finiquito mediante el cual renuncie a su derecho a ejercer acciones legales en contra de tal empresa a cambio de eliminar la noticia en comentario, configurándose con ello según estima una figura de extorsión; dicha institución mantiene una publicación por más de diez años de ocurridos los hechos, y finalmente contiene una afirmación falsa, al sostener que mantenía contacto con menores de una Unidad de Carabineros, cuando prestaba servicios en un departamento distinto de dicha institución policial.

Para concluir, señala que la libertad de expresión está limitada por el abuso en que el emisor, sujeto que difunde hechos periodísticos, bajo su responsabilidad, criterio y ética profesional,

pueda incurrir cuando la utiliza más allá de sus límites naturales, generando con ello atentados en contra de la honra y fama de muchas personas, bienes que son de más valía que el derecho a la libertad ya señalada.

2° Que al informar la parte recurrida argumenta, en síntesis, que el recurso debe ser rechazado, ya que los medios de prensa escritos son utilizados por los portales de internet para informar a los respectivos buscadores de noticias, por lo que no resulta posible eliminar esa información, ya que de hacerlo sin causa justificada, se estaría contrariando la libertad de información, base del ejercicio del periodismo.

En este sentido y de acuerdo con la opinión del recurrido, el ejercicio de la libertad de expresión en forma legítima mediante la publicación oportuna de hechos reales, constituye un derecho amparado en el artículo 19 N° 12 de la Constitución, por lo que en este caso no puede existir una afectación ilegal o arbitraria de los derechos del recurrente.

Expone, además, que la Ley de Prensa contempla procedimientos especiales para conocer de los hechos denunciados, como lo son el de aclaración o rectificación, como asimismo se encuentra regulado el de eliminación de antecedentes penales del Registro Civil, por lo que la presente acción de protección sería impertinente.

Finalmente, expone que para la eliminación de una noticia se necesitan antecedentes que justifiquen dicha medida, como en este caso una certificación de absolución o sobreseimiento, o la modificación de antecedentes efectuada conforme a la ley.

4° Que en nuestro ordenamiento jurídico nacional no existe, por ahora, una solución legislativa expresa sobre este tema,

aunque no resulta difícil advertir en él su compromiso con la protección del honor, la dignidad y vida privada de las personas.

Desde luego el artículo 19 N°4 de la Constitución Política garantiza "El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia". Esos derechos no se suspenden ni siquiera en sede penal, como lo atestiguan los artículos 4, 7 inciso 1°, 9, 10 y 289 del Código Procesal Penal, que cautelan su prevalencia; misma posición en la que se encaminan el Decreto Supremo N° 64, de 27 de enero de 1960, que permite la eliminación de las anotaciones penales después de un breve tiempo, las leyes N° 19. 812 y 20.575, sobre vencimiento de registros informáticos bancarios, y la Ley N°19.628, sobre protección de datos, que contempla, entre otras cosas, la caducidad del almacenamiento de datos bancarios por expiración del plazo para su vigencia.

En suma, no cabe duda que nuestro ordenamiento jurídico protege el honor y vida privada de las personas en cuanto tales, incluso antes y después de su constitución jurídica; y que sistemáticamente ha venido recogiendo la tendencia mundial de reconocer el derecho al olvido respecto de conductas reprochables de las personas sean éstas penales, civiles o comerciales después de un lapso de un tiempo, como una forma de reintegrarlas al quehacer social.

Tal es, también y por lo demás, la tendencia mundial. Desde luego, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, cuyo texto aprobado en la resolución N°217 de 3 de marzo de 2009 prescribe en su artículo 12: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la

protección de la ley contra tales injerencias o ataques". La Convención Americana (Pacto de San José, ratificada por Chile y publicada el 5 de enero de 1991, en su artículo 5 señala: "Nº1 Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral" y en su artículo 11: nº1, "Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad"; Nº2, "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación"; 3º "Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

En la Propuesta de Reglamento General de Protección de Datos Personales (2012) de la Comisión Europea, se indica que el "derecho al olvido" en verdad derecho a la cancelación, rectificación u oposición respecto de la utilización informática de un dato personal está intrínsecamente vinculado a su utilización, en términos que si en un momento fue legítima, luego del transcurso de un tiempo determinado ha dejado de serlo; y cuyo efecto ineludible a su expiración es que debe ser borrado.

El contenido esencial de ese derecho, como se desprende de la lectura de la antedicha Propuesta, no es otro que evitar la diseminación de información personal pasada que, habiendo dejado de cumplir su finalidad, es capaz de producir un daño en la persona.

5º Que siguiendo al autor catalán Pere Simón Castellano, "frente a las ingentes posibilidades que ofrece la informática, el derecho al olvido pretende garantizar la privacidad, el libre desarrollo y la evolución de las personas, evitando la persecución constante del pasado. Así, cuando hablamos de "derecho al olvido" hacemos referencia a posibilitar que los datos de las

personas dejen de ser accesibles en la web, por petición de las mismas y cuando estas lo decidan; el derecho a retirarse del sistema y eliminar la información personal que la red contiene" (Castellano, Pere Simón: "El régimen constitucional del derecho al olvido en Internet", en "Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet. Actas del VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 11 12 de julio de 2011", Huygens Editorial, Barcelona, 2011, pp. 391 406).

No debe escudriñarse una real colisión entre dos garantías constitucionales aparentemente contrapuestas, a saber: el derecho al olvido, como protección del derecho a la integridad síquica y a la honra personal y familiar, frente al derecho de informar y de expresión. Cada uno tiene una esfera de acción propia que puede llegar a superponerse durante un tiempo, en el que es necesaria y útil la información pública frente al derecho personal que pueda invocarse, pero que decae con la extensión de dicho transcurso de tiempo; y en cambio deviene en atrabiliaria e inútil tanto para el derecho del individuo afectado para reintegrarse a plenitud a la sociedad, como para esta última de conseguir la pacificación que le interesa primordialmente y que una noticia caduca no facilita.

En el mismo sentido precedentemente anotado, es importante observar que, de la misma manera que el derecho a ser olvidado no es una novedad, tampoco lo es el equilibrio de su aplicación con otros derechos e intereses. De hecho, la jurisprudencia, principalmente extranjera ya ha desarrollado una serie de criterios importantes, que la legislación de los países ha consagrado, para resolver algunos de estos conflictos. Es el caso del derecho penal, donde el derecho al olvido se desarrolló por primera vez. Efectivamente, en caso de conflicto entre el derecho

al olvido del pasado judicial (a la supresión de la información sobre antecedentes penales y condenas pasadas) y el derecho a la información (acceso a dicha información), el factor tiempo se ha usado como un criterio decisivo. Si la información se considera de interés periodístico (debido a la actualidad de su ocurrencia), el derecho a la información prevalece; si no, el derecho al olvido prevalece sobre el derecho a la información (todavía se puede acceder a la sentencia, pero ya no se incluyen los nombres de los implicados). En definitivas cuentas, no se trata de que la información personal como de la que se trata en el presente caso sea eliminada de todo tipo de registro, sino que el acceso a la misma debe ser circunscrita a las fuentes oficiales de la información, de manera que puedan ser siempre consultadas por quien tenga un interés real en conocerla y con alguna finalidad específica de investigación, por ejemplo. Mantener vigente una noticia como la ya mencionada después de una década, es ajena a la finalidad de informar a la ciudadanía de los hechos ocurridos en ese momento determinado, que es en el que presenta mayor interés y utilidad.

Por otro lado, si la propia ley penal la más gravosa desde el punto de vista de la afectación de los derechos individuales es la que señala un tiempo específico de duración de la pena, y permite además eliminarla de todos los registros públicos una vez cumplida ésta, con mayor razón los medios de comunicación social deben actuar en coherencia con la intención de proporcionar al penado la posibilidad de desarrollar una vida acorde con el respeto a sus garantías constitucionales una vez transcurrido el tiempo de condena, lo que necesariamente se debe extender, y con mayor razón, a su núcleo familiar, el que por lo demás no tiene responsabilidad alguna en los hechos condenados. Este es el

	sentido de todas las medidas de reinserción social a que apuntan las normas antes descritas.
--	--

Ficha N° 2

Tribunal	Corte Suprema
Rol	N° 21607 – 2014
Fecha	29 de octubre de 2014
Materia	Recurso de protección
Voto de Mayoría	Ministra María Eugenia Sandoval, Ministra Rosa Egnem, Ministro Pedro Pierry, Ministro Héctor Carreño y Ministro Rubén Ballesteros.
Voto Concurrente	-
Voto en Contra	-
Previsiones	-
Considerandos Relevantes	<p>4° Que el acto recurrido consiste en el correo electrónico que Carlos Bravo envió a distintas personas, entre éstas a la otra recurrida Claudia Pagano, que da cuenta de la audiencia de formalización del recurrente y de la circunstancia de haberse decretado su prisión preventiva por el Juzgado de Garantía por los delitos de abuso y violación de una menor, el que luego fue incorporado a un blog público por una tercera persona no recurrida en autos.</p> <p>Como consecuencia de lo anterior, señala el recurrente, el buscador de internet de Google, bajo su nombre y profesión evidencia esta información, sin que aparezca la información que por sentencia de 16 de enero de 2013 del Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar fue absuelto de todos los cargos imputados.</p> <p>8° Que la pretensión del recurrente se enmarca en el denominado Derecho al Olvido respecto del cual en nuestro país, a propósito del fallo de 13 de mayo de este año del Tribunal de la Unión Europea, se encuentra en tramitación un proyecto de ley para modificar el artículo 1o de la Ley No 19.628, en cuya</p>

	<p>fundamentación, entre otras consideraciones, se expresa que el derecho a eliminar datos de motores de búsqueda o sitios web, cuando ya han perdido su vigencia, cobra singular importancia cuando una persona es vinculada a una conducta delictual y posteriormente se comprueba su inocencia, no obstante lo cual se mantiene su nombre en dichas publicaciones.</p> <p>Atendido, como ya se expresó, que no han sido recurridos la o las empresas responsables de los motores de búsqueda, no es pertinente efectuar el análisis correspondiente para determinar si bajo la actual legislación el recurrente gozaría o no del derecho de obtener la eliminación del antecedente de autos.</p>
--	---

Ficha N° 3

Tribunal	Tribunal Constitucional
Rol	N° 2535 – 13 INA
Fecha	30 de octubre 2014
Materia	Requerimiento de inaplicabilidad
Voto de Mayoría	Ministro Carlos Carmona, Ministro Raúl Bertelsen, Ministro Hernán Vodanovic, Ministro Francisco Fernández, Ministro Iván Aróstica, Ministro Gonzalo García, Ministro Domingo Hernández y la Ministra María Luisa Brahm
Voto Concurrente	Ministro Juan José Romero
Voto en Contra	-
Previsiones	<p>1° Que, para resolver una cuestión de inaplicabilidad, es atribución de este Tribunal, según lo dispone el inciso undécimo, de artículo 93, de la Constitución Política de la República, verificar, entre otros factores, “que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto”;</p> <p>2° Que, por su naturaleza, “la declaración de admisibilidad de una cuestión de inaplicabilidad tiene un carácter preliminar o provisional y se subordina a lo que, después del período de discusión, se resuelva en la sentencia definitiva, una vez que el tribunal cuente con todos los antecedentes necesarios para resolver el asunto” (STC, Rol N° 2319, considerando 5°);</p> <p>3° Que el artículo 39, inciso segundo, de la Ley N° 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, que se ha impugnado, no puede recibir aplicación en la gestión pendiente por las siguientes razones: En primer lugar, dicho artículo no ha sido invocado en la querrela de manera principal, sino sólo accesoria o accidentalmente.</p> <p>En segundo lugar, no existe imputación alguna a</p>

	<p>comportamiento ilícito por parte de terceros respecto de los cuales se pueda atribuir por extensión (por la vía del artículo impugnado) la autoría del delito de injurias graves con publicidad.</p> <p>Y, en tercer lugar, los requirentes han sido objeto de una querrela como autores del delito de injurias graves con publicidad en virtud de las normas generales de autoría del Código Penal (artículo 15) y no de la norma especial de atribución del artículo 39, inciso segundo, objeto de impugnación. En este caso, la eventual actuación deplorada por la sociedad no es la infracción al deber de cuidado periodístico (sea culposo o doloso), sino, directamente, las expresiones proferidas y acciones ejecutadas en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona (artículo 416 del Código Penal), con las características de gravedad indicadas en el artículo 417 del Código Penal, realizadas por escrito y con publicidad (artículo 418 del Código Penal).</p>
--	---

<p>Considerandos Relevantes</p>	<p>10° Que estas funciones que se le reconocen al director del medio nada tienen que ver con la proscripción de la censura previa, establecida en el artículo 19, N° 12°, de la Carta Fundamental. Para despejar lo anterior, basta entender que el director forma parte del medio a través del cual se informa, integra su estructura, razón por la cual el control que desempeña es interno y no externo, es decir, lo que en definitiva informa el medio de comunicación - lo que ve la luz pública - es algo que se determina no por una autoridad, órgano o ente externo o ajeno al medio que informa, sino que la decisión se adopta al interior del mismo. Es decir, autónomamente por el medio y no de manera impuesta o heterónoma.</p> <p>Por el contrario, el rol del director del medio guarda coherencia con lo prescrito por el artículo 19, N° 12°, constitucional, en el sentido de que si bien no existe censura previa, el ejercicio de dichas libertades no es un acto incontrolado ni indiferente, que no genere consecuencias o que no pueda comprometer otras garantías. Es la propia Constitución la que, a la par de proscribir la censura previa, establece que aquel ejercicio puede traer aparejada responsabilidad penal, por los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de las libertades de emitir opinión y la de informar, ello en conformidad a la ley.</p> <p>Así, en relación a la garantía del N° 12° del artículo 19 constitucional, se ha afirmado que “estos derechos se ejercen, conforme a la norma constitucional en estudio, sin censura previa, lo que constituye la médula de la garantía. Ninguna autoridad puede decidir, anticipadamente, sobre qué puede opinarse y qué no puede opinarse y cuáles manifestaciones del intelecto humano pueden ser conocidas y esparcidas en el medio social y a cuáles les está vedado este proceso. Pero el necesario equilibrio entre el derecho que se ejerce y los deberes correlativos que dignifican</p>
--	--

dicho ejercicio hace indispensable que el ordenamiento jurídico, cautelando otros bienes jurídicos, haya establecido que la práctica de estas libertades lleva consigo la exigencia de RESPONSABILIDAD. Por ello, quienes al opinar, informar, comunicar, difundir ideas, noticias, imágenes, en cualquier forma, por cualquier medio, actual o futuro, cometan delitos o incurran en abusos, deben afrontar las consecuencias penales y civiles que la ley especial establezca” (Evans De la Cuadra, Enrique (2004). Los Derechos Constitucionales (Tomo II). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 20).

De todo lo dicho anteriormente se puede colegir que no obstante que los medios de comunicación son libres y respecto de ellos no hay censura previa, tienen responsabilidades, en la medida que pueden vulnerar la honra o la intimidad de las personas, puesto que divulgan informaciones y noticias, y opinan sobre ellas, pudiendo contener afirmaciones injuriosas, inexactas o que invaden la privacidad de las personas, afectando garantías de que éstas son titulares.

En este esquema, sin censura y con responsabilidad, el director del medio está llamado a cumplir un rol relevante, que supone el derecho y el deber de controlar lo que se informa o publica por el medio que dirige, a fin de compatibilizar la libertad de expresión con los otros derechos comprometidos. No por nada se ha afirmado que el precepto que ahora se cuestiona lo “ubica al director en posición de garante de la honra de quienes fueren referidos o aludidos en su medio de difusión” (Corte Suprema, sentencia Rol N° 4394-2012), lo que supone, según ha afirmado la doctrina, “que éste [el director] debe conciliar el derecho a la libertad de expresión con el derecho a la honra aludido” (Figueroa Ossa, Ulda Omar. Delito de injurias y responsabilidad penal del director del medio de comunicación donde se publican. Revista

Chilena de Derecho y Ciencias Penales, Vol. II (2013), N° 2, p. 122);

20° En cuanto al delito de injuria, por el cual han sido querellados los requirentes, se observa que el legislador de la Ley N° 19.733 dictó una serie de reglas especiales, pero sin establecer un régimen separado o distinto al del Código Penal, al menos en cuanto a lo esencial. Así queda de manifiesto de la lectura del artículo 29 de la Ley N° 19.733, en cuanto prescribe que “los delitos de calumnia e injuria cometidos a través de cualquier medio de comunicación social, serán sancionados con las penas corporales señaladas en los artículos 413, 418, inciso primero, y 419 del Código Penal, y con multas de veinte a ciento cincuenta unidades tributarias mensuales en los casos del N° 1 del artículo 413 y del artículo 418; de veinte a cien unidades tributarias mensuales en el caso del N° 2 del artículo 413 y de veinte a cincuenta unidades tributarias mensuales en el caso del artículo 419”.

En esta parte, salvo por la penalidad asignada a las conductas, la Ley N° 19.733 no establece un tipo distinto o separado, respecto de la injuria y la calumnia, a los del Código Penal. Eso sí, se puede observar que la dictación de la Ley N° 19.733 importó una evolución de la penalidad aplicable a los delitos de injuria y calumnia, toda vez que si bien mantiene el régimen de penas corporales contenido en el Código Penal, produce un aumento en la entidad de las multas aplicables, cuestión que puede ser leída como una valoración reciente (la ley se publicó el 2001) de la gravedad que reviste el empleo de medios de comunicación en la comisión de aquellos delitos contra el honor.

Sin embargo, existen algunas normas propiamente penales que inciden en el régimen de la injuria. Así, por ejemplo, el inciso

segundo del artículo 29, que prescribe que “no constituyen injurias las apreciaciones personales que se formulen en comentarios especializados de crítica política, literaria, histórica, artística, científica, técnica y deportiva, salvo que su tenor pusiere de manifiesto el propósito de injuriar, además del de criticar”. Otro tanto ocurre con el artículo 30, relativo a la prueba de la verdad (*exceptio veritatis*) respecto del delito de injurias, cuando éste ha sido cometido a través de un medio de comunicación social. Y así también ocurre con otros preceptos de la misma ley.

Entonces, la determinación de si una conducta constituye o no injuria se basa, en primer lugar, en las normas generales del Código Penal, debiendo además tenerse presentes, para el efecto de dar por establecida la responsabilidad, las normas especiales que al efecto contiene la Ley N° 19.733, como lo son, por ejemplo, el inciso segundo del artículo 29 y el artículo 30 de la misma. La Ley N° 19.733, penalmente, no se basta a sí misma.

