



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Depto. Derecho Procesal

DERECHO AL OLVIDO ANTE LOS SERVICIOS DE BÚSQUEDA EN INTERNET

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

CAMILO DEL FIERRO ACEVEDO

PROFESOR GUÍA:
ALBERTO CERDA SILVA

2018

TABLA DE CONTENIDOS

I. INTRODUCCIÓN	1
II. EJERCICIO DEL DERECHO AL OLVIDO ANTE LOS SERVICIOS DE BÚSQUEDA EN INTERNET	11
a. LA RELEVANCIA DE ESTABLECER EL MARCO CONCEPTUAL DEL DERECHO AL OLVIDO.....	11
b. DERECHO AL OLVIDO.....	14
c. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO AL OLVIDO	26
d. DERECHO AL OLVIDO EN EL REGLAMENTO EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS.	29
e. ÁMBITOS DE APLICACIÓN MATERIAL DEL DERECHO AL OLVIDO	33
i. MOTORES DE BÚSQUEDA.....	33
ii. REDES SOCIALES	40
f. DERECHO AL OLVIDO COMO MEDIO DE PROTECCIÓN A LA INTIMIDAD.	43
g. EL DERECHO AL OLVIDO COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.....	51
h. PONDERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES	61
i. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO.....	68
III. DERECHO AL OLVIDO EN LATINOAMÉRICA.	71
a. PERÚ	72
b. MÉXICO	79
c. COLOMBIA	84

d. NICARAGUA	92
e. COSTA RICA	93
f. ARGENTINA	94
g. BREVE RESUMEN DEL DERECHO AL OLVIDO EN LA REGIÓN	98

IV. DERECHO AL OLVIDO Y LA LEY N° 19.628 SOBRE PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA..... 103

a. LEY N° 19.628 SOBRE PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA Y LOS MOTORES DE BÚSQUEDA.	103
b. LOS DERECHOS DE LOS TITULARES DE DATOS EN CHILE.	106
c. EL PRINCIPIO DE FINALIDAD DEL TRATAMIENTO DE DATOS EN LA LEY N° 19.628 Y EL DERECHO AL OLVIDO.	112
d. PROCEDIMIENTOS POR LOS QUE PODRÍA EJERCERSE EL DERECHO AL OLVIDO EN CHILE.	115
i. HABEAS DATA.....	115
ii. RECURSO DE PROTECCIÓN.....	119
e. DERECHO AL OLVIDO EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA	122
i. JORGE ABBOTT CHARME CONTRA GOOGLE Y PÁGINAS WEB CHILENAS (2012).	123
ii. GRAZIANI LE-FORT ALDO CON EMPRESA EL MERCURIO S.A.P. (2016).	126
iii. VILA CON EMPRESA PERIODÍSTICA LA TERCERA S.A. (2017).	133
iv. ANA SILVA UMAÑA Y OTROS CON DIARIO RED DIGITAL Y OTROS (2017).	137
v. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA CHILENA EN MATERIA DE DERECHO AL OLVIDO.....	140
f. FUTURO DE LA LEY N° 19.628 SOBRE PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA.....	143
g. ACERCA DE LA NECESIDAD DE CONSAGRAR EXPRESAMENTE EL DERECHO AL OLVIDO EN CHILE	147

V. CONCLUSIONES.....	155
BIBLIOGRAFÍA.....	159
JURISPRUDENCIA.....	162
LEGISLACIÓN.....	164
PROYECTOS DE LEY.....	166

ABREVIACIONES

CADH Convención Americana Sobre Derechos Humanos

AEPD Agencia Española de Protección de Datos

TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea

LPVP Ley de Protección de la Vida Privada N° 19.628

ARCO Derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición

DGPDP Dirección General de Protección de Datos Peruana

IFAI Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos
(México)

RESUMEN

La presente investigación tiene por objeto determinar que debemos entender por el Derecho al Olvido ejercido ante los servicios de búsqueda de Internet, de acuerdo a la doctrina emanada del fallo Google España, y como este nuevo derecho ha influido en Europa, Chile y el resto de Latinoamérica, para finalmente entregar nuestra opinión acerca de la necesidad de la consagración expresa de este derecho. En el capítulo I introductorio justificaremos la relevancia de la presente investigación, para luego, en el capítulo II, definir en nuestros términos qué es el Derecho al Olvido, su ámbito de aplicación jurídica, y los bienes jurídicos en juego al momento de ponderar. En el capítulo III recopilamos y analizamos las soluciones judiciales en torno al Derecho al Olvido en el contexto latinoamericano, que desde una perspectiva regional permiten aportar nuevas visiones para entender este derecho y sus implicancias prácticas. Finalmente, en el capítulo IV nos enfocaremos en el estudio de la ley de protección de datos y jurisprudencia chilena en materia de Derecho al Olvido. Finalmente, en la sección V expondremos nuestra conclusión acerca de la necesidad de establecer expresamente el Derecho al Olvido en Chile.

I. INTRODUCCIÓN

El creciente interés por el Derecho al Olvido en el mundo de Internet surge a raíz del denominado caso “Google España” (Google España SL y Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González, 2014), también conocido como “Caso Costeja”, procedimiento enmarcado en la legislación de tratamiento de datos personales española, llevado originalmente ante la Agencia Española de Protección de Datos Personales, en adelante AEPD, por el abogado Mario Costeja, en contra de Google Inc., Google España y el periódico “La Vanguardia”.

El conflicto se originó cuando el recurrente descubrió que al buscar su nombre en Google, éste aparecía vinculado a un aviso de remate por deudas, publicado en 1998 en la versión impresa del diario “La Vanguardia”. Este documento, tras un proceso masivo de digitalización de las versiones impresas del diario, se encontraba ahora disponible en Internet y asociado al nombre del requirente en los motores de búsqueda de Google. Para el recurrente, la republicación de estos hechos afectaba negativamente sus posibilidades de concretar nuevos negocios, así como su fama profesional, argumentando que por el transcurso del tiempo, la información había dejado de ser relevante, al

mismo tiempo que se encontraba desactualizada e incompleta, puesto que una vez publicado el aviso de remate se pagó la deuda en cuestión. En consecuencia, el señor Costeja estimó que se trataba de un perjuicio sólo salvable con la limitación del acceso a dicha información por parte del diario y del servicio de búsqueda de Internet, dados los desproporcionados efectos negativos que se producía en su intimidad.

La complejidad del asunto recae en que el aviso de remate comunicaba información veraz, y su publicación se hizo en cumplimiento de los requisitos legales de publicidad que exigen los procedimientos de remate, además, la publicación se realizó en un periódico, por lo que dicha publicación se encontraría protegida por el derecho a la libertad de prensa, de expresión y de informar. Por ello, el recurrente ejerció el derecho de cancelación de datos no sólo contra el periódico, sino que también en contra del servicio de búsqueda de Google. Este servicio sería el responsable del tratamiento público de sus datos personales, al indexar y asociar su nombre al aviso de remate, dándole visibilidad y acceso masivo, en su rol de puerta principal de búsqueda y acceso a los sitios web.

En definitiva la AEPD estimo procedente el requerimiento de cancelación en relación a Google, desestimándolo respecto de “La Vanguardia” (Agencia Española de Protección de Datos, 898/2010). Ante esta resolución

administrativa de la agencia, Google España y Google inc. apelaron ante la Audiencia Nacional Española (Google España SL y Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González, 2014). La audiencia Nacional Española es el tribunal que resuelve -entre otros asuntos bajo su conocimiento- de los recursos contra las resoluciones de autoridad administrativas, en este caso, la AEPD.

En el marco de este proceso de apelación, la Audiencia Nacional Española levantó una serie de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en adelante TJUE, consultando si es que es posible considerar a los servicios de búsqueda de Internet, en el cumplimiento de sus funciones de búsqueda, como responsables del tratamiento de datos. La Audiencia Nacional va un paso más allá y consultando si, en caso de ser afirmativa la respuesta anterior, sería posible ordenar la cancelación u oposición al tratamiento de ciertos resultados de búsqueda asociados a un nombre, aun cuando se trate de hechos verídicos, en la medida que esta publicación le ocasione algún perjuicio al titular de los datos.

El TJUE se pronunció en concordancia con la resolución original de la AEPD, indicando que efectivamente los buscadores pueden ser considerados responsables del tratamiento de datos personales, puesto que:

“el gestor de un motor de búsqueda <<recoge>> tales datos que <<extrae>>, <<registra>> y <<organiza>> posteriormente en el marco de programas de indexación, <<conserva>> en sus servidores y, en su caso <<comunica>> y <<facilita el acceso>> a sus usuarios en forma de listas de resultados de búsqueda” (Google España SL y Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González, 2014).

Asimismo, declaró que es posible eliminar ciertos resultados de una búsqueda asociada a un nombre, cuando no existan razones concretas que establezcan un interés preponderante del público de tener acceso a la información arrojada en la búsqueda, lo que se deberá acreditar en el proceso correspondiente.

Si bien el caso Google España se enmarca dentro de la legislación europea de protección de datos personales, contiene como conflicto subyacente la permanente tensión que existe entre las libertades de expresión y de informar de quienes comunican determinada información a través de Internet; la autodeterminación informativa, intimidad y libertades individuales en general del sujeto titular de los datos, derechos que se pueden ver restringidos con la publicación de sus datos personales en Internet; así como la libertad de emprender y de ejercer actividades lícitas de los motores de búsqueda; y finalmente debemos incluir en el análisis a los usuarios de los servicios de búsqueda de Internet, quienes ven limitado su garantía de acceso a la

información. Este conflicto de garantías fundamentales lo desarrollaremos con mayor profundidad en la sección II siguiente.

En opinión de Emilio Suñé Llinás (2002), autor español, quien se ha dedicado a investigar la informática y sus efectos jurídicos, el avance de la informática produce:

“una importante tensión entre dos grandes valores: libertad de información y protección de la intimidad y demás derechos y libertades fundamentales frente a ella, sobre todo cuando se dispone de datos muy abundantes sobre las personas, gracias a los sistemas informáticos, y se emplean a fondo las posibilidades que éstos dan, en cuanto a interconexión de ficheros (pág. 16).

Es tal el avance experimentado por las tecnologías que “la informática ha devenido el símbolo emblemático de nuestra cultura, hasta el punto de que para designar el marco de nuestra convivencia se alude reiteradamente a expresiones tales como la ‘sociedad de la información’, o a la ‘sociedad informatizada’ ” (Pérez Luño, 2006, pág. 31).

Estos cambios tecnológicos y sociales han alterado incluso el concepto antropológico que como sociedad tenemos sobre el olvido, ya que “desde el principio de los tiempos, para nosotros los humanos, olvidar ha sido la norma y recordar la excepción. Sin embargo, debido a la tecnología digital y las redes globales, este balance ha variado. Hoy, con la ayuda de la tecnología, olvidar se

ha vuelto la excepción, y recordar la configuración por defecto” (Mayer-Schönberger, 2009, pág. 15). En consecuencia, no resulta extraño que se haya denominado como “Derecho al Olvido” a aquel derecho que permite eliminar ciertos resultados desde los motores de búsqueda, emulando de cierta manera la capacidad humana de olvidar.

Todas estas constantes mejoras en las capacidades de almacenamiento de información no son negativas per sé, al contrario, permiten a los individuos y a la sociedad contrarrestar el olvido humano, permitiéndonos recordar mejor eventos relevantes en nuestras vidas. Para las compañías y la economía en general también resulta beneficioso, toda vez que permite que los conocimientos de cómo se producen y venden los productos se transmita de forma más exacta entre sus trabajadores. Finalmente, debemos recordar que los recursos económicos son limitados, y una mejora en el almacenamiento y procesamiento de la información permite a los productores predecir las demandas futuras y optimizar el uso de recursos, que en definitiva implica una mejora para la sociedad en general (Mayer-Schönberger, 2009, pág. 15).

Sin embargos, los avances en la tecnologías de la información conllevan graves riesgos para la protección de nuestra intimidad, nuestros datos personales y libertades en general. Para el autor español Pablo Murillo de la Cueva (1993), especialista en derecho constitucional, existe un latente riesgo

de que “mediante el tratamiento informático de datos personales obtenidos de fuentes públicas o de cualquier modo lícito para una determinada finalidad, se infieran otros que, al descontextualizarse, ofrezcan una visión parcial o inexacta de un individuo que, evidentemente, puede perjudicarlo” (pág. 18).

En palabras del jurista y filósofo español Enrique Pérez Luño (2006), esta intromisión de la informática en las esferas íntimas o privadas de las personas, tendría efectos no sólo en la intimidad, sino que en otras garantías fundamentales:

“Esta proyección de los efectos del uso de la informática sobre la identidad y dignidad humanas, incide también en el disfrute de los valores de la libertad y de la igualdad. La libertad, en las sociedades más avanzadas, se halla acechada por el empleo de técnicas informáticas de control individual y colectivo que comprometen o erosionan gravemente su práctica. Contemporáneamente se produce una agresión a la igualdad, más implacable que en cualquier otro período histórico, desde el momento en que se desarrolla una profunda disparidad entre quienes poseen, o tienen acceso, al poder informático y quienes se hallan marginados de su disfrute” (pág. 31).

Como podemos observar, las consecuencias de los avances tecnológicos en la esfera íntima de las personas son materia de extrema complejidad, y no pueden ni deben ser analizadas en una simple dimensión de costos y beneficios. Esta nueva realidad impone la necesidad de modificar la forma en que se estudian las libertades humanas. Para Pérez Luño (2006) “se trata de lograr que los desarrollos tecnológicos no menoscaben ni se alcancen a costa

de libertades cívicas. Por ello, las reflexiones interdisciplinarias tendientes a establecer un diálogo fluido entre el universo tecnológico y la esfera de los derechos de los ciudadanos se han hecho cada vez más perentorias” (pág. 87).

En el contexto actual de creciente conflicto entre garantías y libertades fundamentales provocado por los avances de la informática en todos los ámbitos de la sociedad, la presente investigación tiene por objeto argumentar en favor de la consagración expresa del Derecho al Olvido en Chile, como forma de solución ante el mencionado conflicto en el ámbito de los servicios de búsqueda. Tras esta primera sección introductoria, el capítulo II busca establecer qué debemos entender por Derecho al Olvido desde la perspectiva del caso Google España y lo que a partir de dicho fallo se ha escrito acerca de este derecho; asimismo esta sección pretende definir el ámbito de aplicación de este derecho, determinar el conflicto subyacente de derechos fundamentales que busca resolver y de qué manera la ponderación de derechos permite llegar a una conclusión equilibrada para la consagración del Derecho al Olvido. En el capítulo III nos enfocamos en el análisis de la jurisprudencia relativa al Derecho al Olvido en el contexto Latinoamericano, la que permite aportar desde una perspectiva regional nuevas visiones para entender este derecho y sus implicancias prácticas. A continuación, el capítulo IV intenta establecer un marco conceptual para entender el Derecho al Olvido desde la perspectiva del derecho chileno, fundamentalmente mediante el estudio de la legislación de

protección de datos, así como la jurisprudencia nacional relativa al Derecho al Olvido; para finalmente dar paso a las conclusiones acerca de la necesidad de establecer un derecho al olvido expresamente en la legislación chilena de protección de datos.

II. EJERCICIO DEL DERECHO AL OLVIDO ANTE LOS SERVICIOS DE BÚSQUEDA EN INTERNET

a. LA RELEVANCIA DE ESTABLECER EL MARCO CONCEPTUAL DEL DERECHO AL OLVIDO

El objetivo de esta primera parte de la investigación es establecer un marco conceptual respecto del alcance del Derecho al Olvido según se ha entendido a partir del caso “Google España” en Europa. Asimismo, analizaremos cuáles son los bienes jurídicos en juego cuando hablamos de este derecho y como el Derecho al olvido busca equilibrar dichos bienes, quienes son los sujetos involucrados, así como su ámbito de aplicación material.

Intentamos plantear este marco conceptual en un lenguaje común a las tradiciones europea, chilena y del resto de Latinoamérica en materia de protección de datos, lo cual resulta necesario para este trabajo por al menos dos motivos: en primer lugar, el Derecho al Olvido surge en el contexto de Internet, la red de redes de alcance global, que en consecuencia traspasa las fronteras jurisdiccionales tradicionales, por ello, la forma en que se regula el

Derecho al Olvido en Europa no le es indiferente a aquellos que habitan fuera de la Unión Europea. No sólo a los habitantes comunitarios se les verá limitado su acceso a un sitio web desindexado, puesto que cualquier persona que intente buscar información del titular de datos, desde cualquier país del mundo, podría ver limitado su acceso a la información.

Incluso, el responsable del vínculo desindexado –quien verá limitado su derecho a la libre expresión de ideas- puede estar domiciliado en un país extracomunitario. Igualmente, los motores de búsqueda, ejerciendo la autorregulación, podrían poner a disposición de sus usuarios en todo el mundo los formularios que actualmente se encuentran a disposición de los habitantes europeos para solicitar el Derecho al Olvido, anteponiéndose a posibles cambios legislativos en países fuera de la unión Europea. Por estos motivos, se requiere un marco conceptual claro que nos permita entender fuera de la fronteras de Europa como este derecho puede afectar a los usuarios de Internet.

Una segunda razón por la cual resulta relevante establecer un marco conceptual del Derecho al Olvido basado en el caso “Google España” comprensible desde el punto de vista de la legislación chilena y del resto de países de la región, es que en la actualidad parece no haber consenso doctrinal respecto del ámbito de aplicación de este derecho, ni de las medidas técnicas

por medio de las cuales se ejerce éste. Por ejemplo, para Ana María Muñoz Massouh (2015) el Derecho al Olvido es “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, desindexación 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.”(pág. 216). Mientras que Corral Talciani (2017) define el Derecho al Olvido en Internet como aquel que “permite exigir que las diversas plataformas de la web eliminen información del pasado de alguna persona que, aunque siendo veraz y legítimamente obtenida, se considera que, tras el transcurso de un tiempo, ha devenido en inútil para el público y perjudicial para el interesado” (pág. 49), y agrega que “se presenta el problema de si la persona afectada puede ejercer el derecho al olvido no sólo de la fuente directa en la que aparece la noticia en internet, sino de los resultados que se obtengan de las búsquedas de los motores que enlazan dichas fuentes al nombre de una persona” (pág. 49).

Si bien ambos autores comparten el factor tiempo como parte fundamental de sus definiciones, ambos difieren acerca de si el Derecho al Olvido es aplicable o no a los motores de búsqueda. Mientras que para Ana María Muñoz

este derecho tendría a los motores de búsqueda como principal sujeto pasivo, para Corral Talciani es discutible si este derecho es aplicable a dichos motores. Este mismo debate sobre si el Derecho al Olvido es aplicable a los motores de búsqueda se ve reflejado en la jurisprudencia chilena, lo que analizaremos con mayor profundidad en el capítulo IV.

En definitiva, en este capítulo esperamos aportar con una definición y un marco conceptual del Derecho al Olvido que sea común a Chile y demás legislaciones de Latinoamérica y Europa, que sea un aporte a la discusión acerca de la naturaleza de este derecho, utilizando para ello la terminología común en las legislaciones de protección de datos. Para ello nos basaremos fundamentalmente en la jurisprudencia del caso Google España que le da origen a este derecho, así como todo lo que se ha escrito posteriormente a partir de este fallo.

b. DERECHO AL OLVIDO

Como adelantábamos en la Introducción de este trabajo, el Derecho al Olvido tiene sus orígenes en la causa de protección de datos personales conocida como el caso “Google España” o “caso Costeja”, en el cual el abogado Mario Costeja ejerció sus derechos de cancelación y oposición al tratamiento de sus datos personales en contra del servicio de búsqueda Google y el diario “La

Vanguardia”. Google, tras ser condenado a respetar los derechos del recurrente, decidió apelar la resolución ante la Audiencia Nacional Española, basado en que el buscador se encuentra domiciliado fuera del territorio de la Unión Europea y que Google no realiza tratamiento de datos personales, toda vez que no decide los fines ni los medios del tratamiento de los datos personales realizado por los sitios web que arrojan sus resultados búsqueda. En consecuencia, no procedería el ejercicio de los derechos de cancelación y oposición en su contra.

La Audiencia Nacional Española, previo a resolver la apelación, decidió realizar una serie de consultas prejudiciales al Tribunal de Justicia Europeo: la primera cuestión prejudicial planteada, es si acaso sería posible considerar la oficina de Google en España como un “establecimiento” en los términos de la Directiva 95/46¹ de protección de datos personales, lo que le haría aplicable la mencionada Directiva; en la segunda cuestión prejudicial planteada, la Audiencia Nacional Española solicita al TJUE se pronuncie respecto de si es posible considerar a los responsables de los servicios de búsqueda de Internet como responsables del tratamiento de datos personales en los términos de la

¹ La Directiva 95/46 no define lo que se debe entender por “establecimiento”. El artículo 4º, nº1 establece que “Los Estados aplicarán las disposiciones nacionales que haya aprobado para la aplicación de la presente Directiva a todo tratamiento de datos personales cuando: a) el tratamiento sea efectuado en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento en el territorio del Estado miembro (...)”

Directiva 95/46²; y, finalmente, en caso de ser afirmativas las cuestiones previamente planteadas, si acaso el titular de los datos puede exigir a un servicio de búsqueda de Internet, mediante el ejercicio del derecho de cancelación y oposición, la desindexación de determinados vínculos con información relativa a su persona, publicadas en páginas web de terceros, cuando estime que le son perjudiciales, aunque dichos vínculos contengan información veraz.

En relación a la primera cuestión prejudicial levantada por la Audiencia Nacional, respecto de si acaso es posible considerar que Google cuenta con un “establecimiento” en los términos de la Directiva 95/46 que le haría territorialmente aplicable la ley de protección de datos, el TJUE dictaminó que:

“de la Directiva 95/46 debe interpretarse en el sentido que se lleva a cabo un tratamiento de datos personales en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable de dicho tratamiento en territorio de un Estado miembro, en el sentido de dicha disposición, cuando el gestor de un motor de búsqueda crea en el Estado miembro una sucursal o filial destinada a garantizar la promoción y la venta de espacios publicitarios propuestos por el mencionado motor y cuya actividad se dirige a los habitantes de este Estado miembro” (párrafo 60).

² Artículo 2°:

b) “tratamiento de datos personales” (“tratamiento”): cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción;

d) “responsable del tratamiento”: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que sólo o conjuntamente con otros determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales; (...).

De esta forma, el tribunal resolvió en contra de Google la primera de las cuestiones prejudiciales consultadas por la Audiencia Nacional Española, haciendo territorialmente aplicable la norma de protección de datos europea a Google España, toda vez que en el ejercicio de sus actividades económicas, dirigen sus servicios de marketing a habitantes de los estados miembros de la Unión Europea, además de contar con un establecimiento comercial en territorio español para dichos fines.

Respecto de la segunda cuestión prejudicial levantada por la Audiencia Nacional Española, respecto de si es posible que las actividades de los servicios de búsqueda pueden considerarse “tratamiento de datos personales”, y si, en el supuesto de responderse afirmativamente la pregunta, los servicios de búsqueda pueden considerarse “responsable” de dicho tratamiento. El TJUE, en un argumento que compartimos, declara a los motores de búsqueda como responsables del tratamiento de datos personales a la luz de la legislación comunitaria, puesto que:

“...al explorar Internet de manera automatizada, constante y sistemática en busca de información que allí se publica, el gestor de un motor de búsqueda <<recoge>> tales datos que <<extrae>>, <<registra>> y <<organiza>> posteriormente en el marco de programas de indexación, <<conserva>> en sus servidores y, en su caso <<comunica>> y <<facilita el acceso>> a sus usuarios en forma de listas de resultados de búsqueda. Ya que estas operaciones están recogidas de forma explícita e incondicional en el artículo 2, letra b), de la Directiva 85/46,

deben calificarse de <<tratamiento>> en el sentido de dicha disposición, sin que sea relevante que el gestor del motor de búsqueda también realice las mismas operaciones con otros tipos de información y no distinga entre éstos y los datos personales” (considerando 28).

Para el TJUE, la sola indexación de sitios web implica un tratamiento de datos personales, rechazando en consecuencia la tesis de la neutralidad en el tratamiento de datos invocada por los motores de búsqueda. En opinión del Grupo de Trabajo del Artículo 29 (2014), entidad que agrupa las agencias de protección de datos de la Unión Europea, el tratamiento o responsabilidad del motor de búsqueda en el tratamiento de datos es autónoma de la responsabilidad de los terceros responsables de los sitios web, pues “incluso cuando la publicación por la fuente original es lícita, la difusión y acceso universal de la información que entrega el servicio de búsqueda, en conjunto con toda otra información relativa a un individuo, puede ser considerada ilícita debido al desproporcionado impacto en la intimidad” (pág. 6). El efecto de agregación y difusión que generan los servicios de búsqueda en la prestación de sus servicios produce naturalmente consecuencias en la intimidad y protección de datos de las personas más severas que aquellas producidas por cada uno de los sitios web individualmente considerados.

Finalmente, el TJUE se pronuncia respecto si acaso el titular de los datos puede exigir a un servicio de búsqueda de Internet, mediante el ejercicio del derecho de cancelación y oposición, la desindexación de determinados

vínculos con información relativa a su persona, publicadas en páginas web de terceros, cuando estime que le son perjudiciales, aunque dichos vínculos contengan información veraz. En este punto, el TJUE resuelve que la aplicación del derecho de cancelación y oposición “está sometida al requisito de que el tratamiento de datos personales sea incompatible con la Directiva 95/64” y que dicha “incompatibilidad puede resultar no sólo de que los datos sean inexactos, sino en particular, de que sean inadecuados, no pertinentes y excesivos en relación con los fines del tratamiento, de que no estén actualizados o de que se conserven durante un período superior al necesario, a menos que se imponga su conservación por fines históricos, estadísticos o científicos” (considerando 92).

A partir del fallo de del TJUE, en relación con las cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Nacional Española, es que podemos definir el Derecho al Olvido como el derecho de los titulares de datos personales a exigir la cancelación u oposición al tratamiento de dichos datos realizado por los servicios de búsqueda de internet, cuando el tratamiento sea inadecuado, no pertinente o excesivo en relación con los fines del tratamiento y cuando los datos tratados no estén actualizados o se conserven durante un período superior al necesario; incluso cuando dicho tratamiento pudo ser lícito en su origen. En consecuencia:

- a) El Derecho al Olvido, en su dimensión legal, no es más que un caso práctico de aplicación de los derechos de cancelación y oposición³, reconocidos en la mayoría de las legislaciones modernas de protección de datos, los cuales permiten la eliminación o borrado de un dato personal en el caso del derecho de cancelación, y la limitación de acceso, en el caso del derecho de oposición. Desde la perspectiva técnica de los servicios de búsqueda, este derecho se ejerce mediante la disociación o desindexación del nombre del titular de datos respecto de determinado vínculo web, aunque nada obsta a la utilización de otras herramientas. Jamás el ejercicio del Derecho al Olvido debiera dar paso a la eliminación de la fuente original indexada y debiera ser posible ingresar a dicha fuente mediante términos de búsqueda distintos del nombre del titular de los datos.
- b) El nombre “Derecho al Olvido” es meramente de fantasía y puede llevar a confusión, pues no siempre se trata de eliminar información –ni menos que se olvide algo por alguien o por el Internet, que difícilmente podría olvidar-, sin embargo, por razones prácticas utilizaremos este nombre a lo largo de esta investigación, pues, a pesar de no ser el término más preciso, es el más utilizado en la actualidad para referirse a las facultades

³ Denominados respectivamente como eliminación y bloqueo por el artículo 12° de la Ley chilena N° 19.628 Sobre Protección de la Vida Privada.

de cancelación y oposición frente a los servicios o motores de búsqueda en el contexto digital.

- c) El Derecho al Olvido se encuentra fuertemente entrelazado con el principio de finalidad que debe respetar todo tratamiento de datos personales⁴. El fallo del TJUE establece que procederá el Derecho al Olvido “cuando el tratamiento sea inadecuado, no pertinente o excesivo en relación con los fines del tratamiento; que (los datos) no estén actualizados o de que se conserven (los datos) durante un período superior al necesario”.

De acuerdo al fallo del TJUE serían tres las situaciones que darían paso al Derecho al Olvido:

- (i) “Cuando el tratamiento sea inadecuado, no pertinente o excesivo en relación con los fines del tratamiento”: Por “inadecuado” entendemos aquel tratamiento de datos que no es apto para cumplir los fines del mismo, por “no pertinente”, aquel tratamiento no relacionado con los fines; y por “excesivo” aquel que si bien se relaciona con los fines del tratamiento, resulta desmedido en atención a la naturaleza de los fines.

⁴ En el caso de Chile, este se encuentran contenido en el artículo 9° de la Ley N° 19.628 Sobre la Protección de la Vida Privada.

(ii) “Que (los datos) no estén actualizados”: entendemos por no actualizados aquellos datos que ya no representan correctamente la realidad que buscan comunicar. En consecuencia, si la calidad de los datos disminuye debido a una modificación significativa de la realidad que los datos intentan representar, se entiende que ya no son aptos para cumplir con la finalidad del tratamiento de datos, motivo por el cual procedería el Derecho al Olvido.

(iii) “De que se conserven (los datos) durante un período superior al necesario”: Para que se justifique una limitación a la intimidad mediante el tratamiento de datos personales realizado por un servicio de búsqueda de Internet, se deberá dar cumplimiento al fin fundamental que justifica la transmisión libre de información: el fortalecimiento de la libertad de expresión, y la emisión y recepción de información útil para el debate cívico. En consecuencia, si debido al transcurso del tiempo y la consecuente pérdida de interés público en determinada información, ésta deja de ser útil para el debate cívico y podría en consecuencia ser objeto del Derecho al Olvido.

De ocurrir algunas de estas situaciones previstas por el TJUE, el tratamiento de los datos personales tiende a ceder ante el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos mediante el ejercicio del Derecho al Olvido.

Por su parte, en los casos en que se haya dado consentimiento expreso para el tratamiento de datos personales, la finalidad se debe limitar a las materias para las cuales se otorgó el consentimiento.

Finalmente, las excepciones que la doctrina, la jurisprudencia y el derecho comparado han impuesto para la procedencia del Derecho al Olvido se originan en la finalidad del tratamiento: casos en que exista un interés público actual; que la información trate sobre personajes públicos, especialmente si se vinculan al poder político; fines estadísticos, históricos o artísticos, todos casos en los que en virtud de la finalidad del tratamiento de datos no aplicaría este derecho;

- d) El Derecho al Olvido busca resolver un conflicto que involucra cuatro partes interesadas distintas. La novedad del Derecho al Olvido recae en que establece como responsable del tratamiento de datos a los motores de búsqueda, los que hasta hace poco eran considerados como entes neutrales frente al tratamiento de datos personales. Los motores de búsqueda, recaban e indexan sitios web pertenecientes a terceras personas, por lo que los motores de búsqueda no son los autores de los datos o vínculos indexados, no obstante lo cual, en sus funciones de indexación y comunicación de información realizan tratamiento de datos

personales. Asimismo, debemos incorporar en el análisis a los usuarios de los servicios de búsqueda, cuyo acceso a la información se ve limitado con el ejercicio del Derecho al Olvido.

Como ya hemos señalado anteriormente, en el caso del Derecho al Olvido, la cancelación u oposición al tratamiento de datos personales no se materializará mediante el borrado o supresión de dichos datos personales desde la fuente. Por regla general, será la desindexación el método de elección para el ejercicio del derecho de cancelación u oposición frente a los motores de búsqueda. La desindexación en relación con el Derecho al Olvido, tiene como efecto que ciertos sitios web no aparecerán en los resultados, cuando se realice una búsqueda utilizando el nombre del titular de datos que solicita la cancelación u oposición. Sin perjuicio de la desindexación, “el contenido en el sitio web fuente de la información sigue estando disponible y la información sigue siendo accesible mediante búsqueda en los motores de búsqueda utilizando términos distintos del nombre del titular de los datos” (Article 29 Data Protection Working Party, 2014, pág. 6).

No obstante ser la desindexación la medida reconocida en Europa para ejercer el Derecho al Olvido, nada obsta la aplicación de nuevas medidas para asegurar el “Olvido”, por ejemplo no sería descabellado pensar en la anonimización de los datos personales, o en la utilización de *robot.txt* o

metatags, ambas herramientas tecnológicas que permiten a los dueños de sitios web evitar que ciertas ubicaciones de sus dominios aparezcan en los resultados de los buscadores. Como veremos en la sección III de jurisprudencia, la Corte Constitucional Colombiana decidió que en la primera causa de Derecho al Olvido en Colombiana (Gloria contra casa Editorial el Tiempo, T-4296509, 2015) la utilización estas medidas por parte de la fuente, y no la desindexación por parte del buscador, por considerar que no sería este el responsable del tratamiento de datos personales. La elección entre estas diversas medidas dependerá de la valoración de los hechos por la autoridad administrativa o judicial que deba resolver el ejercicio del Derecho al Olvido, ya que estas medidas restringen con diversos grados de intensidad las libertades de expresión de los responsables del sitio web, así como el derecho de acceso a la información de los usuarios de Internet que utilizan los motores de búsqueda y el derecho a ejercer libremente una actividad económica lícita del responsable del motor de búsqueda.

La existencia de esta variedad de soluciones, demuestra que el Derecho al Olvido más que una mera herramienta de censura, se trata de una herramienta que permite equilibrar de mejor manera el derecho a la intimidad de las personas, así como la libertad de expresión y el derecho a la información de la sociedad, y el derecho a ejercer una actividad económica lícita de los servicios de búsqueda. Por ello, mediante el Derecho al Olvido jamás debiera borrarse el

sitio web fuente de los datos personales, pues lo que se intenta corregir es la hipervisibilidad que los motores de búsqueda dan a ciertos datos personales, que por lo demás no excluye el derecho del titular de los datos a intentar los derechos que le otorgan las leyes de protección de datos directamente frente a los responsables de un sitio web.

c. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO AL OLVIDO

Si bien el concepto de Derecho al Olvido es relativamente actual y se centra principalmente en el ámbito digital, podemos encontrar situaciones análogas –al menos en parte- a este derecho en la legislación comparada desde hace ya algunas décadas. La primera de estas situaciones la encontramos en las leyes de borrado de antecedentes penales por el Estado, y posteriormente en la caducidad de los antecedentes crediticios por las entidades privadas que se dedican a su tratamiento. Es más, el concepto de “Derecho al Olvido” proviene de la regulación francesa de borrado de antecedentes penales conocida con el nombre de *le droit à l’oubli* -que se traduce al español como derecho al olvido- la cual permite a los criminales convictos oponerse a la publicación de los hechos concernientes a su condena y encarcelamiento (Rosen, 2012).

Otra área donde se ha dado un conflicto similar al del Derecho al Olvido, pero que hoy se encuentra expresamente regulado tanto en Derecho

comparado como en Chile, es el ámbito de los informes crediticios. La primera norma en tratar el borrado de los antecedentes crediticios fue la Fair Credit Reporting Act de 1970 en los Estados Unidos, que admite, ante ciertas situaciones, la eliminación de información crediticia desactualizada o caduca.

Ambas situaciones, la de los antecedentes penales y la de los informes crediticios, se asemejan al caso de los motores de búsqueda en que en todas estas materias el conflicto gira alrededor de una base de datos que no es la fuente original de la información, por lo que debe nutrirse con información obtenida de terceras fuentes: bancos, sitios web, poder judicial, entre otras posibles fuentes. Estas bases de datos facilitan el acceso masivo a perfiles estructurados de datos personales, información que sin la existencia de dichas bases de datos hubiera sido difícil de recabar, por lo que en su funcionamiento afectan la intimidad y la protección de los datos personales del titular de los mismos. Otro punto de semejanza es el hecho de que las mencionadas bases de datos prestan una utilidad social: dar a conocer las condenas; dar a conocer el comportamiento crediticio de las personas jurídicas o naturales; y dar acceso simplificado a los sitios web. Un último punto en común, es la existencia de una cuarta parte involucrada: los usuarios de dichas bases de datos, que utilizan la información en ellas contenidas para el cumplimiento de sus fines personales. Por ello, cuando las distintas jurisdicciones alrededor del mundo han decidido limitar en el tiempo el acceso a determinada información penal o crediticia, han

debido ponderar un conflicto de derechos fundamentales similar al contenido en el Derecho al Olvido.

No obstante las mencionadas semejanzas, el Derecho al Olvido posee características distintivas que emanan de su vínculo con Internet y el mundo digital. Internet cuenta entre sus características inherentes el facilitar el acceso a grandes cantidades de información a sus usuarios y la posibilidad de mantener dicha información disponible por un largo periodo de tiempo, todo esto a un muy bajo costo. Estas características, que aumentan exponencialmente con el paso del tiempo y el desarrollo tecnológico, han multiplicado el impacto que los medios de comunicación, las redes sociales y las bases de datos en general tienen en la esfera privada de las personas, al punto que la sociedad moderna ha sido llamada como la “sociedad de la información”. Datos que tradicionalmente se consideraron parte de la esfera privada, hoy gracias a las tecnologías de la información se encuentran en la esfera pública, poniendo en riesgo el derecho a la protección de datos y la intimidad de las personas. En palabras de Murillo de la Cueva (1990):

“de esta forma resulta que, normalmente, sin que medie advertencia alguna y, en consecuencia, sin que nos percatemos de ello, bien los poderes públicos, bien los sujetos privados, tienen –o pueden tener sin excesivo esfuerzo- conocimiento de amplias parcelas de nuestras vidas y utilizan esa información que de nosotros disponen en su beneficio, pero también de una manera que puede causarnos notorios daños” (pág. 18).

Por lo anterior, a diferencia de los antecedentes penales y crediticios, las categorías o tipos de datos que pueden ingresar al ámbito del Derecho al Olvido son ilimitadas. Asimismo, dada la naturaleza de los servicios de búsqueda y las partes involucradas cuando se habla del Derecho al Olvido, nos encontramos con que los bienes jurídicos que se protegen varían respecto de los bienes protegidos en los casos de los antecedentes penales y crediticios, en atención a la naturaleza de los datos tratados.

Asimismo, el borrado de antecedentes penales y crediticios se trata de soluciones ya expresamente reguladas en Chile y el resto del mundo, a diferencia de lo que sucede con el Derecho al Olvido ante los motores de búsqueda, que se trata de un derecho en desarrollo y que genera aun un intenso debate respecto de su naturaleza y necesidad.

d. DERECHO AL OLVIDO EN EL REGLAMENTO EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS

En Europa, tras todo el revuelo causado a partir del caso Google España, el nuevo Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo (2016) relativo a la protección de datos personales -en adelante referido como el Reglamento-, estableció en su artículo 17 el Derecho de Supresión, también denominado entre paréntesis como “Derecho al Olvido”. Debemos aclarar que

este Derecho de Supresión u Olvido no se refiere sólo a la hipótesis objeto de este estudio, vale decir, el derecho a cancelación u oposición al tratamiento de datos personales por parte de los motores de búsqueda. El Reglamento entró en vigencia el 25 de mayo de 2018, derogando a la Directiva 95/46.

Según el número 1° del artículo 17 del Reglamento 2016/679, “el interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes...”, acto seguido enumera los casos en que sería posible exigir la supresión, entre ellos:

- i) cuando los datos ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos;
- ii) el interesado retira su consentimiento;
- iii) cuando el interesado ejerza el derecho de Oposición;
- iv) los datos hayan sido tratados ilícitamente;
- v) los datos deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal;
- vi) cuando los datos hayan sido obtenidos en relación con la oferta de servicios.

En el mismo artículo número 3 se establecen las excepciones al derecho de supresión, entre las que se encuentran:

- a) el ejercicio de la libertad de expresión e información;

- b) el cumplimiento de una obligación legal,
- c) por razones de salud pública;
- d) por razones de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos; y
- e) para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

El Reglamento reconoce mediante el numeral i) del artículo N° 17 la fuerte vinculación entre finalidad y supresión u olvido, motivo por el cual el primer caso de procedencia de este derecho ocurre cuando el tratamiento de los datos ya no sea necesario en relación con los fines para los que fueron recogidos los datos. Asimismo, en el numeral ii), se reconoce el consentimiento como fundamento del tratamiento, por lo que una vez retirado éste, procede la supresión u olvido.

Este derecho a la supresión incorpora dentro de su esfera algunos casos del derecho de oposición y de cancelación consagrados en la Directiva 95/46/CE. Además, el derecho de cancelación desaparece con dicha denominación, pasando en su totalidad a ser parte del derecho de Supresión del Reglamento. A partir de la creación de este nuevo derecho de supresión u olvido, podemos concluir que en Europa el derecho al olvido o supresión –en los términos del nuevo Reglamento- no se vislumbra como un derecho nuevo ni autónomo, sino que más bien se trata de una nueva definición del alcance de los derechos de cancelación y oposición, en vinculación con el principio de finalidad (Angarita,

2017, pág. 201). Este nuevo concepto de supresión u olvido, como se quiera llamar, ayuda también desde un punto de vista semántico, pues los nombres de cancelación u oposición muy poco dicen a las personas no instruidas en la legislación de protección de datos respecto del alcance de sus derechos, mientras que los conceptos de supresión u olvido recuerdan la idea de eliminación, que en el contexto de Internet podemos asociar al borrado de cierto contenido que la persona asuma como lesivo para sus derechos.

La supresión u olvido del Reglamento reconoce expresamente que un tratamiento lícito en su origen, puede devenir en ilícito por haber cesado su utilidad para el cumplimiento de su finalidad original, o por ser revocado su consentimiento, o lisa y llanamente, por ser este ilícito en los términos del Reglamento. Esta transformación de apto a no apto para cumplir la finalidad puede deberse a un cambio en las circunstancias o hechos que informa el dato, a la disminución en la calidad del dato que lo hace no apto para cumplir la finalidad para la cual se comunica, o incluso el cumplimiento de un plazo para su tratamiento, todos hechos que se traducen en que el tratamiento de un dato ya no será necesario en relación con los fines para los cuales fue recogido.

En conclusión, el derecho de supresión u olvido consagrado en el Reglamento, si bien es el medio por el cual se deberá ejercer el Derecho al Olvido en los términos del caso Google España, no tiene un contenido idéntico,

pues incluye además las hipótesis anteriormente conocidas de cancelación - derecho que desaparece en el Reglamento- y algunas del derecho a oposición.

e. ÁMBITOS DE APLICACIÓN MATERIAL DEL DERECHO AL OLVIDO

i. MOTORES DE BÚSQUEDA

Los motores de búsqueda son los servicios web que indexan la información contenida en los distintos sitios web y que nos permite navegar por ellos con mayor facilidad, mediante búsquedas por palabras que arrojan una serie de resultados ordenados por relevancia determinada por medio de un algoritmo.

En términos económicos, el servicio que prestan los motores de búsqueda se define como un mercado bilateral, que son aquellos servicios en el cual una o varias plataformas permiten la interacción entre dos o más grupos de usuarios finales, e intentan que los dos o más partes se suban “a bordo” del servicio cobrando apropiadamente a ambas partes (Rochet, 2004, pág. 2). El primero de estos grupos de usuarios es el de aquellos que utiliza el motor de búsqueda, mientras que el segundo grupo corresponde a los comerciantes o prestadores de servicios que buscan publicitar sus productos y/o servicios en las páginas de los resultados de búsqueda de los usuarios. Dentro del modelo de negocios, el

rol que presta el buscador web gratuito es atraer a los usuarios a los que se les destinará la publicidad en las búsquedas, siendo este último servicio el que atrae el público para el marketing. En este modelo, el tratamiento de los datos personales es fundamental, ya que el motor de búsqueda al crear perfiles personalizados de sus usuarios y entregar información o datos personales, entrega un mejor servicio al mercado de los anunciantes para alcanzar su público objetivo.

Por regla general, todos los sitios web son rastreados por los servicios de búsqueda, sin embargo, existen herramientas que permiten a los dueños de los sitios decidir qué información del sitio será o no recopilada por las *arañas*, los programas que realizan el barrido de sitios web para los buscadores. Una de estas herramientas es el uso de *robots.txt*, un archivo que se pone a disposición de las arañas para indicarles que partes del dominio deben o no ser rastreadas por las arañas para ser incluidos en los resultados de búsqueda. Otra herramienta útil para evitar que determinado sitio sea mostrado en los resultados de los motores de búsqueda es el uso de los *metatags*, o mejor dicho, el no uso de *metatags*, ya que éstos son los códigos *HTML* que se ingresan en el sitio web y le indican a los buscadores los contenidos de los sitios web para ser mostrados en una búsqueda. Por ende, si el sitio no tiene *metatags* no aparecerá en los buscadores.

Utilizando sus funciones de búsqueda “los motores de búsqueda también pueden ser utilizados para encontrar datos personales en Internet. Además, a través de las búsquedas realizadas, los servidores de los motores de búsqueda tienen la posibilidad de establecer, a su vez, perfiles personales” (Suñé Llinás, 2002, pág. 197). Es esta posibilidad de establecer fácilmente un perfil personal lo que en definitiva pone en riesgo la intimidad y el derecho a la protección de datos de las personas ya que:

“cuando los términos de la búsqueda llevada a cabo en dicho motor se realiza en base al nombre de una persona, dado que el proceso permite a cualquier usuario de Internet obtener por medio de la lista de resultados una mirada estructurada de la información relativa a dicho individuo que puede ser encontrada en Internet –información que potencialmente concierne variados aspectos de la vida privada que, sin el motor de búsqueda, no habría sido posible interconectar o su interconexión hubiera sido muy difícil de realizar (...). Aun mas, el efecto de la interferencia en dichos derechos del titular de los datos es agravado si tomamos en cuenta el importante rol que juegan el Internet y los motores de búsqueda en la sociedad moderna, que transforma la información contenida en sus resultados en omnipresente” (Article 29 Data Protection Working Party, 2014, pág. 5)⁵.

En consecuencia, la comunicación de datos personales que realiza un servicio de búsqueda no es asimilable a la de un sitio web, ya que en el ejercicio de su actividad económica, el motor de búsqueda es capaz de entregar acceso masivo y estructurado a perfiles personales en los cuales se entrega la información contenida de entre todos los sitios webs publicados, lo que se

⁵ La traducción es propia.

agrava en consideración de la creciente penetración que el Internet tiene en el mundo.

Los motores de búsqueda son parte fundamental del desarrollo del Internet, puesto que permiten navegar fácilmente por las más de mil doscientas millones de páginas web existentes a la fecha. Solo en Google se realizan más de 4.000.000 millones de búsquedas diarias para acceder a los sitios web indexados⁶. Sin los buscadores simplemente resultaría imposible encontrar la información deseada por el usuario común de Internet, pero estas mismas estadísticas son las que generan alarma sobre el efecto de los motores de búsqueda en la intimidad y capacidad de control de la información sobre uno mismo, ya que muchos de estos sitios contienen datos personales.

Por su parte, los motores de búsqueda han sostenido recurrentemente en los procedimientos judiciales de Derecho al Olvido la postura contraria. Éstos “han reivindicado para sí el papel de ‘intermediarios neutrales’ entre los editores de las páginas web y los usuarios de la red, realizando únicamente una actividad técnica que favorece la accesibilidad y el hallazgo de contenidos” (Mieres, 2014, pág. 15). Según esta postura, los motores de búsqueda no serían responsables del tratamiento de datos personales, debiendo dirigirse los afectados a la página fuente de la información ante una solicitud de olvido. Esta

⁶ Según el sitio de estadísticas de Internet www.internetlivestats.com consultado 13.6.2017.

postura obvia completamente el hecho que los resultados que arrojan las búsquedas se encuentran entremezclados con publicidad, la cual es dirigida a los usuarios en virtud del perfilamiento que de cada uno de ellos realizan estas empresas. En otras palabras, omite completamente mencionar la verdadera naturaleza del negocio de los buscadores web.

En Europa, este debate fue zanjado por el fallo “Google España”, en el cual el TJUE estableció una interpretación de la Directiva 95/46/CE que otorga los derechos de cancelación y oposición de los titulares de datos frente a los motores de búsqueda. Es a partir de este fallo que la cuestión del Derecho al Olvido ha tomado un vuelo inesperado, principalmente dada la importancia de Google en la economía mundial, siendo la segunda compañía más grande del mundo según presencia bursátil al año 2017⁷.

A partir de dicho fallo, y según un estudio llevado a cabo por los mismos funcionarios de Google que han debido revisar manualmente cada una de las solicitudes de Derecho al Olvido realizadas a Google en Europa, cumpliendo con lo ordenado por el caso Google España (Bertram, y otros, 2017), entre la fecha del fallo en mayo de 2014 y el 31 de diciembre de 2017, el servicio de búsqueda recibió 399,779 solicitudes únicas para desindexar un total de 2.367.380 URL's. Tras el estudio procedencia de cada una de las solicitudes, un

⁷ Consultado en <http://economipedia.com/ranking/empresas-mas-grandes-del-mundo-2017.html> el 10 de enero de 2018.

43% de las URL's resultó desindexada al cumplir con los criterios impuestos por el fallo.

Finalmente, siguiendo la guía para la implementación del fallo Google España realizada por el Grupo del Artículo 29 (2014, págs. 13-20), los servicios de búsqueda responsables del tratamiento de datos personales, al resolver sobre la aplicabilidad del Derecho al Olvido, deberán utilizar las siguientes interrogantes como parámetros para determinar la procedencia o no del Derecho al Olvido, que permitan una aplicación concreta del mismo que resguarde el equilibrio entre la intimidad y la libertad de expresión. Estos mismos criterios deben ser utilizados por las agencias de protección de datos de cada estado miembro de la Unión Europea, cuando el Derecho al Olvido se resuelva por la vía administrativa.

Parámetro	Observaciones
¿Se relaciona el resultado de búsqueda con una persona natural? ¿El resultado de búsqueda aparece al realizarse la búsqueda con el nombre del titular de los datos?	El riesgo reconocido por el caso Google España es a las búsquedas por nombres o seudónimos del titular de los datos.
¿Juega el titular de los datos un rol en la vida pública? ¿Es el titular de los datos una figura pública?	Para determinar qué información es relevante para la vida pública, se propone preguntarse si la información en cuestión ayudaría a proteger a las personas de acciones impropias de carácter público o profesional. Serían figuras públicas, por ejemplo, los políticos, profesionales de

	actividades reguladas y empleados de alto rango de la administración pública.
¿Es el titular de datos menor de edad?	Se debe otorgar mayor protección a los menores de edad.
¿Es la información publicada precisa?	La información que incite a error o es imprecisa será más lesiva para el titular de los datos, y con mayor probabilidad deberá ser desindexada.
¿Es la información relevante y no excesiva?	Esto se determina según el interés general de tener acceso a la información. Asimismo, la relevancia se relaciona con la actualidad de la información.
¿Trata la información acerca de datos sensibles?	Los datos sensibles reciben mayor protección en las legislaciones de protección de datos, por lo que es más probable que proceda la desindexación.
¿Se encuentra actualizada la información? ¿Está siendo la información comunicada por más tiempo del necesario para el cumplimiento de la finalidad de su tratamiento?	Este criterio guarda relación con el cumplimiento de los principios de calidad y finalidad en el tratamiento de datos.
¿Produce el tratamiento de datos algún daño al titular de los datos? ¿Tiene el tratamiento de datos un efecto negativo desproporcionado en el titular de los datos?	Si bien no sería obligatorio probar el daño, en caso de existir pruebas de dicho daño, se considerará un factor relevante para la desindexación. Asimismo, se considerará que existe un impacto desproporcionado cuando, por ejemplo, la información trata sobre faltas o delitos de baja connotación social, y no existe mayor interés del público por conocer dicha información.
¿Conduce el resultado de búsqueda a información que pone al titular de los datos en riesgo?	Cierta información puede exponer al titular de los datos a acoso o violencia. Si el riesgo es relevante será un factor a considerar en favor de la desindexación.
¿En qué contexto se publicó la información? ¿Fue la información hecha pública	Este criterio guarda principalmente relación con el principio del consentimiento. Si el contenido requería de consentimiento y no

<p>voluntariamente por el titular? ¿Era su intención que el contenido fuera hecho público? ¿Pudo el titular de datos conocer que dicho contenido se haría público?</p>	<p>fue otorgado el sitio deber ser desindexado. Similar es el caso en que el titular si bien entregó su consentimiento, no tiene la posibilidad de revocarlo.</p>
<p>¿Fue el contenido original publicado con fines periodísticos?</p>	<p>La información publicada con fines periodísticos tiene mayor peso frente al Derecho al Olvido que la generalidad de los sitios web. Sin embargo, este factor por si solo no es suficiente motivo para denegar el Derecho al Olvido, puesto que el fallo Google España reconoce que la regulación de los medios de comunicación es distinta de la regulación de los motores de búsqueda.</p>
<p>¿Tiene quien publica la información poder legal u obligación legal de comunicar públicamente los datos personales del titular?</p>	<p>No procede la desindexación cuando permanezca la obligación legal de publicar los datos personales. Sin embargo, de acuerdo con el criterio de la relevancia y de la actualidad de la información, se podría decretar la desindexación.</p>

ii. REDES SOCIALES

El caso de las redes sociales difiere del caso de los motores de búsqueda en que gran parte de los datos personales de los usuarios tratados por dichas redes, es entregado voluntariamente por los titulares de dichos datos, aunque ello no obsta a que exista una gran cantidad de datos personales comunicados por terceras personas con o sin autorización del titular de los mismos. La entrega de los datos personales queda establecida en los “términos y condiciones de uso” de la red social, a los que los usuarios deben adherir antes

de crear su cuenta. Es usual ver en dichos términos y condiciones una cesión permanente de toda la información compartida en dicha red, la que a su vez será tratada sin mayores restricciones por las redes sociales. Sin embargo, “la mayoría de los potenciales usuarios carece de interés por leer las políticas de privacidad y condiciones de uso, debido a que las consideran extensas y de difícil comprensión” (Herrera Carpintero, 2016, pág. 98).

Ejemplificador es el caso de Facebook, que no contempla la opción de eliminar las cuenta personales y todos sus datos, comentarios, conversaciones en ella sostenida y recursos compartidos en dicha red social, permitiendo solo la desactivación temporal de la misma. Esta red social cuenta con más de 1.900.000.000 usuarios⁸, quienes han entregado sus datos personales de forma indefinida a la red social.

Ciertamente no podemos hablar de una intromisión ilegal al momento de que se sube información personal voluntariamente en redes sociales, si existe una limitación al derecho a la protección de datos desde el momento que no se nos permite eliminar dicha información compartida. Asimismo, creemos que existen una serie de situaciones en que las redes sociales cumplen un rol similar o análogo al de los motores de búsqueda, ya que dichas redes juegan un rol de intermediación entre usuarios que publican información y usuarios que la

⁸ Según el sitio www.internetlivestats.com al 12-06-2017

consumen. En las redes sociales es posible compartir noticias, creaciones personales, opiniones, ofertar productos y servicios, organizar grupos de discusión o intereses comunes, fotos, videos; en definitiva, la información que puede encontrarse en las redes sociales parece ser casi tan variada como la que se encuentra en los servicios de búsqueda. Incluso podemos encontrar en la mayoría de las redes sociales buscadores para navegar por dicha información. Muchas de estas interacciones contienen gran cantidad de datos personales, sin que necesariamente se haya dado el consentimiento para ello por parte del titular. En atención a lo anterior, se vislumbran argumentos de peso para establecer que las redes sociales realizan tratamiento de datos personales tal como un motor de búsqueda, y podrían ser sujetos pasivos de los derechos de cancelación u oposición en los mismo términos establecidos por la doctrina del caso Google España.

Respecto de la aplicación del Derecho al Olvido a servicios distintos a los servicio de búsqueda, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 establece “que el fallo (Google España) si bien se encuentra específicamente planteado respecto de los motores de búsqueda generalistas, no implica que no pueda ser aplicado a otros intermediarios. Los derechos podrán ser ejercidos siempre que se cumplan las condiciones planteadas en el fallo” (Article 29 Data Protection Working Party, 2014, pág. 8). En consecuencia, el Derecho al Olvido podría aplicarse no sólo a motores de búsqueda, sino que también a cualquier

intermediario que realice tratamiento de datos personales, pudiendo, en razón de lo expuesto, considerarse entre ellos a las redes sociales.

f. DERECHO AL OLVIDO COMO MEDIO DE PROTECCIÓN A LA INTIMIDAD

Al momento de estudiarse la posibilidad de consagrar el Derecho al Olvido en jurisdicciones fuera de Europa, se debe tener claridad respecto de que la solución que plantea el Derecho al Olvido frente al tratamiento de datos personales realizado por los motores de búsqueda, representa un nuevo límite a las garantías a la libertad de expresión y de informar de los comunicadores y prestadores de servicios de Internet; a la capacidad de emprender negocios lícitos de los servicios de búsqueda, así como al derecho de acceso a la información de los usuarios, con el objeto de otorgar un mayor ámbito de protección al derecho a la intimidad.

Esta colisión de derechos es típica del avance y penetración de las nuevas tecnologías en la vida de las personas. En opinión de Perez Luño (2006):

“En la situación tecnológica propia de la sociedad contemporánea todos los ciudadanos, desde su nacimiento, se hallan expuestos a violaciones de su intimidad perpetradas por determinados abusos de la informática y la telemática. La injerencia del ordenador en las diversas esferas y en el tejido de las relaciones que conforman la vida cotidiana se hace cada vez más extendida, más difusa, más implacable.

Esta proyección de los efectos del uso de la informática sobre la identidad y dignidad humanas, incide también en el disfrute de los valores de la libertad y de la igualdad. La libertad, en las sociedades más avanzadas, se halla acechada por el empleo de técnicas informáticas de control individual y colectivo que comprometen o erosionan gravemente su práctica. Contemporáneamente se produce una agresión a la igualdad, más implacable que en cualquier otro período histórico, desde el momento en que se desarrolla una profunda disparidad entre quienes poseen, o tiene acceso, al poder informático y quienes se hallan marginados de su disfrute (pág. 31).

En consecuencia, sería no sólo la intimidad o la protección de los datos personales los bienes jurídicos afectados por el avance de las nuevas tecnologías, sino que también se afectan todas las libertades y dignidad humana en general. Para Suñé Llinás (2002):

“existe una importante tensión entre dos grandes valores: libertad de información y protección de la intimidad y demás derechos y libertades fundamentales frente a ella, sobre todo cuando se dispone de datos muy abundantes sobre las personas, gracias a los sistemas informáticos, y se emplean a fondo las posibilidades que éstos dan, en cuanto a interconexión de ficheros (pág. 16)”.

Tanto Perez Luño como Suñé Llinás concuerdan en que el principal derecho afectado por el avance de las nuevas tecnologías de la información es el derecho a la intimidad, pero al mismo tiempo reconocen que como consecuencia de afectación, se ven afectados el resto de los derechos y libertades fundamentales de la persona, produciendo efectos negativos incluso sobre la identidad y dignidad humana.

Mayer-Schönberger (2009) agrega que las limitaciones a la intimidad producidas por el avance de las nuevas tecnologías producirá además una profundización de las desigualdades sociales y económicas:

“Mientras otros ganan acceso a nuestra información (especialmente cuando no se da el consentimiento para la recolección o no nos enteramos de ello), perdemos poder y control. Debido a la accesibilidad y durabilidad de la memoria digital, el poder de la información no solo se desplaza del individuo a la contraparte conocida, sino que también a terceras partes desconocidas. Esto solidifica y profundiza las existentes diferencias de poder entre los info-ricos y los info-pobres, y puede incluso denegarle a los individuos sus propias concepciones sobre su pasado. Igualmente problemática, es la creación de un clima de auto-censura a través de la percepción de un control panóptico que limita un debate robusto y abierto –los fundamentos de los gobiernos democráticos- no sólo en el presente, sino que también en el futuro distante” (69-70).

Como podemos ver, la pérdida del control sobre nuestra información personal afecta no sólo lo que se puede considerar dentro de la esfera de la intimidad o la privacidad, como se podría pensar, sino que afecta nuestros derechos y libertades en general. Mientras más información sobre nuestro pasado se encuentre disponible en línea, más podemos ver constreñidas nuestras libertades. Ante este uso descontrolado de nuestros datos personales en Internet, la pregunta que debemos hacernos es si acaso la garantía constitucional que protege el derecho a la intimidad permite fundar con bases

sólidas una debida protección de la persona ante el uso indiscriminado de sus datos personales.

La intimidad de las personas es un derecho humano protegido por los principales tratados internacionales en materia de derechos humanos. Por ejemplo, el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), establece que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, ni su familia, ni cualquier entidad, ni de ataques a su honra o su reputación. Toda persona tiene su derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

En el contexto americano, el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), en adelante la CADH, se expresa acerca de la intimidad en términos muy similares a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, estableciendo que “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”.

Como se puede observar, esta concepción de la intimidad como derecho humano se limita a establecer zonas libres de *injerencias* de terceras personas. Pero el sólo hecho de definir dichas zonas es causal de profunda controversia,

toda vez que lo que cada persona entiende por intimidad puede variar según su crianza, cultura o convicciones personales.

Esta discordia respecto de que manifestaciones de la persona deben considerarse íntimas es de tal magnitud, que permite “que se produzcan numerosos conflictos con los derechos de los demás a propósito de cuestiones que, en el entendimiento normal de las cosas, pueden tener muy poco de íntimas” (Murillo de la Cueva, 1993, pág. 30). Como consecuencia del carácter de exclusión del derecho a la intimidad y la subjetividad del concepto de lo íntimo, fundar un Derecho al Olvido y el ejercicio de los derechos ARCO solamente sobre este derecho resulta una tarea compleja, ya que: i) los datos que se consideran íntimos varían de persona en persona, lo que generaría graves incertezas frente al tratamiento de datos; ii) gran parte de los antecedentes que se comunican de una persona en Internet fueron comunicadas voluntaria y directamente por el titular de los datos, o se trata de antecedentes de público conocimiento, categorías ambas que por definición no pueden ser considerados datos reservados o íntimos, y no por eso dejan de tener el potencial de generar graves perjuicios al titular de los datos; iii) la intimidad se levanta como un derecho de exclusión de intromisión en los ámbitos más privados de la persona, más que uno de control de los datos que se encuentran fuera de dichos ámbitos privados, lo cual se identificaría mejor con los derechos ARCO y el Derecho al Olvido.

Refiriéndose a la concepción de la intimidad como un derecho de exclusión de injerencias, Alberto Cerda (2012) es de la opinión que el:

“desarrollo de los medios de comunicación evidenció la insuficiencia del derecho a la intimidad como simple expresión de ámbitos de exclusión a la injerencia de terceros, e hizo patente la necesidad de ampliar la protección que brindaba a su titular, para permitir que este pudiese disponer de control sobre la información personal que le compete” (pág. 7).

Por todo lo anterior, “cuando pensamos en la privacidad en Internet, la palabra privacidad no se debe interpretar como intimidad o secretismo. Más bien se refiere a otra dimensión de la privacidad, es decir, a la autonomía individual, la capacidad de elegir, de tomar decisiones informadas, en otras palabras, a mantener el control sobre diferentes aspectos de nuestra propia vida” (Terwagne, 2012, pág. 54).

Sin embargo, estos problemas planteados acerca de la intimidad desaparecerían si es que podemos deducir de los intereses en juego un nuevo tipo de derecho que permita una protección satisfactoria a la protección de nuestros datos, por ello, variados autores defienden la existencia del llamado derecho a la autodeterminación informativa. En opinión de Murillo de la Cueva (1993):

“En su formulación como derecho (la autodeterminación informativa) implica necesariamente poderes que permitan a su titular definir los aspectos de su vida que no sean públicos que desea que se conozcan, así como las facultades que le aseguren que los datos que de su persona manejan informáticamente terceros son exactos, completos y actuales y que se han obtenido de modo leal y lícito. También supone el control sobre el uso de esa información ya que ésta en sí misma no tiene ninguna utilidad si no es para ser utilizada en múltiples relaciones. Naturalmente, el nivel de autodeterminación, es decir, de disposición de uno mismo sobre sus propios datos dependerá de la naturaleza de éstos y de su mayor o menor proximidad al núcleo de la intimidad. No obstante, aunque, cuando nos encontremos fuera de él, no será posible impedir que circule información sobre nuestras personas, siempre hemos de estar en condiciones de asegurarnos de su calidad y de conocer y controlar su utilización” (pág. 32).

De esta manera, la autodeterminación informativa pasa a ser la vertiente activa del derecho de intimidad y la vida privada. En palabras de Cerda Silva (2012):

“el concepto tradicional que manifestaba una fas negativa del derecho, en cuanto imponía límites a la injerencia de terceros respecto de su titular, por motivo y obra de la informática ha develado una faceta positiva, en cuanto confiere a su titular un haz de facultades para controlar la información que respecto de los datos personales que le conciernen pueden ser albergados, procesados o suministrados informáticamente” (pág. 9).

El derecho a la autodeterminación informativa tiene su primera manifestación legal en la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el Censo de la Población (Ref. 1 BvR 209/83, 1983). El Tribunal entendió que toda persona es libre de determinar qué información privada puede o no ser conocida por

terceras personas, y fundamentó su reconocimiento “en su estrecho vínculo con el derecho al libre desarrollo (o despliegue) de la personalidad, establecido en el artículo 2.1 de la Constitución alemana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, el cual dispone que la dignidad humana es intangible, y establece la obligación de respetarla y protegerla como un deber de todo poder público” (Muñoz Massaouh, 2015, pág. 218).

En el caso de la Unión Europea, la autodeterminación informativa estaría protegida en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), la cual menciona el derecho a la protección de datos como un derecho autónomo protegido como tal en su artículo 8.1 el cual establece que “toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan”.

En definitiva, el Derecho al Olvido busca proteger no sólo la intimidad de las personas ante el avance de las nuevas tecnologías, sino que también todos los demás derechos que pueden verse afectados consecuentemente, como las libertades en general, la igualdad y la autodeterminación informativa.

Finalmente, no debemos olvidar que el Derecho al Olvido no solo intenta proteger los derechos de intimidad y demás derechos que pueden verse afectados por el uso indiscriminado de nuestros datos personales, sino que

también opera como un límite efectivo a la libertad de expresión, derecho a informar y el derecho a ser informado de los usuarios y responsables de sitios web, como veremos en la sección letra g. siguiente.

g. EL DERECHO AL OLVIDO COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Si bien el Derecho al Olvido frente a los motores de búsqueda se postula como una herramienta que protege la intimidad y autodeterminación informativa de los titulares de datos, simultáneamente, en el cumplimiento de dichos objetivos, establece nuevos límites a la libertad de expresión en Internet. Esta limitación se produce ya que los motores de búsqueda juegan un rol fundamental en facilitar la navegación de los usuarios de Internet entre los cientos de millones de sitios web existentes, por lo que cualquier restricción a sus contenidos puede interpretarse como una limitación a la libertad de expresión en Internet.

Es más, autores como Francisco Leturia (2016) han llegado a conceptualizar el Derecho al Olvido desde la perspectiva de las restricciones que impondría a la libertad de expresión, quien lo define como “el derecho al olvido sería solo una fórmula más clara y didáctica para legitimar restricciones a la libertad de expresión e información en beneficio de otros derechos (...) que surge como

respuesta natural a una situación de conflicto entre dos pretensiones incompatibles” (pág. 92).

La libertad de expresión, se puede entender como “un derecho con dos dimensiones: una dimensión individual, consistente en el derecho de cada persona a expresar los propios pensamientos, ideas e informaciones; y una dimensión colectiva o social, consistente en el derecho de la sociedad a procurar y recibir cualquier información, a conocer los pensamientos, ideas e informaciones ajenas y a estar bien informada” (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009). Debido a esta doble faceta de la libertad de expresión, cuando hablamos del Derecho al Olvido no sólo se podría afectar el derecho a expresar las propias ideas de los titulares de los sitios web a los que se limita el acceso mediante la desindexación, puesto que también se limita el derecho de acceso a la información de la sociedad en general.

Asimismo, la libertad de expresión es considerada parte de los derechos basales de los modernos estados democráticos, al punto de que el grado en que se protege la libertad de expresión ayuda a definir a un Estado como democrático o no. La importancia de la libertad de expresión se deriva, entre otras razones, de su triple función en el sistema democrático:

“En primer lugar, se trata de uno de los derechos individuales que de manera más clara refleja la virtud que acompaña —y caracteriza— a los seres humanos: la virtud única y preciosa de pensar al mundo desde nuestra propia perspectiva y de comunicarnos con los otros para construir, a través de un proceso deliberativo, no sólo el modelo de vida que cada uno tiene derecho a adoptar, sino el modelo de sociedad en el cual queremos vivir. (...) Se trata entonces de un derecho individual sin el cual se estaría negando la primera y más importante de nuestras libertades: el derecho a pensar por cuenta propia y a compartir con otros nuestro pensamiento.

En segundo lugar (...) es tan importante el vínculo entre la libertad de expresión y la democracia que, según ha explicado la CIDH, el objetivo mismo del artículo 13 de la Convención Americana es el de fortalecer el funcionamiento de sistemas democráticos pluralistas y deliberativos mediante la protección y el fomento de la libre circulación de información, ideas y expresiones de toda índole. (...) En este mismo sentido, la jurisprudencia ha enfatizado que la función democrática de la libertad de expresión la convierte en una condición necesaria para prevenir el arraigo de sistemas autoritarios, para facilitar la autodeterminación personal y colectiva y para hacer operativos los "mecanismos de control y denuncia ciudadana".

Finalmente, la jurisprudencia interamericana ha explicado que la libertad de expresión es una herramienta clave para el ejercicio de los demás derechos fundamentales. En efecto, se trata de un mecanismo esencial para el ejercicio del derecho a la participación, a la libertad religiosa, a la educación, a la identidad étnica o cultural y, por supuesto, a la igualdad no sólo entendida como el derecho a la no discriminación, sino como el derecho al goce de ciertos derechos sociales básicos" (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión Comisión Interamericana de Derecho Humanos, 2009).

En otras palabras, la libertad de expresión es relevante no sólo para la expresión y recepción libre de ideas, característica esencial para el libre desarrollo del ser humano (1ª faceta); sino que también se trata de una

característica fundamental de la democracia, pues permite la transmisión de ideas políticas, la posibilidad de expresar opiniones y de fiscalizar efectivamente a quienes están en el poder (2ª faceta); y, finalmente, la libertad de expresión es una herramienta o medio para la satisfacción de otros derechos fundamentales fuertemente vinculados con la expresión de la personalidad: libertad religiosa, educación, identidad, entre muchos otros que pueden verse afectados si no contáramos con la posibilidad de expresarnos libremente (3ª faceta). Tal como sucede con el caso de la intimidad y la autonomía informativa, vemos que la libertad de expresión no puede ponderarse aisladamente en el estudio del caso concreto, pues es un derecho que fortalece el ejercicio de otros derechos, al mismo tiempo que se entrelaza con las demás garantías fundamentales.

En el marco del Sistema Interamericano de Derecho Humanos, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (1969) establece en su artículo 13 la Libertad de Pensamiento y de Expresión:

“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.”

Como bien puede observarse, pese a su importancia, la libertad de expresión no se considera un derecho absoluto, motivo por el cual acepta límites y restricciones. A partir del texto del artículo 13, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado el llamado test tripartito, el cual exige el cumplimiento “de las siguientes tres condiciones básica para que una limitación al derecho a la libertad de expresión sea admisible: (1) la limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material, (2) la limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana, y (3) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida; e idónea para lograr el objetivo que pretende lograr” (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión Comisión Interamericana de Derecho Humanos, 2009).

Debido a la relevancia de la libertad de expresión, y tal como es de esperarse, el argumento más potente de oposición al Derecho al Olvido emana de sus efectos frente a este derecho fundamental. Así, no son pocos los que opinan que el Derecho al Olvido “abriría las puertas a la posibilidad de borrar o reescribir la historia y que sería imposible conciliar con la libertad de expresión

e información en línea” (Reporters Without Borders, 2012, pág. 13). Esta postura es la que ha prevalecido en la doctrina de los Estados Unidos, que encontrándose amparada en la primera enmienda, antepone la libertad de expresión frente a cualquier posibilidad de reconocimiento del Derecho al Olvido.

En efecto, la primera enmienda de los Estados Unidos, establece que “el Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de prensa, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y para pedir al Gobierno la reparación de agravios”. En otras palabras, la libertad de expresión se define como una obligación negativa, que prohíbe la injerencia del Gobierno, más que como una obligación positiva. Esta forma de conceptualizar la libertad de expresión tiene en opinión de Magdaleno Alegría (2006), claras consecuencias respecto de cómo se ha entendido la protección de datos en los Estados Unidos y sus diferencias con la concepción europea:

“El reconocimiento de la libertad de expresión en la primera enmienda tiene dos consecuencias fundamentalmente. En primer lugar, se protege la posibilidad de comunicación pública de los ciudadanos frente a las posibles interferencias del Gobierno. Y, en segundo lugar, a diferencia de las posteriores declaraciones francesas de derechos, la citada primera enmienda de los Estados Unidos constituye un límite para la ley. Es este límite el que se ha utilizado en Estados Unidos para evitar una Ley de Protección de Datos que, en términos de la primera enmienda, coarte la libertad de expresión.

La concepción francesa (y europea) de la libertad de expresión es distinta de la norteamericana, aunque se reconoció en términos similares. Así, el artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano dispuso que “la libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo ciudadano puede, por tanto, hablar, escribir e imprimir libremente, salvo la responsabilidad que el abuso de esta libertad produzca en los casos determinados en la ley”. Como se observa, en la declaración francesa de derechos, el trato jurídico que se da a las libertades comunicativas se condicionó a lo establecido posteriormente en la ley, entendida como la suprema manifestación de la voluntad popular.

Esta diferencia basal, ha resultado a que el día de hoy nos encontremos ante dos niveles de Protección de Datos diametralmente opuestos” (págs. 32-33).

Debido a esta preeminencia de la libertad de expresión en los Estados Unidos, vemos como el sistema norteamericano ha preferido el establecimiento de normas sectoriales para la protección de datos personales, evitando establecer un marco general, en el cual se podría construir teóricamente un Derecho al Olvido. A su vez, la primera enmienda no sólo protege a las personas naturales, sino que también a las corporaciones. La Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció a Citizens United, una ONG de activismo político, el derecho a la libertad de expresión, tal como cualquier ciudadano de los Estados Unidos (Citizens United v. Federal Election Commission, 2010). La ONG recurrió a la Corte Suprema, debido a que una ley federal prohibía a las corporaciones el participar en propaganda política dentro de los 30 días previos

las elecciones primarias, o dentro de los 60 días previos a las elecciones generales, medida que de no cumplirse acarrearía sanciones penales. En el fallo en cuestión se reconoció que dicha ley era contraria a la primera enmienda, ya que si esta “tiene alguna fuerza, prohíbe al Congreso multar o encarcelar ciudadanos, o asociaciones de ciudadanos, por simplemente emitir su opinión política”, reconociendo en definitiva la libertad de expresión a cualquier sociedad o grupo de personas, sean estas o no parte de la prensa. En otras palabras, desde la perspectiva norteamericana, el Derecho al Olvido no solo sería opuesto a la libertad de expresión de las personas y la prensa, sino que también de cualquier asociación de personas cuya expresión de ideas se pueda ver restringida.

En el marco de esta doctrina, incluso se podría argumentar que los motores de búsqueda entran en la categoría de corporaciones cuya libertad de expresión debe ser protegida, derecho que como mencionamos tiene un carácter preponderante dentro del sistema de las garantías fundamentales norteamericano. Por todo lo anterior, no se vislumbra un Derecho al Olvido ante los servicios de búsqueda de Internet en los Estados Unidos, ya que este difícilmente encajaría en el sistema norteamericano de garantías fundamentales y protección de datos personales.

No obstante esta postura mayoritaria en los Estados Unidos, han surgido algunas voces a favor de que se establezca el Derecho al Olvido en dicho país. Por ejemplo, “Consumer Watchdog”, una de las asociaciones de defensa del consumidor más grande de Estados Unidos, presentó en Julio de 2015 una queja formal a la “Federal Trade Commission” -ente federal encargado de materias de defensa del consumidor y libre competencia- en contra de Google, por considerar como injusto y discriminatorio que los consumidores europeos tengan acceso al Derecho al Olvido, mientras que los consumidores en Estados Unidos no cuentan con dicha posibilidad (Consumer Watchdog, 2015, pág. 1); o la opinión del renombrado jurista norteamericano Eric Posner, quién aboga por un Derecho al Olvido en Internet para los Estados Unidos en un artículo en línea. El artículo culmina con la siguiente reflexión: “En los viejos tiempos, los europeos que quisieran olvidar su pasado viajaban a los Estados Unidos en busca de un nuevo comienzo. Hoy, uno debiera ir en la dirección contraria” (Posner, 2014). Por ello, si bien resultaría complejo fundamentar, en los Estados Unidos, la existencia de un Derecho al Olvido frente a los motores de búsqueda de Internet, vemos que el conflicto entre la intimidad y la libertad de expresión en Internet no es un debate ajeno a dicho país.

Por su parte, en el contexto de la Unión Europea, el derecho de Supresión y Olvido consagrado en el artículo 17° del Reglamento Europeo de Protección de Datos (2016/679, 2016), reconoce como su primera y principal excepción para

su procedencia, que la información que se busca suprimir no se trate de hechos publicados en el ejercicio del derecho a la información o libertad de expresión, reconociéndose expresamente la importancia de la libertad de expresión ante la legislación de protección de datos personales.

En conclusión, no obstante estar acreditada la relevancia de la libertad de expresión tanto en la tradición jurídica europea y americana, también se ha concluido que la libertad de expresión no es un derecho absoluto, pues “cuando un constituyente establece los derechos fundamentales que en el ordenamiento jurídico deben primar, no existe conflicto entre ellos in abstracto, pero en los hechos es posible que sí” (Zamora, 2012, pág. 361). De hecho, dicha posibilidad de conflicto se encuentra incluso contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), en la cual se establece que, cumpliendo con la prueba tripartita, una medida legislativa podría limitar la libertad de expresión, por ejemplo cuando se vea afectada la Honra de la persona, por este motivo “es posible limitar el producto de la libertad de expresión en el contexto de un Estado Constitucional de Derecho cuando tal producto de alguna forma entra en conflicto con otros derechos fundamentales individuales o colectivos” (Zamora, 2012, pág. 361).

Para dar solución a este conflicto de derechos fundamentales, se deberá recurrir a la ponderación de garantías fundamentales, técnica que aplicada al

Derecho al Olvido nos ayudaría a encontrar la fórmula que mejor equilibre los principios en conflicto.

h. PONDERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Tal como hemos establecido en los capítulos anteriores, el Derecho al Olvido busca dar solución a una de las tantas problemáticas surgidas a propósito de los avances de la tecnología, y sus efectos en la intimidad y autodeterminación informativa de las personas. No obstante lo anterior, el avance de las tecnologías ha traído aparejado una serie de beneficios que han permitido la satisfacción de otros derechos de la misma jerarquía constitucional que la intimidad, tales como el derecho a la información y la libertad de expresión, los que se ven fortalecidos por el desarrollo del foro público y global que representa Internet.

Sin embargo, al momento de decidir si darle reconocimiento expreso al Derecho al Olvido, es necesario encontrar una solución que nos permita llegar al mejor equilibrio posible entre las garantías constitucionales que pueden verse superpuestas. En palabras de Magdaleno Alegría (2006), estos:

“conflictos entre los derechos fundamentales son inevitables porque se derivan de su reconocimiento en la Constitución en un mismo plano, es decir, al ser todos los ciudadanos titulares de derechos y al ser un número tan amplio, es ineludible que, en ocasiones, en el ejercicio de un derecho se pueda lesionar o poner en peligro el derecho de otro. Como

se analizará posteriormente, la solución de los conflictos no se puede establecer mediante una jerarquización o una preferencia absoluta de unos derechos sobre otros, sino mediante una adecuada ponderación atendiendo a las circunstancias del caso concreto” (pág. 111).

La necesidad de ponderar las garantías constitucionales nace del hecho de que estas no pueden ser consideradas reglas de aplicación estricta, sino que se trata de principios jurídicos. Esto se debe principalmente a la forma en que estas garantías se encuentran establecidas, ya que usualmente las cartas fundamentales se limitan a reconocer el derecho y establecer algunas reglas y principios para su ejercicio. Su concepción como principios se relaciona además con su función de guía para aquellas normas de menor jerarquía. En opinión de Robert Alexy (2008):

“Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son *mandatos de optimización*. Como tales, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no sólo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Las posibilidades jurídicas se determinan mediante reglas y, sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario” (pág. 14).

Desde el punto de vista del Derecho al Olvido, debemos preguntarnos bajo qué circunstancias podríamos limitar ciertos derechos en beneficios de la intimidad, autodeterminación informativa y demás derechos que se pueden ver

afectados por el tratamiento de datos realizado por los motores de búsqueda.

Por ello es que se vuelve relevante la utilización de las reglas de ponderación:

“La cuestión que interesa entonces es de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos (...) (la ponderación) se trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelarlos de mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible” (Carbonell, 2008, pág. 10).

En consecuencia, jamás debemos entender el Derecho al Olvido como el establecimiento de un derecho garantizado constitucionalmente sobre otro, sino más bien de qué manera es posible que los derechos convivan, “expandiendo en lo posible su ámbito de protección”.

La ponderación se debe realizar mediante la aplicación de subprincipios y reglas, que permiten que la ponderación dependa de un ejercicio racional, y no de la mera discreción del juez ante el caso concreto. La ponderación en el derecho constitucional alemán se considera parte del principio de la proporcionalidad (*Verhältnismässigkeit*). En palabras de Alexy (2009):

“Este (principio de proporcionalidad) se compone de tres partes: los subprincipios de adecuación (*Geeignetheit*), necesidad (*Erforderlichkeit*) y proporcionalidad en sentido estricto; todos estos subprincipios expresan la idea de optimización. Los derechos fundamentales son mandatos de optimización, como tales son normas de principio que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales jurídicas.

Los subprincipios de adecuación y necesidad se tratan de una optimización relativa a las posibilidades materiales.

El principio de adecuación excluye el empleo de medios que perjudican la realización de al menos un principio, sin promover al menos un principio o meta a cuya realización sirven (...) una posición puede mejorarse sin originar desventajas a otra.

Lo mismo vale para el principio de necesidad. (...) Si existiera un medio que interviene menos intensamente y es igualmente adecuado, entonces podría mejorarse una posición sin originar costo a la otra” (pág. 8).

En consecuencia, previo al ejercicio de ponderación en sentido estricto, que como veremos a continuación forma parte del subprincipio de proporcionalidad, debemos descifrar si la solución propuesta para resolver el conflicto de garantías resulta adecuado y necesario. La adecuación es aquel subprincipio según el cual, para que proceda la limitación de un derecho o garantía, este debe promover la realización o protección de otra garantía. En otras palabras, no resulta adecuada una medida de ponderación de derechos que limite un derecho sin promover la satisfacción de otro.

Por su parte, la necesidad guarda relación con las alternativas existentes o posibles para la limitación de un bien jurídicamente protegido en beneficio de otro. Según este principio, la medida propuesta debe ser necesaria para el cumplimiento del objetivo planteado, es decir, de existir más de un medio igualmente adecuado para la realización de un principio, deberá utilizarse aquel que interviene en menor grado el derecho que se busca limitar.

En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto:

“este subprincipio dice lo que significa la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Es idéntico a una regla que podemos denominar ‘ley de ponderación’, la cual dice:

Como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro.

La ley de ponderación expresa que optimizar en relación con un principio colisionante no consiste en otra cosa que ponderar.

La ley de ponderación muestra que ésta puede descomponerse en tres pasos. En el primero debe constatar el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio. A él debe seguir en un segundo paso la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario. En un tercer paso finalmente debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro (Alexy, Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad, 2009, págs. 8-9).

En consecuencia, el requisito de la ponderación requiere que exista una relación directa entre el grado en que cierta medida judicial afecte o perjudique un principio jurídico, con el beneficio correlativo que dicha medida implica para el principio que se busca proteger.

Para demostrar que la tarea de la ponderación en sentido estricto puede obedecer a criterios racionales y no meramente intuitivos, Alexy (2009, págs. 16-17) utiliza como ejemplo a las restricciones impuestas a las tabacaleras en razón de proteger la salud de las personas, planteando, a modo de ejemplo, que la obligación de poner avisos en las cajetillas de tabaco respecto del daño

que puede causar fumar tabaco es una intervención leve en la libertad de emprendimiento u oficio, mientras que la prohibición de vender tabaco podría ser considerada como una intromisión de intensidad grave. En medio de estos casos podríamos encontrar la prohibición de vender en determinados sectores o a determinados grupos etarios, la cual podría ser considerada una intromisión de intensidad media. De la misma forma, podríamos medir los beneficios que cada una de dichas obligaciones podría producir en la salud de las personas, y así ponderar las restricciones al derecho a emprender actividades lícitas con los beneficios introducidos al derecho a la salud.

Si analizamos según esta perspectiva las diversas modalidades que podría adoptar el Derecho al Olvido frente a los motores de búsqueda, podríamos concluir que el establecimiento de una solución que prohíba el tratamiento de datos personales realizado por los servicios de búsqueda o que exija la necesidad de obtener el consentimiento del titular de los datos previo a realizar cualquier tratamiento, podría ser considerada una medida de intensidad grave frente a los derechos de información y libertad de emprendimiento; una medida que ordene que cierto vínculo web sea eliminado de todos los resultados de búsqueda podría ser considerada una intromisión de intensidad media; mientras que una medida que signifique la desindexación de determinado vínculo web que impida acceder a él cuando se realiza la búsqueda mediante el nombre del titular de datos, podría considerarse una intromisión de intensidad leve.

En relación a la ponderación de garantías frente al Derecho al Olvido, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 (2014) plantea que

“de acuerdo con el fallo (Google España), los derechos del titular de los datos prevalecen, por regla general, sobre los intereses económicos de los motores de búsqueda, a la luz de la gravedad potencial del impacto que el tratamiento de datos puede tener sobre los derechos fundamentales a la intimidad y protección de datos. Estos derechos generalmente también prevalecerán sobre los derechos de los usuarios de Internet de acceder a información personal por medio de los motores de búsqueda realizando una búsqueda utilizando el nombre del titular de los datos. Sin embargo, se debe alcanzar un equilibrio entre los distintos derechos e intereses, y el resultado dependerá de la naturaleza y sensibilidad de los datos procesados y del interés del público de tener acceso a determinada información, un interés que podría variar dependiendo del rol que juega el titular de los datos en la vida pública” (pág. 6).

Según la opinión del Grupo de Trabajo del Artículo 29, en base a lo resuelto en el caso Google España, si bien usualmente primará el interés del titular de los datos por sobre el interés económico del servicio de búsqueda, así como también prima ante el interés de obtener información de los usuarios del servicio, el ejercicio de ponderación nos obliga a dejar afuera ciertas categorías de información que nunca podrán ser objeto de este derecho. A modo de ejemplo, no procedería el Derecho al Olvido, cuando el titular de los datos juega un rol relevante en la vida pública, lo que justificaría el interés preponderante de la sociedad de tener acceso a su información y fiscalizar el actuar público.

i. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

De lo desarrollado en la presente sección, podemos concluir lo siguiente:

- 1) La nueva realidad social que implica el auge de Internet y la masificación de su utilización para todo tipo de tareas cotidianas, ha traído como consecuencia un nuevo riesgo para la intimidad, la autodeterminación informativa y la protección de los datos personales. Hoy en día, los datos pueden ser mantenidos y publicados en línea a muy bajo costo, por lo que se corre el riesgo de la perpetuación de la información publicada en Internet. Frente a esta nueva realidad, las leyes de protección de datos personales nos permiten controlar de mejor manera la información que otras personas, empresas y el gobierno manejan sobre nosotros.

- 2) A partir del fallo del TJUE del caso “Google España”, una causa relativa a la protección de datos personales, la doctrina ha desarrollado el llamado “Derecho al Olvido”, el cual funciona como medio para limitar la supervivencia indefinida de los datos personales en los motores de búsqueda de Internet, lo cual es especialmente relevante si consideramos que los servicios de búsqueda hacen las veces de puerta de entrada del Internet. En virtud de este fallo, cuando el tratamiento de datos sea “inadecuado”, “no pertinente” o “excesivo” en relación con los fines del tratamiento; o cuando los datos tratados “no estén actualizados”, o que dichos datos “se conserven durante un período superior al

necesario”, será posible exigir la cancelación u oposición al tratamiento de datos personales realizado por los motores de búsqueda.

- 3) La consagración expresa del Derecho al Olvido requiere necesariamente la ponderación de derechos fundamentales, toda vez que su consagración implica un nuevo límite al del derecho a la libre expresión de las ideas, así como el derecho a comunicar y recibir información, al mismo tiempo que protegería el derecho a la intimidad y la autodeterminación informativa de las personas. La ponderación de derechos fundamentales permite legislar estableciendo un equilibrio entre las garantías fundamentales en conflicto.

En la sección III siguiente, y a la luz del marco conceptual ya desarrollado, analizaremos la jurisprudencia latinoamericana en materia de Derecho al Olvido, lo que nos permitirá obtener una visión de este Derecho desde las distintas jurisdicciones donde los tribunales o agencias administrativas de protección han fallado su procedencia en la región.

III. DERECHO AL OLVIDO EN LATINOAMÉRICA

El Derecho al Olvido se ha desarrollado en paralelo en las más variadas legislaciones nacionales y supranacionales. Latinoamérica no ha sido la excepción, ya que en países como Chile, Colombia, Perú, Argentina y México la procedencia de este derecho ya ha sido resuelta. En los casos de Nicaragua y Costa Rica, se ha consagrado un derecho de cancelación con el nombre de Derecho al Olvido, pero, como veremos más adelante, este se trataría de un derecho de cancelación clásico, y no el Derecho al Olvido frente a los servicios de búsqueda en Internet.

El objeto de esta sección es observar y comparar la realidad legislativa y jurisprudencial del Derecho al Olvido en la región. Mediante la comparación de la situación en distintos países de Latinoamérica esperamos descubrir los puntos en común, las diferencias y, en definitiva, aportar desde la realidad jurídica y social de Latinoamérica con el objeto de dar una respuesta coherente a la creciente tensión entre intimidad e Internet en Chile y demás países de la región. El enfoque será primordialmente en la jurisprudencia, ya que ha sido ese el medio donde mayoritariamente se ha forjado el Derecho al Olvido en el mundo y la región.

a. PERÚ

En Perú, la Ley N° 29.733 “Ley de Protección de Datos Personales” (2011), establece en su Título III los derechos de los titulares de datos personales. En específico, el artículo 20° establece los derechos de actualización, inclusión, rectificación y supresión de datos personales cuando estos sean “parcial o totalmente inexactos, incompletos, cuando se hubiere advertido omisión, error o falsedad, cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a la finalidad para la cual hayan sido recopilados o cuando hubiera vencido el plazo establecido para su tratamiento”.

Por su parte, el título VI establece la creación de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, encarnado en la práctica por la Dirección General de Protección de Datos peruana, en adelante DGPDP, entidad administrativa dependiente del Ministerio de Justicia, la cual tiene potestades reglamentarias y sancionatorias en materia de Protección de Datos.

En diciembre de 2015, la DGPDP de Perú resolvió un asunto sometido a su conocimiento dando aplicación expresa al Derecho al Olvido (N° 045.2015-JUS/DGPDP, 2015), siendo el primer fallo que reconoce explícitamente este derecho en Perú. La resolución en cuestión también se hace cargo de temas de neutralidad de los motores de búsqueda y del ámbito territorial de las normas de

protección de datos, en relación con los servicios que prestan los buscadores web.

El proceso nace como consecuencia de una información periodística de índole penal publicada en distintos sitios web de noticias. El solicitante en el proceso ante la DGPDP fue objeto durante el año 2009 de una investigación penal por ofensas al pudor público, proceso que culminó con una denuncia ante un Juzgado Penal de Lima. En junio de 2012 la causa se declaró sobreseída, al no haberse acreditado en el proceso penal la comisión del delito.

En el año 2015, tres años después del sobreseimiento, el requirente solicitó al Juez del Quinto Juzgado Penal de Lima que se requiriera a Google Perú S.R.L. la eliminación de las noticias o informaciones relacionadas con la materia de la causa sobreseída, y que continuaban apareciendo en el motor de búsqueda de Google al buscar el nombre y apellido del requirente. Google Perú, se opuso a la solicitud argumentando que “el servicio de motor de búsqueda de google corresponde a aquel ofrecido y administrado por Google Inc., una persona jurídica distinta de Google Perú S.R.L.” (considerando 1.5).

Ante la negativa de Google Perú S.R.L. a la solicitud del requirente, éste utilizó las herramientas que otorga el servicio de Google Search para quitar o actualizar información obsoleta, mediante el envío de un correo electrónico

publicado por el servicio de búsqueda para dichos fines. Google Inc. respondió al requerimiento indicándole que debía ponerse en contacto directamente con los propietarios de los sitios web, y que solo ante modificaciones en dichos sitios Google actualizaría la información mostrada en el buscador. Según la defensa planteada por Google Perú S.R.L., el servicio de búsqueda se encontraría administrado por Google Inc., por lo que el recurrente fue diligente en elevar sus solicitudes a ambas compañías, en el papel independientes una de la otra.

Tras las negativas de Google Perú S.R.L. y de Google Inc. de eliminar o desindexar del servicio de búsqueda Google Search aquellos sitios que informaban sobre la investigación penal en la que se vio envuelto el requirente, éste decidió presentar un recurso administrativo ante la DGPDP ejerciendo sus derechos de cancelación y oposición al tratamiento de sus datos personales por parte de los servicios de búsqueda.

En el proceso administrativo ante la DGPDP, la parte requerida decidió no oponer excepciones de fondo, declarando simplemente que el buscador es administrado por Google Inc., sociedad domiciliada en los Estados Unidos, motivo por el que Google Perú carece de la titularidad para hacerse cargo de la solicitud de cancelación y sería, en consecuencia, un tercero ajeno al proceso. Por su parte, Google Inc. fue notificada mediante correo electrónico, la cual

contestó por el mismo medio indicando la dirección física a la que se debían remitir los antecedentes en cuestión para poder darse por notificados formalmente.

Con la postura del buscador clara, la DGPDP procede a realizar el análisis de fondo del asunto, partiendo por el ámbito de aplicación de la Ley de Protección de Datos Personales y su reglamento. Al respecto, la DGPDP concluye que:

“Admitir los argumentos de defensa de la empresa Google –bajo la personería de Google Inc. o de Google Perú S.R.L.- supondría admitir que puede desplegar sus actividades en territorio peruano, usar medios peruanos, tratar información de ciudadanos peruanos y comercializar publicidad para el mercado peruano, al margen de lo que ordenan la Constitución Política del Perú, la LPDP y su reglamento, sobre el derecho que todos y cada uno de los ciudadanos peruanos tenemos a que se protejan nuestros datos personales” (considerando 5.1.1).

El fundamento legal de dicha conclusión es el art. 5° de la Ley de Protección de Datos peruana, que expresamente establece que se aplicará la ley sobre el tratamiento de datos personales cuando: “1. Sea efectuado en un establecimiento ubicado en territorio peruano correspondiente al titular del banco de datos personales o de quien resulte responsable del tratamiento”, por lo que a Google Perú S.R.L., de ser considerado responsable del tratamiento de datos personales, se le aplicaría la ley en cuestión.

Como consideración final respecto del ámbito de aplicación de la ley, la DGPDP atiende a “la naturaleza de las cosas”, punto muy relevante si tomamos en cuenta que las compañías que prestan servicio a través de Internet son por naturaleza aterritoriales, mientras que las leyes se circunscriben necesariamente al territorio del país en que fueron dictadas. En este sentido, la DGPDP, de forma muy acertada a nuestro parecer, nos alerta sobre:

“la necesidad de que el derecho de protección de datos personales no sea eludido, en base a lecturas e interpretaciones cerradas de las normas sobre domicilio, separaciones societarias o competencia territorial, que claramente resultarían disfuncionales para el desarrollo de esta rama del derecho que regula actividades globales que no conocen límites geográficos...” (considerando 5.1.1).

La DGPDP reconoce una de las grandes problemáticas de la aplicación de la normas de protección de datos personales en Internet: al no encontrarse los datos en un territorio en particular, sino más bien en una red de locaciones variables, el responsable del tratamiento de datos podría eximirse eternamente de toda responsabilidad basándose en el domicilio societario. Este responsable puede estar convenientemente ubicado en un país con escasa o nula legislación de Protección de Datos, eludiendo así las posibles obligaciones en la materia que imponen las legislaciones más estrictas, del mismo modo en que las empresas se establecen en paraísos tributarios eludiendo sus responsabilidades fiscales.

Una vez resuelto por la Agencia Peruana de Protección de Datos el tema del ámbito de aplicación de la norma, se enfoca en si acaso Google realiza un tratamiento de datos personales o debe ser considerado como un intermediario neutral. La DGPDP se basa para resolver este punto en la naturaleza del negocio de Google, ya que “cuando un usuario utiliza el motor de búsqueda de Google Search en territorio peruano, inevitablemente está accediendo también a la publicidad que aparecen en los resultados de búsqueda” (considerando 5.1.4). Este servicio de publicidad, llamado Google AdWords, se presta en la misma plataforma que el buscador web y en el mismo momento en que se utiliza dicho servicio. El usuario del motor, al realizar una búsqueda, obtendrá una serie de resultados que en realidad son publicidad pagada, entremezclados con los resultados reales no auspiciados. Ambas categorías de vínculos aparecen relacionadas con los términos de búsqueda y dirigidos específicamente para el perfil de intereses creado por Google para el usuario del servicio de búsqueda.

Además, los resultados del buscador no serían una muestra “neutral” de los sitios encontrados en la red, ya que, en opinión de la DGPDP, “desde el momento en que la actividad de los motores de búsqueda en Internet catalogan la información según un orden de preferencia determinado para ser facilitados a terceros, la reclamada está decidiendo sobre la finalidad y los medios de su

actividad; por lo que es considerada responsable del tratamiento” (considerando 5.1.4).

Finalmente, el objeto de la filial de Google Perú S.R.L. es administrar el servicio de publicidad en el país. De esta forma, la DGPDP confirma el vínculo indisoluble entre buscador, la publicidad, Google Inc. y Google Perú S.R.L., todas partes de un mismo modelo de negocios, el cual constituye un tratamiento de datos personales efectuado en territorio peruano, por tanto sujeto a la Ley de Protección de Datos peruana, y que, en palabras de la DGPDP, afecta la privacidad del reclamante.

Finalmente, la resolución de la DGPDP ordena al buscador, aplicando el derecho de cancelación, a que se desindexen del buscador los sitios web objeto del recurso, por lo que en caso de realizarse una búsqueda con el nombre y apellido del recurrente, el buscador no deberá entregar entre los resultados aquellos sitios web con información sobre la investigación penal en los que el recurrente se vio involucrado. Cualquier otra búsqueda, por ejemplo por rol de la causa, materia, hechos u otros intervinientes, seguirá apareciendo en el buscador. En palabras de la DGPDP, esta solución busca disminuir la “hipervisibilización” de la noticia, ya que sería esta la verdadera causa de la afectación de los derechos a la protección de datos (considerando 5.1.6). Por último, la DGPDP condenó a Google al pago de una multa equivalente a USD

\$80.000, por no atender diligentemente las solicitudes de cancelación y oposición del recurrente.

b. MÉXICO

El año 2010 se dictó en México la “Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares” (2010), la cual establece en su capítulo III los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. Respecto del derecho a cancelación, el artículo 25 establece que “el titular tendrá en todo momento el derecho a cancelar sus datos personales”, estableciendo el artículo 26° los casos en que el responsable no estará obligado a cancelar los datos, como por ejemplo, cuando el tratamiento de datos se hace por disposición legal, cuando existe interés público, la cancelación obstaculice actuaciones judiciales o administrativas, entre otras.

Por su parte, el capítulo VI otorga al Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, en adelante IFAI, facultades sancionatorias, de vigilancia y difusión de las materias relativas a la Ley.

México es otro de los países latinoamericanos donde la procedencia del Derecho al Olvido ya ha sido debatida en tribunales, no obstante que aún se encuentra pendiente su resolución definitiva. En enero de 2015, el IFAI acogió

una solicitud de cancelación y oposición al tratamiento de datos personales en contra de Google México S. de R.L. (PPD.0094/14, 2015). El requirente basó su solicitud en que el buscador realizaba tratamiento de sus datos personales sin su consentimiento, el cual además afectaba su honor y vida privada. La solicitud de cancelación tenía por objeto la desindexación de tres sitios web que contenían reportajes o menciones respecto de un bullado escándalo de corrupción política-empresarial, en la que el requirente participó activamente durante el año 2007. Junto con el requirente, se vieron involucrados en este caso Vicente Fox, Presidente de México a la fecha en que ocurrieron los hechos, la Primera Dama y uno de sus hijos en común. Al involucrar las investigaciones a las más altas esferas políticas del país, los reportajes que se buscaban desindexar resultan sin duda de alto interés público.

Google México se defendió utilizando la misma estrategia judicial que ha utilizado en otros casos de derecho al olvido alrededor del mundo, vale decir, argumentando que la filial local, en este caso Google México S. de R.L., nada tiene que ver con el servicio de búsqueda de sitios web y que el verdadero responsable de dicho servicio es Google Inc. cuya sede se encuentra en Estados Unidos.

Sin embargo, en esta ocasión, el argumento de Google México fue fácilmente desbaratado por el requirente, ya que el objeto social declarado por

Google México S. de R.L. incluye expresamente entre sus servicios el de motor de búsqueda. Otro argumento de peso en contra de la estrategia de Google fue que en el sitio web del buscador en México (www.Google.com.mx) aparecía como domicilio social el mismo domicilio de Google México S. de R.L., y no el domicilio de Google Inc. en los Estados Unidos, supuestamente el único responsable del servicio de búsqueda que presta la compañía.

Ante la débil defensa de Google México, el IFAI declaró a Google como responsable del buscador y, por ende, de la negación de los derechos de cancelación y oposición del requirente como responsable del tratamiento de datos personales, ya que no acreditó encontrarse en algunos de los supuestos de excepción que prevé la ley mexicana de protección de datos.

Varios aspectos de este fallo llaman la atención. En primer lugar, aun cuando Google no presentó defensas de fondo, resulta extraño que el IFAI, siendo el órgano de la administración encargado de la protección de datos personales, no haya hecho por iniciativa propia, un análisis de los derechos en juego en el asunto sujeto bajo su conocimiento, aún más considerando la gran relevancia política de los reportajes a los que se les buscaba limitar su acceso. En segundo lugar, también llama la atención que a pesar de intentar hacerse parte, no se les haya permitido participar a las personas titulares de los sitios web cuyo acceso se buscaba restringir.

Ante esta resolución, la revista Fortuna, revista digital dueña de uno de los sitios cuyo acceso se buscaba desindexar en el motor de búsqueda, interpuso recurso de amparo ante la Jueza Décimo Quinta de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, basado en la omisión del derecho de audiencia en el acto reclamado. En esta instancia, la jueza le otorgó la razón al IFAI, basándose en que los antecedentes que demostraban que los requirentes eran representantes legales de la empresa habían sido presentados en copia no apta de dar prueba de la veracidad de su contenido.

En última instancia, los representantes de la Revista Fortuna interpusieron recurso de revisión ante el Séptimo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Primera Región (355, 2016). Llama la atención que recién en esta tercera instancia la justicia se pronunciara respecto a la colisión de derechos subyacente en todo caso de Derecho al Olvido:

“resulta un hecho notorio que Google otorga un servicio de motor de búsqueda en Internet más popular del mundo sirviendo así como puerta de entrada para cientos de millones de personas que buscan información en Internet. Igualmente resulta notorio que al cancelar y restringir la accesibilidad a la nota periodística publicada por la quejosa a través del servicio de motor de búsqueda de Google, se interfiere con las posibilidades de acceso a dicha nota y se limita el derecho a difundir información de esta parte quejosa” (p.44).

De esta manera el tribunal da por acreditada la existencia de un interés legítimo por parte de los recurrentes en el proceso llevado a cabo ante el IFAI, por lo que al no haberseles concedido el derecho de audiencia se cometió un agravio sólo subsanable mediante la anulación de la resolución reclamada, y la reposición del proceso en el expediente para que se otorgue el derecho de audiencia a la parte recurrente.

Por último, al encontrarse fundado el primer concepto de violación de derechos del recurrente, el tribunal decidió que resultaba improcedente analizar los demás fundamentos del recurso, vale decir, la violación a los derechos de expresión y de información, las otras causales invocadas en el recurso de revisión. Por este motivo, el análisis de fondo respecto del correcto balance de derechos ante la solicitud de cancelación y oposición al tratamiento de los datos personales recaerá sobre el IFAI en un nuevo proceso.

Tras dos años y tres etapas procesales distintas, el primer caso de Derecho al Olvido en México vuelve literalmente a fojas cero. Claro que en esta ocasión se asegura el derecho de audiencia a todas las partes interesadas y se abre la puerta a una discusión que considere y pondere de manera adecuada los intereses en juego.

c. COLOMBIA

El año 2012, se dictó en Colombia la Ley Estatutaria N° 1.581, por la cual se dictan las disposiciones generales para la protección de datos personales. La letra e) del artículo 8°, establece que es uno de los derechos de los titulares de datos, la revocación de la autorización de tratamiento o la supresión del dato “cuando en el Tratamiento no se respeten los principios, derechos y garantías constitucionales y legales”.

Por su parte, el Título VII crea la Delegatura para la Protección de Datos Personales, dependiente de la Superintendencia de Industria y Comercio, teniendo facultades de investigación, sancionatorias, divulgación, reglamentarias, entre otras potestades relativas a la protección de datos personales. Tal como en el caso Argentino, el órgano administrativo no participó en el primer caso de Derecho al Olvido en Colombia, pese a que se trata de una causa relacionada con la protección de datos personales.

El primer caso colombiano de Derecho al Olvido (Gloria contra la Casa Editorial el Tiempo, 2015) nace a partir de un reportaje publicado en agosto del año 2000 por el diario El Tiempo de Colombia, relativo a una supuesta red internacional de tráfico de personas y prostitución en Colombia, hechos por los que fueron detenidas y procesadas dieciséis personas. Gloria, una de las

acusadas por estos hechos, trabajaba como vendedora en la agencia de viajes utilizada por el supuesto líder de la organización criminal para la compra de los pasajes utilizados para la comisión del delito de tráfico internacional de personas. Según el esquema planteado por la Fiscalía, Gloria era quien facilitaba los tickets aéreos utilizados para cometer el delito, a sabiendas de los fines para los cuales eran adquiridos. Finalmente, en el año 2008, resultó exonerada por la prescripción de la acción penal.

Trece años después de la publicación de la nota en El Tiempo, la noticia sobre el proceso penal seguía disponible en el sitio web del periódico, además de encontrarse indexada y ser accesible por medio de distintos buscadores de Internet. Tras la publicación de la noticia cuestionada, el periódico no volvió a tratar el tema de la investigación ni el proceso penal, ni menos aclaró que Gloria nunca fue condenada por los hechos publicados. Por este motivo, Gloria presentó el año 2013 un recurso de tutela, exigiendo que la noticia fuera eliminada del sitio web del periódico, basándose en que la nota afectaba no solo su honra y privacidad, sino que también su derecho al debido proceso y al trabajo. Como podemos observar, el procedimiento no se llevó a cabo ante la Delegatura para la Protección de Datos Personales, por lo que no fue el órgano técnico en materia de protección de datos el que resolvió el asunto. Es necesario aclarar que Google no formó parte del proceso desde un comienzo, puesto que la demanda se interpuso directamente contra el diario El Tiempo, no

obstante lo anterior, y habiendo alcanzado el proceso su última instancia ante la Corte Constitucional de Colombia, ésta decide citar a Google como informante en el proceso.

El procedimiento de tutela se inició en un Tribunal Civil de Cali, el que ordenó la rectificación de la noticia original, en el sentido de que se incluyera en esta que la requirente no fue vencida en juicio, motivo por el cual se debe presumir su inocencia. No obstante favorecerle el fallo, la recurrente decide apelar, puesto que su pretensión de eliminar la noticia era incongruente con la decisión del tribunal. Dicho recurso recayó en un tribunal superior de la ciudad de Cali, el cual falló ordenando la completa remoción de la noticia desde el portal web del periódico, puesto que estimó que el derecho de libertad de prensa no es absoluto y que una rectificación no satisfaría los derechos de la tutelante.

Con posterioridad al fallo, a mediados del año 2014, la Sala de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia decidió someter a revisión la causa, haciendo participe como informante a Google Colombia, sociedad que no había participado en el proceso hasta el momento, así como a diversas organizaciones sociales y universidades del país, con el objeto de que entregaran su opinión sobre la materia.

Tomando en cuenta los informes solicitados, la Corte Constitucional de Colombia dictó un fallo que resulta interesante en varios aspectos. En primer lugar, el tribunal realiza un acabado análisis respecto de las tensiones entre los derechos a la información por una parte, y los derechos a la honra y al buen nombre por otra, reconociendo previamente que cuando ciertos actos constitutivos de delito son puestos en conocimiento del público a través de la prensa, los involucrados enfrentan graves dificultades:

“Conforme a esta comprensión, el estigma de la criminalización descende como una celda prematura sobre aquellas personas que se encuentran inmersa en una investigación. Ser sentenciado ante los demás miembros de la sociedad como una persona que potencialmente infringió la ley penal tiene efectos importantes en el goce de los derechos a la honra y al buen nombre” (p. 29).

Además, la Corte reconoce en su fallo que el problema de la perpetuidad de la información en Internet no sólo afecta a la honra, al buen nombre o a la privacidad, sino que también otros derechos, como el derecho al trabajo y a la dignidad humana.

En cuanto al derecho a la información, la Corte reconoce en él un derecho de doble faz, pues no sólo se protege el derecho a informar, sino que también merece resguardo el derecho a ser informado, que “supone el derecho a recibir contenidos veraces e imparciales”, que en el caso de los procesos judiciales, de no existir una actualización de la información, “implica de por sí una forma de

inexactitud, que lesiona también el principio de la veracidad, esencial para resguardar el derecho a la información de los usuarios de los medios de comunicación” (p. 44).

De esta manera, la Corte estima que el derecho a la información no sólo busca proteger a las fuentes de la información, sino también a los receptores, por lo que debe tenerse en cuenta la exactitud y actualización de la información al momento de intentar solucionar la tensión de derechos, y reconoce, por otra parte, que no sólo la privacidad o la honra se pueden ver afectados por la perpetuidad de la información en Internet, sino que también garantías como el derecho al trabajo y a la dignidad humana.

Otro aspecto interesante del fallo es que toma en consideración la prueba tripartita, sistema desarrollado en el sistema interamericano de protección de derechos humanos para determinar cuándo una restricción a la libertad de expresión puede ser utilizada como remedio judicial. Este sistema demanda que la restricción impuesta “cumpla con tres requisitos para considerarse legítima: (i) que la limitación se encuentre contemplada en la ley; (ii) que la misma pretenda garantizar unos determinados objetivos, considerados admisibles; (iii) que aquella sea necesaria para lograr dicho fin” (p. 45).

En este punto iii), garantizar que la medida restrictiva de la libertad de expresión sea necesaria para lograr dicho fin, la Corte identifica las distintas posibilidades para resguardar los derechos de la recurrente. En primer lugar encontramos la alternativa solicitada por Gloria, el borrado de la noticia y la desindexación de la misma por los buscadores de Internet; la segunda alternativa es la utilizada por el tribunal de primera instancia, la rectificación de la noticia por parte de la Editorial el Tiempo; como tercera opción encontramos la desindexación de la noticia por parte de Google y la última alternativa es la utilización de las herramientas “robots.txt” y “metatags”, las cuales permiten al administrador de un sitio web elegir que ciertos sitios o vínculos web dentro del dominio no sean indexados por los buscadores web.

En cuanto a la primera opción, borrar la noticia, la Corte Constitucional de Colombia considera que es una opción que inclina la balanza en exceso en favor al derecho a la honra y el buen nombre, afectando en contrapartida el derecho a la información, motivo por el cual la descarta como solución. Respecto de la segunda solución propuesta, la rectificación de la noticia por el mismo autor de la noticia, se inclinaría la balanza en exceso en el otro sentido, es decir, hacia la protección absoluta del derecho a la información, razón por la que el tribunal también termina por desechar la rectificación como posible solución.

Descartadas las dos primeras opciones, la Corte analiza la tercera solución propuesta, la desindexación por parte de Google de la noticia en cuestión. Ante esta alternativa específica, la Corte Constitucional Colombiana tomó en consideración el principio de la neutralidad de la red, argumentando que imponer a Google la obligación de desindexar la noticia se traduce en transformar a Google en un censor de Internet, implementando una modalidad de control previo. Esta censura sería contraria al principio de la neutralidad de red que se encontraría atada a la libertad de expresión en Internet. Agrega la Corte que esta solución significaría además respecto de Google “hacerle responsable por una información que aquel no generó y por la que no debe endilgársele responsabilidad” (p. 48). Ante estas consideraciones, la Corte decide finalmente descartar la desindexación como alternativa.

La última alternativa y la que la Corte en definitiva acoge como solución en su fallo, es el uso de las herramientas “robots.txt” y los “metatags”, herramientas técnicas que impiden que determinados sitios o vínculos web aparezcan en los servicios de búsqueda de Internet como Google. La razón por la que la Sala se decanta por esta alternativa, es que permite la mantención de la verdad histórica y representa una restricción de menor grado de la libertad de expresión del recurrido, junto con evitar un acceso indiscriminado a la noticia que afecta la honra y nombre de la recurrente, encontrando, en opinión de la

Corte, “la alternativa que mejor permite equilibrar los principios constitucionales en tensión” (p. 49).

En definitiva, la Corte Constitucional de Colombia establece una especie de Derecho al Olvido en Internet según el cual es el titular del sitio web en que se publica la información el responsable de limitar el flujo que recibe el sitio web a través de los motores de búsqueda, utilizando “robots.txt.” y los “metatags”. En el plano teórico esta medida trae como beneficios evitar que sea sólo un grupo de empresas a nivel mundial las que decidan qué información lícita puede o no formar parte del índice de sitios de Internet, atomizando dicha responsabilidad entre los titulares de los sitios web, quienes además no tienen ningún incentivo de actuar como censores previos de su propio sitio web. Asimismo, esta medida permite que la limitación de acceso sea efectiva independiente del país desde el cual se esté accediendo al sitio web del motor de búsqueda.

Como contrapartida, este tipo de medidas es, en la práctica, más restrictiva de la libertad de expresión y de información, puesto que el Derecho al Olvido, al menos en su concepción europea, establece la desindexación del contenido, lo que implica que la información a la que se pretende delimitar su acceso no podrá ser obtenida sólo cuando la búsqueda se realice con el nombre de la persona involucrada. Por su parte, la utilización de “robots.txt” y de “metatags” implica que los vínculos o sitios que contienen los datos personales ya no

podrán ser accedidos desde los servicios de búsqueda de Internet, independiente del término que se utilice en la búsqueda. Finalmente, si se exige al titular que la acción se dirija exclusivamente frente a los titulares de los sitios web en cuestión, se vuelve mucho más complejo obtener la cancelación u oposición al tratamiento de datos, puesto que se debe averiguar quiénes son estos titulares, emplazarlos debidamente, y esperar que la resolución les pueda ser ejecutada en la práctica, puesto que dichos titulares podrían encontrarse establecidos en una jurisdicción distinta que la del titular de los datos.

d. NICARAGUA

Nicaragua consagró con el nombre de “derecho al olvido digital” los recursos de cancelación y supresión, mediante el artículo N° 10° de la Ley de Protección de Datos Personales N° 787 de 2012, en virtud de la cual:

“El titular de los datos tiene derecho a solicitar a las redes sociales, navegadores y servidores que se supriman y cancelen los datos personales que se encuentran en sus ficheros.

En los casos de ficheros de datos de instituciones públicas y privadas que ofrecen bienes y servicios y que por razones contractuales recopilan datos personales una vez terminada la relación contractual, el titular de los mismos puede solicitar que se suprima y cancele toda la información personal que se registró mientras era usuario de un servicio o comprador de un bien.”

Como se desprende del texto de la ley citado, la Ley de Protección de Datos hace sinónimos el derecho al olvido⁹ a los derechos de supresión y cancelación, ya que no establece verdaderos factores que permitan distinguir dichos derechos. La segunda parte del artículo establece que terminada una relación contractual, podrá el titular exigir la supresión y cancelación de la información personal registrada por su contraparte contractual.

En consecuencia, el derecho al olvido digital nicaragüense sólo tiene un alcance de nombres con lo que entendemos como Derecho al Olvido en la presente memoria, vale decir, aquel que establece a los motores de búsqueda como responsables del tratamiento de datos personales, y, en consecuencia, sujetos pasivos de los derechos ARCO, lo que permitiría la desindexación de datos personales desde los motores de búsqueda.

e. COSTA RICA

El año 2012, se promulgó en Costa Rica el Reglamento de la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales, Decreto N° 37.554. El artículo 11 establece el “derecho al olvido”, según el cual:

“La conservación de los datos personales, que puedan afectar a su titular, no deberá exceder el plazo de diez años, desde la ocurrencia de

⁹ Con minúscula para diferenciarlo del Derecho al Olvido ante los servicios de búsqueda según la jurisprudencia europea, objeto de la presente investigación.

los plazos registrados, salvo disposición normativa especial que establezca otro plazo o porque el acuerdo de las partes haya establecido un plazo menor. En caso que sea necesaria su conservación, más allá del plazo estipulado, deberán ser desasociados los datos personales de su titular”.

Lo novedoso de este artículo es que consagra expresamente un plazo de vigencia de 10 años para el tratamiento de datos personales, y, si transcurrido dicho periodo sigue siendo necesaria su conservación, los datos deberán ser disociados. Tal como en el caso de Nicaragua, el derecho al olvido establecido expresamente en Costa Rica sólo presenta un alcance de nombres con el Derecho al Olvido surgido de la doctrina del caso Google España, toda vez que establece una especie de derecho de cancelación. No obstante lo anterior, este Derecho al Olvido establecido en la ley de Costa Rica resulta interesante por cuanto establece una formula rígida y clara para la eliminación o la disociación de los datos transcurrido un plazo de 10 años.

f. ARGENTINA

En el año 2000 se promulgó la Ley de Protección de los Datos Personales, N° 25.326, la cual establece en su artículo 16° los derechos de rectificación, actualización o supresión. El derecho de supresión no procede “cuando pusiese causar perjuicios a derechos o intereses legítimos de terceros, o cuando existiera una obligación legal de conservar los datos”.

El capítulo V por su parte, establece la creación del “Órgano de Control”, el cual tiene potestades reglamentarias, de control y sancionatorias, el cual se concretó a través de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales de Argentina. A continuación revisaremos un fallo que sienta bases para rechazar la procedencia del Derecho al Olvido en Argentina. En este fallo de la Corte Suprema no tuvo participación la Dirección Nacional del Protección de Datos Personales.

El año 2014, la Corte Suprema de Justicia se pronunció acerca del rol de los motores de búsqueda en virtud de un Recurso Extraordinario interpuesto en el marco de un proceso civil de daños y perjuicios presentado por una famosa modelo en contra de Google y Yahoo (Rodríguez, María Belén c/ Google Inc., 2014). El recurso extraordinario es un recurso que se puede ejercer ante la Corte Suprema, y tiene por objeto lograr que la Corte se pronuncie e interprete los preceptos constitucionales a nivel federal. Por ello, si bien el proceso no trata directamente acerca de un caso de Derecho al Olvido, sino de un proceso civil indemnizatorio, si realiza una interpretación de la constitución en relación con el rol de los motores de búsqueda, vinculante dentro del Poder Judicial argentino.

En la causa civil originaria, la demandante exigía indemnización de daños y perjuicios en contra de los servicios de búsqueda de Internet pertenecientes a Google y Yahoo. El fundamento de la demanda fue el uso no autorizado que estos hicieran de su imagen personal, al vincular su nombre a diversos sitios de contenido pornográfico cuando se realizaban búsquedas basadas en el nombre de la demandante. Además, exigió el cese del uso y la eliminación de los señalados vínculos.

El Tribunal de primera instancia accedió a ambas peticiones de la demandante en contra de ambos buscadores. En segunda instancia se delimitó la responsabilidad de los buscadores, toda vez que no constaba en autos que la demandante haya dado cuenta de contenidos lesivos para sus derechos, por lo que no se pudo acreditar la negligencia de los buscadores.

Ambas partes interpusieron recurso extraordinario en contra del fallo de segunda instancia, los cuales fueron concedidos por encontrarse en juego la interpretación de derechos de raigambre constitucional en relación con las funciones de los servicios de búsqueda. En cuanto a los derechos en cuestión, el tribunal reconoce en el considerando 9º del fallo, que en el asunto sometido a su conocimiento se encontraban en juego la libertad de expresión e información, por un lado, y el derecho al honor y a la imagen, por el otro, en relación con los motores de búsqueda.

La Corte falla en favor de Google y Yahoo, ya “que no corresponde juzgar la eventual responsabilidad de los motores de búsqueda de acuerdo a las normas que establecen una eventual responsabilidad objetiva, desinteresada de la idea de culpa. Corresponde hacerlo, en cambio, a la luz de la responsabilidad subjetiva” (p. 10). La principal preocupación de la Corte es, que de establecerse un criterio objetivo de responsabilidad sobre los buscadores de internet, se transformaría un servicio técnico de Internet en un controlador de contenidos generados por usuarios. Así, “la libertad de expresión sería mellada de admitirse una responsabilidad objetiva que –por definición- prescinde de toda idea de culpa”, sin embargo, “hay casos en que el buscador puede llegar a responder por un contenido que le es ajeno: eso sucederá cuando haya tomado efectivo conocimiento de la ilicitud de ese contenido, si tal conocimiento no fue seguido de un actuar diligente” (p. 14).

Finalmente, el tribunal también se declara en contra de la posibilidad de obligar a los buscadores a fijar filtros o bloqueos de vinculaciones para el futuro. El principal argumento para declararse en contra de esta posibilidades se basó en el artículo 13, inciso 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual “El ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias

para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás...”
(p. 20).

En resumen, la Corte Suprema de Argentina es clara en identificar a los buscadores de Internet como entes neutrales y técnicos, responsables subjetivamente solo cuando hayan sido debidamente informados de algún vínculo ilícito, que afecte los derechos fundamentales de las personas. En opinión de la Corte Suprema, en caso de establecerse un criterio objetivo de responsabilidad, irremediablemente se transformaría a los motores de búsqueda en censores a priori de los contenidos en la web.

g. BREVE RESUMEN DEL DERECHO AL OLVIDO EN LA REGIÓN

El estado de la materia en Latinoamérica es tan diverso como lo son las legislaciones en materia de protección de datos y las diferencias socioculturales de la región. Según la jurisprudencia estudiada, podríamos categorizar el estado actual del derecho al olvido en Latinoamérica de la siguiente manera:

- En cuanto a la procedencia del Derecho al Olvido.

En los casos de Perú y México, se le otorga reconocimiento expreso al Derecho al Olvido por parte la autoridad administrativa de protección de datos,

con la salvedad de que la decisión en el caso Mexicano fue revocada por la justicia ordinaria, debido a omisiones en procesales.

En los casos de Argentina y Colombia, el proceso no se inició como un caso de Derecho al Olvido propiamente tal, pero los fallos correspondientes contienen interpretaciones de preceptos constitucionales y legales que cerrarían la puerta al Derecho al Olvido, por considerar que los servicios de búsqueda no son responsables del tratamiento de datos personales. No obstante lo anterior, en el caso de Colombia se falló que el responsable de los sitios web debía utilizar las herramientas “robots.txt” y “metatags”, para evitar que los sitios o vínculos a las noticias que el requirente solicitó eliminar y desindexar, fueran rastreados por los motores de búsqueda. En el caso de Argentina, se estableció que los motores de búsqueda son entes neutrales, por lo que sólo les cabría responsabilidad civil subjetiva por daños, no aplicándoseles en consecuencia las leyes de protección de datos.

- En cuanto al rol de los buscadores de Internet.

En los fallos de Perú y México se ha establecido claramente que los buscadores realizan tratamiento de datos personales, y, en consecuencia, serían responsables de aplicar el Derecho al Olvido cuando corresponda.

En la ribera opuesta encontramos a Argentina y Colombia, países en los cuales la jurisprudencia parece inclinarse por considerar a los buscadores de Internet como entes neutrales y técnicos en el tratamiento de datos personales, debiendo hacerse responsable a los titulares de los sitios web que se busquen desindexar. Además, los fallos de ambos países concuerdan en los riesgos que implica transformar a los motores de búsqueda en censores.

- Medidas técnicas tomadas para restringir el acceso al sitio web en cuestión.

Respecto de las medidas específicas tomadas por los tribunales en los casos de Derecho al Olvido, la variedad de soluciones es casi absoluta: en el ejercicio del derecho de cancelación, las autoridades administrativas de protección de datos de Perú y México ordenaron la desvinculación del nombre del requirente con los resultados del buscador o desindexación¹⁰, la utilización de las herramientas “robots.txt” y “metatags” directamente por el responsable del sitio web en el caso de Colombia y la negación de responsabilidad objetiva del motor de búsqueda en Argentina.

¹⁰ Como se explicó previamente, en el caso de México, el fallo fue revocado y deberá repetirse el proceso, esta vez otorgando derecho de audiencia a los responsables de los sitios web cuyo acceso se buscaba eliminar.

- Desde el punto de vista procesal.

En el caso de Argentina, es la Corte Suprema la que se pronuncia fallando un Recurso Extraordinario acerca del conflicto latente entre privacidad y libertad de expresión y su relación con los motores de búsqueda, en el marco de un juicio de responsabilidad civil. El Recurso Extraordinario tiene por objeto la interpretación de normas de rango constitucional, las que serán vinculantes para el resto de la jerarquía judicial.

En el caso de Colombia, la procedencia del Derecho al Olvido fue observada por el Tribunal Constitucional, en sede de amparo o protección de derechos fundamentales.

En los casos de Perú y México, el órgano encargado de conocer el asunto fue el órgano administrativo competente en protección de datos personales, aunque en el caso de México, el procedimiento continuó posteriormente en sede de amparo de derechos fundamentales, cuyo fallo finamente obligó a comenzar el proceso en sede administrativa desde cero.

- En cuanto a los derechos invocados.

Si bien todas las legislaciones estudiadas cuentan con los derechos ARCO, vemos que no siempre resultan de utilidad al momento de hablar del Derecho al

Olvido, ya que sólo en los casos de Perú y México estos fueron invocados ante la autoridad competente en materia de protección de datos, en ambos casos mediante el ejercicio de los derechos de cancelación y oposición que se encuentran consagrados en ambas jurisdicciones.

En el caso de Colombia, el proceso se ha llevado a cabo en procedimientos de protección o amparo de derechos fundamentales, siendo invocado como el principal derecho afectado en el caso colombiano el derecho a honra y al buen nombre.

IV. DERECHO AL OLVIDO Y LA LEY N° 19.628 SOBRE PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA

a. LEY N° 19.628 SOBRE PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA Y LOS MOTORES DE BÚSQUEDA

La Ley N°19.628 Sobre Protección de la Vida Privada (1999), en adelante LPVP, constituye el cuerpo normativo que regula la protección de los datos personales en Chile. Previo al análisis de la Ley, es necesario aclarar que el objetivo de la LPVP no es un intento de normar orgánicamente la protección de la vida privada, como su título lo sugiere, sino que regula la recolección y uso de los datos de carácter personal, lo cual es sólo una de las materias en que la privacidad tendría un rol (Vial Claro, 2001, pág. 23). Más bien, con la LPVP se buscó instaurar una serie de principios, normas y procedimientos judiciales inéditos en Chile en materia de protección de datos, pero que en la práctica han tenido escasa aplicación. Diversos autores coinciden en que sus principales falencias son la falta de un órgano de control especializado en protección de datos personales; amplias excepciones al requisito de consentimiento del titular del tratamiento de datos, que transforman al consentimiento para el tratamiento

en la excepción más que en la regla general; ausencia de sanciones y recursos judiciales efectivos, entre otros (Arrieta, 2009; Jervis Ortiz, 2003; Viollier, 2017).

Más allá de las críticas, debemos preguntarnos si es posible sostener la existencia de un Derecho al Olvido basado en la ley chilena. La LPVP regula el tratamiento de datos personales, y establece en su artículo 1° la libertad en el tratamiento de datos, ya que “toda persona puede efectuar el tratamiento de datos personales, siempre que lo haga de manera concordante con esta ley y para finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico”.

El tratamiento de datos personales se define en la letra o) del artículo 2° como “cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir, o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma”. Asimismo, el mismo artículo 2° en su letra n) define al responsable del registro o banco de datos como “la persona natural o jurídica privada, o el respectivo organismo público, a quien compete las decisiones relacionadas con el tratamiento de los datos de carácter personal”.

De acuerdo a las definiciones contenidas en la LPVP, en especial las referidas al tratamiento de datos y responsable del registro o base de datos, no nos cabe duda alguna que los motores de búsqueda, bajo la legislación chilena, deben ser considerados como responsables del tratamiento de datos personales. En efecto, los motores de búsqueda realizan al menos los siguientes actos de entre los que la LPVP enumera como verbos rectores de tratamiento de datos: recolección, almacenamiento, organización, extracción y comunicación de datos personales. Respecto de la comunicación, el mismo artículo 2° la define como “dar a conocer de cualquier forma los datos de carácter personal a personas distintas del titular, sean determinadas o indeterminadas”. Es esta función de comunicación pública de datos personales la que genera el debate en torno a la procedencia o no del Derecho al Olvido, pues los motores de búsqueda comunican datos personales a un público masivo en su rol de puertas de entrada a los usuarios de Internet, sin que – hasta el momento- se les exijan las correspondientes responsabilidades correlativas a sus funciones.

En efecto, los motores de búsqueda, ante las solicitudes de búsqueda de sus usuarios, comunican públicamente los resultados contenidos en sus bases de datos. Dentro de dichas bases de datos existe por supuesto una gran cantidad de datos personales, los cuales son previamente *recolectados*, *almacenados*, *organizados*, y, finalmente, *comunicados* a los usuarios del motor

de búsqueda, quienes usualmente serán personas distintas del titular de dichos datos personales.

b. LOS DERECHOS DE LOS TITULARES DE DATOS EN CHILE

Una vez definido que los motores de búsqueda serían responsables del tratamiento de datos personales, debemos preguntarnos qué herramientas les otorgaría la LPVP a los titulares de datos personales para exigir el Derecho al Olvido.

La LPVP consagra una serie de derechos en beneficio de los titulares de datos frente a los responsables del tratamiento de datos personales, con el objeto de lograr que dicha actividad se adecue a lo establecido en la Ley. Los derechos consagrados por la LPVP son los siguientes:

- Derecho de acceso o información (art. 12°): este derecho se puede conceptualizar como aquel derecho que permite al titular de datos solicitar al responsable del tratamiento información respecto de si se tratan o no datos de determinada persona, información respecto de dichos datos, su procedencia y destinatario, el propósito del almacenamiento y la individualización de las personas u organismos a los cuales sus datos son transmitidos.

- Derecho de modificación (art. 12°): Se podrá exigir la modificación de los datos erróneos, inexactos o equívocos.

- Derecho de eliminación (art. 12°): Este derecho es el equivalente al derecho de cancelación, nombre con el cual se conoce mayoritariamente esta facultad en el derecho comparado. El titular de los datos podrá solicitar la eliminación de los datos en caso que su almacenamiento carezca de fundamento legal, cuando estuvieran caducos, cuando los datos hayan sido entregados de forma voluntaria o cuando los datos sean utilizados para fines de comunicaciones comerciales y no desee continuar en el registro respectivo.

Asimismo, el artículo 6° de la LPVP establece que los datos personales deberán ser eliminados o cancelados cuando su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando hayan caducado. Para los legisladores, un dato personal no tendría fundamento legal cuando el dato nunca fue apto para estar en un banco de dato o cuando la finalidad de la institución que recoge los datos no guarda relación alguna con los datos recolectados (como se cita en Cerda Silva, 2012, p 33).

Mientras que el artículo 2° letra d) define el dato caduco como aquel dato que “ha perdido actualidad por disposición de la ley, por el cumplimiento

de la condición o la expiración del plazo señalado para su vigencia o, si no hubiese norma expresa, por el cambio de los hechos o circunstancias que consigna”.

- Derecho de bloqueo (art. 12º): Este derecho procede cuando los datos han sido entregados en forma voluntaria y se revoque dicho consentimiento o cuando los datos sean utilizados para comunicaciones comerciales. Se entiende por bloqueo, la suspensión temporal de cualquier operación de tratamiento de los datos almacenados (art. 2º, letra b). El bloqueo implica que el dato sigue existiendo en poder del responsable de la base de datos, por lo que “no importa la eliminación de los datos incorporados en la base, sino la imposibilidad de acceder a ellos por terminal de consulta” (Cerdeira Silva, 2012, pág. 33).

- Derecho de oposición (art. 3º): Este derecho se encuentra consagrado en título aparte y es de aplicación restringida: “El titular puede oponerse a la utilización de sus datos personales con fines de publicidad, investigación de mercado o encuestas de opinión” (art. 3º). Este derecho pareciera ser idéntico al derecho de bloqueo en cuanto a sus efectos, siendo la única diferencia los casos en que procede.

En consecuencia, si el titular de datos personales quisiera solicitar el Derecho al Olvido frente a los motores de búsqueda en los términos de la LPVP, serían los derechos de eliminación y de bloqueo u oposición los derechos que se debieran ejercer, puesto que son estos derechos los que tendrían como efecto que se prohíba el acceso a terceras persona a determinado dato personal.

De lograrse el ejercicio efectivo de los mencionados derechos en contra de los motores de búsqueda, debemos preguntarnos si la desindexación de determinado sitio web, o la disociación del nombre del titular con los datos personales que se traten, serían un medio efectivo de cumplimiento por parte de los buscadores. Ya que la ley no establece en qué forma se deberá llevar a cabo la eliminación o bloqueo de los datos personales, creemos que la desindexación o disociación de un sitio web debieran, en consecuencia, ser considerados como métodos legítimos en el marco de la LPVP para ejecutar la eliminación o bloqueo de un dato personal de la base de datos del buscador. El contenido de dicho dato personal eliminado o bloqueado sería la información relativa a si existe uno o más sitios web en el cual se menciona información referente al titular de datos objeto de la búsqueda, los que se comunican al usuario solicitante de la información en forma de vínculos a los sitios web.

Finalmente, en la LPVP encontramos reguladas dos situaciones que se asemejan al Derecho al Olvido en su estructura: el bloqueo de antecedentes penales y el de antecedentes crediticios. Estos sirven como antecedentes para contextualizar el Derecho al Olvido dentro de la normativa nacional, al mismo tiempo que pueden servir de ejemplos al buscar una solución normativa al Olvido. Estas situaciones se asemejan al Derecho al Olvido en que el tratamiento de datos personales es realizado por un tercero distinto del titular de los datos y distinto de la fuente original que recolectó dichos datos, y, tal como en el caso de los motores, existe una cuarta parte interesada en tener acceso a dichos datos, vale decir, aquellos usuarios del servicio o registro en cuestión. En ambos casos, si bien el tratamiento fue lícito en su origen, en virtud del transcurso del tiempo, pierde la protección del ordenamiento jurídico y cede ante otros derechos del titular de los datos. Así, la principal diferencia de estos casos frente al Derecho al Olvido en Internet, es que se trata de casos regulados expresamente por la Ley.

A continuación, se presenta un breve resumen respecto del tratamiento de ambas instituciones en la LPVP:

- Deudas de carácter económico: el tratamiento de estos datos se encuentra regulado en el artículo 18° de la Ley, que establece que pasados 5 años desde que se hizo exigible una deuda de carácter

económica, financiera, bancaria o comercial, los responsables de los registros o bancos de datos personales no podrán comunicar dicha información, por lo que una información obtenida y publicada lícitamente, se transforma con el paso del tiempo y de pleno derecho, en un tratamiento prohibido;

- Antecedentes penales: el segundo caso se encuentra tratado en el artículo 21° de la Ley, que establece que los organismos públicos que sometan a tratamiento datos personales relativos a condenas por delitos, infracciones administrativas o faltas disciplinarias, no podrán comunicarlos una vez prescrita la acción penal o administrativa, o cumplida o prescrita la sanción penal.

Como se puede observar, en ninguno de los casos anteriormente señalados se establece la eliminación de los datos personales como forma de solucionar el conflicto entre los intereses de las partes involucradas, sino que se utiliza el bloqueo de dichos datos, pues la prohibición es sólo de comunicar los datos a terceros y no se trata de una prohibición de almacenarlos. Asimismo, podemos observar que el criterio utilizado en ambos casos para determinar el bloqueo de los datos es el transcurso de un lapso de tiempo determinado por ley.

En nuestra opinión, en el caso del Derecho al Olvido frente a los motores de búsqueda, establecer un plazo fijo para su procedencia no sería una solución equilibrada, dada la gran cantidad de situaciones diversas ante las que nos podemos encontrar cuando hablamos de un servicio de búsqueda de sitios web. No obstante lo anterior, como hemos expuesto en el capítulo II, el factor tiempo es uno de los parámetros que se deben tener en cuenta al analizar la procedencia del Derecho al Olvido, pues este puede incidir en la calidad de los datos tratados y la relevancia o pertinencia del tratamiento de datos en relación con la finalidad. En los casos de los antecedentes penales y crediticios, la categoría de datos que se tratan se encuentran claramente delimitada, lo cual permite en gran medida prever el resultado de la regulación. Mientras que cuando hablamos de los motores de búsqueda, una solución temporal y rígida generaría frecuentemente soluciones que pondrían en riesgo el equilibrio entre la intimidad y la autodeterminación informativa, por una parte, y la libertad de expresión y de información, por la otra parte.

c. EL PRINCIPIO DE FINALIDAD DEL TRATAMIENTO DE DATOS EN LA LEY N° 19.628 Y EL DERECHO AL OLVIDO

Tal como establecimos en la sección II, el Derecho al Olvido tiene como principal fundamento legal el principio de la finalidad. Simultáneamente, la finalidad opera como un límite a este derecho: casos en que exista un interés

público actual; que la información trate sobre personajes públicos, especialmente si se vinculan al poder político; fines estadísticos, históricos o artísticos, todos casos en los que en virtud de la finalidad del tratamiento de datos no aplicaría este derecho.

En el caso de la LPVP, la finalidad tiene su consagración expresa en el artículo 9° de la LPVP, según el cual “los datos personales deben utilizarse sólo para los fines para los cuales hubieran sido recolectados”. En virtud de este principio, el responsable del tratamiento de datos personales debe circunscribir siempre el uso de datos personales al fin para el cual se recolectaron los datos, por lo que de incumplirse, se le otorga al titular de los datos la facultad de ejercer el derecho de cancelación o eliminación. Respecto del principio de la finalidad, Cerda Silva (2012) opina que:

“En doctrina, se ha elevado el principio de finalidad, a que debe sujetarse el tratamiento de datos, a la categoría de derecho subjetivo del titular de los mismo, sosteniéndose que este dispone del derecho a un uso conforme a fin de los datos que le conciernen. Si bien se lo mira, puede apreciarse en ellos la concurrencia del derecho de cancelación o eliminación, el cual tiene lugar una vez han cesado las condiciones que legitiman el tratamiento de tales datos, como acontece una vez satisfecha la finalidad que justificó su recogida, o bien ante una desviación en el empleo de los mismos para un fin diverso de aquél” (pág. 27).

A su vez, el principio de finalidad se relaciona estrechamente con el principio de la información y consentimiento del titular, ya que, por regla general, la

finalidad del uso de los datos es aquella para la cual el titular entregó su consentimiento. Este principio de la información y consentimiento se encuentra expresamente contenido el artículo 4° de la LPVP, según el cual el tratamiento de datos personales se puede realizar sólo cuando la ley lo autorice o el titular de los datos consienta expresamente en ello. Para que la autorización del titular sea válida, el párrafo segundo del artículo 4° incluso exige que la persona que autoriza sea informada respecto del propósito del almacenamiento de los datos personales.

De no respetarse la finalidad y/o consentimiento, procedería la eliminación o bloqueo –cancelación u oposición en la terminología europea-, lo que podría suceder por una serie de diversos supuestos: irrelevancia actual del dato, exceso de datos comunicados en relación a la finalidad, la modificación en las circunstancias que impediría cumplir con la finalidad original, entre otros posibles supuestos. En consecuencia, este dato perdería su fundamento o vigencia en relación con la finalidad del tratamiento, haciendo procedente los derechos de eliminación o bloqueo, según corresponda.

En conclusión, del análisis conjunto del principio de finalidad y del consentimiento, en los términos de la LPVP, nos permitiría fundamentar la procedencia de un Derecho al Olvido en Chile mediante el ejercicio de los derechos de eliminación o bloqueo consagrados en el artículo 12° de la Ley N°

19.628, en los casos en que se logre determinar que no se cumple con la finalidad que legitimaría su tratamiento, siguiendo la doctrina emanada del caso Google España.

d. PROCEDIMIENTOS POR LOS QUE PODRÍA EJERCERSE EL DERECHO AL OLVIDO EN CHILE

En el marco de la LPVP, el ejercicio de los derechos que dicha ley consagra se realiza mediante el Habeas Data. Sin embargo, y como veremos más adelante en la sección de jurisprudencia nacional, ha sido el Recurso de Protección el único medio por el que se ha ejercido el Derecho al Olvido en Chile. A continuación analizaremos brevemente ambos recursos:

i. HABEAS DATA

El Habeas Data es el recurso judicial establecido por la LPVP para ejercer los derechos en ella consagrados. El Habeas Data es el símil del Habeas Corpus en materia de protección de datos, de esta forma “el habeas data se presenta como un subtipo de la acción de amparo o habeas corpus, que como todos sabemos significa ‘traer el cuerpo’ o ‘dadnos el cuerpo’, de manera que el habeas data se traduce como ‘traer el dato’ o ‘dadnos el dato’ ” (Jervis Ortiz, 2003, pág. 27). Por otra parte, ya que en la LPVP no existe un órgano

administrativo de protección de datos personales, se excluye toda posibilidad de recursos administrativos para las personas que ven afectados sus derechos en la materia.

El habeas data procede, si el responsable del registro o banco de datos no se pronunciare sobre la solicitud de información, modificación, bloqueo, cancelación o eliminación de datos personales del requirente dentro de dos días hábiles o denegare dicha solicitud (art. 16° LPVP). En consecuencia, de intentar el Derecho al Olvido mediante el ejercicio de los derechos de eliminación o bloqueo, debemos primeramente dirigirnos a los servicios de búsqueda, para posteriormente recurrir al recurso de Habeas Data.

El tribunal competente será el Juez Civil de Turno correspondiente al domicilio del responsable del banco de datos. En cuanto al procedimiento en sí, este se trata de un procedimiento abreviado, y se encuentra regulado en su totalidad por el artículo 16° de la LPVP. El procedimiento se inicia al presentar una reclamación ante el Tribunal Civil de Turno, la cual debe contener al menos una indicación clara de la infracción cometida y los hechos que la configuran, y deberá acompañar los medios de prueba que los acrediten, en su caso.

Una vez notificado el reclamo, el responsable del banco de datos deberá contestar el traslado dentro de quinto día hábil, señalando sus descargos y

adjuntar los medios de prueba que acrediten los hechos en que los funda. De no disponer de medios probatorios, el responsable deberá así indicarlo, ante lo cual no será necesario fijar un término probatorio, en caso contrario, si el responsable ofrece medios probatorios, se fijará un término probatorio dentro de quinto día hábil para presentar la prueba ofrecida, pero no acompañada. Esta facultad otorgada al demandado “constituye uno de los puntos más criticables de este procedimiento pues vulnera uno de los principios fundamentales de todo procedimiento cual es el de la bilateralidad de la audiencia” (Jervis Ortiz, 2003, pág. 4), puesto que en definitiva la procedencia o no de la audiencia de prueba será facultativa del demandado. Esta situación sólo viene a empeorar la asimetría de la información existente entre demandante y demandado en los procedimientos de protección de datos, puesto que la transferencia de datos personales se hace de forma privada entre los responsables, siendo altamente improbable que el demandante cuente con los antecedentes necesarios para probar el tratamiento ilegítimo de los datos personales.

Finalmente, la sentencia deberá ser dictada dentro de tercero día de vencido el plazo para presentar descargos. En caso de haberse decretado audiencia de prueba, el plazo correrá desde vencido el plazo fijado para ella. Contra la sentencia definitiva procederá el recurso de apelación en ambos efectos, el cual deberá interponerse dentro de quinto día, contados desde la notificación de la sentencia. El fallo que se pronuncie sobre la apelación no será susceptible del

recurso de casación. Una vez acogida la reclamación, el tribunal deberá ordenar el cumplimiento de la resolución y podrá decretar una multa de 1 a 10 UTM.

En cuanto a la responsabilidad por las infracciones a la Ley, el artículo 23° establece que “la persona natural o jurídica privada o el organismo público responsable del banco de datos personales deberá indemnizar el daño patrimonial y moral que causare por el tratamiento indebido de los datos”, y a continuación en el inciso segundo, que “la acción consiguiente podrá interponerse conjuntamente con la reclamación destinada a establecer la infracción”. En opinión de Jervis (2003) “al hablar la ley de “tratamiento indebido de datos (...) se concluye que: se exige culpa o negligencia en el actuar del responsable de datos, desechando de esta manera la inclusión de responsabilidad de tipo objetivo o estricto, siguiendo las reglas generales en materia de responsabilidad” (pág. 32).

Como ya hemos mencionado, este procedimiento no ha tenido la aplicación que se esperaba cuando se publicó la LPVP, por lo que solicitar el Derecho al Olvido por este medio resulta a lo menos complejo. Entre los motivos de su escasa aplicación podemos mencionar los siguientes: la dificultad de acreditar la infracción legal debido a la asimetría de la información entre titular y responsable de los datos; los elevados gastos de litigar en un proceso que

potencialmente puede durar meses en caso de alcanzar la segunda instancia ante la Corte de Apelaciones; las bajas multas establecidas por la LPVP, que difícilmente serán un desincentivo para realizar un tratamiento abusivo o ilegítimo de datos personales; y el desconocimiento transversal por parte de los titulares de datos, abogados y jueces acerca de los derechos, obligaciones y procedimientos de la LPVP, lo cual es más bien una consecuencia de los demás factores identificados.

ii. RECURSO DE PROTECCIÓN

Ha sido el recurso de Protección, consagrado en el art. 20 de la Constitución Política de la República (Decreto N° 100, 2005) el recurso judicial más utilizado para la Protección de Datos Personales y es en este procedimiento el único donde encontramos fallos relativos al Derecho al Olvido en Chile. A nivel constitucional no existen principios o derechos que protejan específicamente la autodeterminación informativa o la protección de datos personales, por lo que la doctrina y jurisprudencia, para argumentar las causas relativas a la protección de datos personales, ha debido ampararse principalmente en la garantía constitucional del artículo 19 N° 4 de la Constitución Política: “el respeto y la protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”. Otros derechos invocados en recursos de protección relativos a protección de datos han sido “el derecho de propiedad (esto por la conocida propietarización de los

derechos), o bien, el derecho al libre desarrollo de la actividad económica” (Jervis Ortiz, 2003, pág. 5).

Sin embargo, la situación constitucional de la protección de datos podría cambiar profundamente, ya que se encuentra acordado por ambas cámaras del Congreso el proyecto de ley Boletín 9384-07, una modificación al Art. 19 N° 4 de la Constitución, el cual agrega en este numeral “la protección de sus datos personales” y a continuación delega la regulación del tratamiento y protección de estos datos a la ley. De ser aprobado el proyecto por el Presidente de la República, dará paso a una protección más precisa a nivel constitucional a los datos personales, permitiendo que los recursos de protección de derechos fundamentales se fundamenten autónomamente en la protección de los datos personales, sin necesidad de recurrir a otros derechos, como la honra y la vida privada, que no siempre serán aptos para proteger a los titulares de datos frente a tratamientos indiscriminados de datos.

Es el mismo artículo 20 de la Constitución el que admite la posibilidad de presentar el recurso de protección sin perjuicio de los demás recursos existentes (el habeas data en el caso de la protección de datos). La Corte Suprema en el fallo de un recurso de protección (Marchant Navarrete Fermín con Sr. Presidente de Bancoestado, 2012) aseguró que “la existencia de un procedimiento especial contemplado en la Ley N° 19.628 no obsta el ejercicio

de la acción de protección, porque ésta puede ejercerse sin perjuicio de otros derechos”.

Entre los motivos de porque ha sido el recurso de protección el más utilizado en materia de protección de datos, están sus claras ventajas comparativas respecto del habeas data para el que recurre: “la informalidad, su carácter inquisitorio, la unilateralidad y su breve y concentrado procedimiento” (Navarrete Pradenas, 2008, pág. 72). Sin embargo, esta vía también presenta inconvenientes, aunque en cierta medida todos compartidos con el recurso de habeas data. El primer inconveniente, es que el recurso de protección es fallado por jueces que en su mayoría no conocen en profundidad el contexto en que se producen los conflictos de protección de datos, por lo que difícilmente puedan realizar una interpretación adecuada de cómo aplicar una norma tan específica como la LPVP. El segundo inconveniente deriva del primero, ya que el desconocimiento de la norma y su ámbito de aplicación ha implicado que los fallos en materia de protección de datos se caractericen por su desnutrida argumentación jurídica, situación que se ve agravada por el carácter concentrado y de urgencia que tiene el recurso de protección, que impide realizar un estudio lato del asunto y sus circunstancias fácticas y jurídicas. Un tercer problema es el elevado volumen de recursos de protección que cada sala de la Corte Suprema o de Apelaciones debe revisar anualmente. A modo de ejemplo, el año 2015, de los 38.074 recursos ingresados en la Corte Suprema,

29.430 fueron apelaciones de protección. Cada una de las cuatro salas de la Corte Suprema, compuesta por 5 jueces cada una, debió conocer en promedio 23 recursos de protección diarios¹¹ (Instituto Nacional de Estadísticas, 2016), lo que demuestra un excesivo uso de este recurso, que evidentemente impacta en la calidad de las resoluciones.

e. DERECHO AL OLVIDO EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA

No obstante la deficiente legislación existente en materia de protección de datos personales en Chile, es posible encontrar casos en los que se ha discutido la procedencia del Derecho al Olvido, aunque ninguno de ellos mediante el ejercicio de los recursos y procedimientos contenidos en la LPVP. En efecto, toda la jurisprudencia encontrada respecto del Derecho al Olvido corresponden al ejercicio del recurso de protección. A continuación se analizan los más recientes casos de Derecho al Olvido en Chile, en orden cronológico:

¹¹ Número aproximado. Cada sala revisó un promedio de 22.97 recursos de protección por día. El número se obtiene al dividir el total de recursos de apelación de protección fallados, por el número de salas y el resultado se divide por el total de días laborales del año 2015, es decir 253 días.

**i. JORGE ABBOTT CHARME CONTRA GOOGLE Y PÁGINAS WEB
CHILENAS (2012)**

En julio de 2012 la Corte de Apelaciones de Valparaíso fallo en la Causa Rol N° 228-2012 el que puede ser considerado el primer caso de Derecho al Olvido en Chile. El recurrente en este caso, interpuso recurso de protección contra Google.cl y diversos sitios web, en los cuales se habrían publicado dichos injuriosos respecto de su persona. Fundamenta su acción en que en los hechos se estaría vulnerando la garantía constitucional del artículo 19 N° 4 de la Constitución, vale decir, el respeto y protección de la vida privada, así como la honra de su persona y su familia, motivos por los cuales exige la eliminación de toda información injuriosa en contra suya y de su grupo familiar. En efecto, en los sitios web mencionados se le imputaba al recurrente el haber cometido actos de corrupción en el ejercicio del cargo de Fiscal Regional del Ministerio Público, información que a su vez era replicada por el motor de búsqueda Google.cl.

La Corte acogió el recurso de protección, en atención a que “no cabe la menor duda que, tanto el recurrente como su familia, han sido afectados por publicaciones difundidas en internet (...) en donde se les formulan graves imputaciones en contra de su honra referida concretamente al respeto y protección de la vida privada...” (considerando 1°), solicitando en definitiva la

“eliminación en las respectivas páginas web mencionadas (...) de las informaciones injuriosas que en ellas consignan” y que “el buscador Google.cl establezca, computacionalmente, los filtros necesarios, para evitar publicaciones que presentan carácter injurioso, o de cualquier tipo y bajo cualquier circunstancia, siempre que esta publicación se incurra en una afectación constitucional como la mencionada...” (considerando 4°).

En este contexto, llama la atención que el fallo decreta como injuriosa la información publicada que da motivo al recurso, toda vez que las injurias y calumnias son delitos tipificados, vale decir, que la descripción precisa de las acciones u omisiones que son considerados como delito y a los que se les asigna una pena o sanción se encuentra señalada en la Ley, por lo que para acreditar el delito de injuria se requiere previamente del pronunciamiento de la justicia penal declarando la existencia del delito. Por otra parte, no existiendo un fallo que haya decretado las publicaciones como injuriosas, se extraña profundamente la ponderación de los derechos de los involucrados: el derecho a la libre expresión de quienes hayan publicado la información; así como el derecho de acceso a la información de todos aquellos usuarios de internet interesados en acceder a la información, todos derechos de rango constitucional.

Sin embargo y a pesar de la gravedad de lo expuesto, el aspecto más preocupante del fallo es que la Corte ordena a Google.cl “para evitar publicaciones que presentan carácter injurioso, o de cualquier tipo y bajo cualquier circunstancia” en que se afecte la garantía del artículo 19 N° 4, establecer los filtros necesarios para evitar publicaciones injuriosas. En otras palabras, la Corte olvida los efectos relativos de las sentencias, ordenando que Google se transforme en un censor previo de contenidos injuriosos -“o de cualquier tipo y bajo cualquier circunstancia”- en que se afecte el derecho a la privacidad, sin que sea necesario si quiera, que dichos contenidos sean calificados como tal por la justicia penal, o que al menos se haga la correcto análisis de derechos y garantías fundamentales involucrados por la justicia mediante recurso de protección o habeas data.

Sin duda esta sección del fallo demuestra los riesgos de no contar con claridad en materia de protección de datos, pues exige a Google que adopte funciones que deben corresponder a la justicia y no a una empresa privada, como lo sería la decisión de censurar o eliminar contenido, restringiendo la libertad de expresión. Además demuestra claramente porque se hace necesario contar con una agencia u órgano administrativo técnico con conocimientos en protección de datos personales, no sólo desde lo jurídico, sino que también con conocimientos acerca de la técnica de la computación.

Finalmente, este fallo nos da claros indicios de que se hace necesario regular expresamente el Derecho al Olvido, con objeto de evitar el arbitrio excesivo en una materia tan sensible como el equilibrio entre la protección de los datos personales y las libertades de expresión e información en el contexto de los servicios de búsqueda de Internet.

ii. GRAZIANI LE-FORT ALDO CON EMPRESA EL MERCURIO

S.A.P. (2016)

En causa Rol N° 22.243-2015, la Tercera Sala de la Corte Suprema de Chile falló la apelación de un recurso de protección reconociendo, erróneamente, el Derecho al Olvido en beneficio del recurrente.

Decimos que dicho reconocimiento es erróneo, por cuanto la acción constitucional en cuestión se interpuso directamente contra el autor de la publicación, -Diario El Mercurio-, y no ante el motor de búsqueda de Internet, siendo por tanto un fallo contrario a la doctrina emanada del caso Google España, que establece este Derecho específicamente frente a los servicios de búsqueda. No obstante lo anterior, creemos importante estudiar el fallo en cuestión, puesto que parte de la argumentación que se tuvo en consideración al momento de dictar la sentencia, tanto respecto de los votos de mayoría como

de los de disidencia, se realizó en el entendimiento de estar fallándose un caso de Derecho al Olvido.

El recurrente alega que una noticia publicada en el portal en línea de noticias del diario “El Mercurio” en el cual se informa su participación en hechos constitutivos de abuso sexual de menores, le impedía “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” (considerando 1°).

Ante la solicitud del recurrente, el máximo tribunal no duda en reconocer que, pese a que en nuestro ordenamiento jurídico no se consagra en forma expresa el Derecho al Olvido, tal situación no sería impedimento al momento de proteger la vida privada, el honor y la dignidad de las personas, de este modo, se señala a modo de ejemplo la normativa de borrado de antecedentes penales, borrado de antecedentes comerciales, la Ley N° 19.628 de Protección de la Vida Privada, entre otras normas, tendrían por objeto proteger los mencionados derechos.

En cuanto a la colisión de derechos que se produciría entre la protección de la vida privada, la honra y dignidad de las personas, por una parte, y el derecho a la libre expresión y el derecho a informa, por la otra, el tribunal toma una postura clara al señalar que:

"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 arbitraria 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" (considerando 5°).

En otras palabras, el Tribunal niega la posibilidad de una real colisión entre protección de la vida privada y la libertad de expresión, puesto que en su opinión el factor tiempo siempre otorgaría una solución clara al aparente conflicto. Este punto de la sentencia llama la atención y más aún en el contexto de la causa, ya que esta gira en torno a la eliminación de una noticia por abusos sexuales contra menores, uno de los delitos en los que se podría argumentar que la privacidad del imputado cede ante la necesidad de la sociedad de saber en todo momento quiénes son, donde están y qué hacen los condenados por este tipo de delitos. Sin ánimo de querer entrar a discutir el fondo del delicado asunto de los abusos sexuales y los registros de abusadores, resulta por lo menos llamativo que el Tribunal haya dado por solucionado el asunto de forma tan categórica, sin siquiera tomar en consideración la naturaleza misma del asunto judicial objeto de la noticia, el cual debió ser, al menos, uno de los factores a considerar en la justificación del fallo.

El factor tiempo, como único criterio de resolución ante el conflicto que puede suscitarse entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad y a la vida privada, puede ser insuficiente para justificar la limitación a la libertad de expresión, ya que resulta complejo determinar un punto exacto en el tiempo en que el derecho a la información ceda ante el derecho a la privacidad, sin atender a las demás circunstancias específicas del caso. Por otra parte, el tribunal no toma en consideración el hecho de que la publicación que se busca eliminar fue realizada con fines periodísticos, los cuales se protegen con un estándar mayor al del resto de las libertades informativas o de expresión por la propia Constitución chilena. De hecho, el mismo artículo 1° de la LPVP establece que no se aplicará dicha ley al tratamiento de datos “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”, vale decir, la Ley 19.733 Sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo. En consecuencia, si bien los ministros creían estar ante un caso de Derecho al Olvido, la realidad es que el procedimiento ni siquiera entra en el ámbito de la protección de datos personales.

En este mismo sentido se pronuncia la Ministra Sandoval en voto disidente del recurso en comento:

“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”.

Pese a la ausencia en el voto de mayoría de análisis de la naturaleza misma de la noticia, este sí logra reconocer que el Derecho al Olvido no es absoluto, sino que, respecto de situaciones de interés periodístico “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” (considerando 5°).

Otro elemento interesante del fallo en comento, es el paralelo que realiza entre los registros públicos de condenas y los medios de comunicación, pues el tribunal reconoce tácitamente que los medios de comunicación se pueden transformar, ante la opinión pública, en verdaderas fuentes oficiales de información penal. Por ello, en opinión de los sentenciadores:

“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” (considerando 5°).

En definitiva, el tribunal parece tener una noción correcta respecto de lo que el Derecho al Olvido tiene como objeto, al reconocer que “de lo que se trata no es que la noticia deje de existir, sino de no brindar accesos automáticos y facilitadores que hagan más difícil o imposible la recuperación y reinserción social del individuo y de su familia” (considerando 5°). Lamentablemente, la solución establecida por la Corte Suprema no se condice con la conclusión alcanzada, toda vez que lo ordenado fue la eliminación de la noticia, sin considerar como alternativa la desindexación desde los motores de búsqueda, lo que cumpliría el objetivo declarado de evitar el acceso masivo y automatizado al sitio web de la noticia, aplicando además el Derecho al Olvido en sentido estricto.

Finalmente, si bien el tribunal basa su decisión principalmente en la protección de los derechos del artículo 19 N° 4 de la Constitución, es decir la protección de la vida privada y la honra, creemos que difícilmente podría considerarse este asunto dentro la vida privada del recurrente, toda vez que se trata de hechos ya publicados en diarios de circulación nacional, sobre delitos probados de abuso sexual de menores mientras el recurrente cumplía sus funciones como miembro de la policía, una institución pública. Tampoco podría decirse que es el recurrido quién mancilla la honra del recurrente con sus actos, ya que es el mismo recurrente quién puso en entredicho su honra mediante sus propios actos, los cuales son de alta connotación social.

No obstante la falta de coherencia que se puede identificar en el fallo, el Tribunal reconoce que la condena eterna por los medios de comunicación tiene además efectos colaterales gravísimos en las posibilidades de reinserción social del recurrente y de los familiares o cercanos del afectado, lo que sin duda puede afectar sus esferas laborales, educativas y otras de índole patrimonial, y que podrían ser sustento suficiente para limitar la hipervisibilización de las noticias relativas a los hechos penales en que se vio involucrado el recurrente.

La errónea aplicación del Derecho al Olvido, así como la decisión adoptada por el Tribunal –la eliminación de la noticia-, demuestra la falta de conocimiento técnico y legal sobre la materia de protección de datos y Derecho al Olvido, imponiendo en definitiva un límite preocupante a la libertad de expresión y prensa, así como al derecho a informar y de acceso a la información.

Este fallo resulta paradigmático acerca de los riesgos de la falta de órganos especializados para decidir acerca de conflictos relativos a la protección de datos personales, así como de la falta de normas, principios y procedimientos que realmente generen un marco regulatorio de la materia.

iii. VILA CON EMPRESA PERIODÍSTICA LA TERCERA S.A. (2017)

El 9 de Agosto de 2017, la Corte Suprema falló un segundo caso en Chile sobre Derecho al Olvido propiamente tal, vale decir, aquel interpuesto ante un motor de búsqueda web solicitando el borrado o desindexación de datos de carácter personal subidos a Internet por terceros distintos del motor de búsqueda. El recurso de protección en cuestión fue también interpuesto ante dichos terceros que publicaron la información, algunos de los principales conglomerados periodísticos del país.

El recurrente, alega que ciertas publicaciones que informan acerca de delitos por él cometidos durante el año 2008, y por los cuales fue condenado en el año 2009, afectan arbitraria e ilegalmente su derecho al honor (artículo 19 N° 4), a la protección de la integridad síquica (artículo 19 N° 1) y a la libertad de trabajo (artículo 19 N° 16) protegidos por la Carta Fundamental.

En efecto, el recurrente fue condenado como autor de los delitos de abuso sexual, hurto y lesiones graves, terminando de cumplir su pena tres años después de ser condenado, el año 2012, y siendo finalmente eliminados sus antecedentes penales el año 2014 en virtud del decreto Ley N° 409 (1932), aproximadamente 6 años después de la comisión de los delitos.

La Corte Suprema rechazó el recurso de protección, tanto respecto de Google como de las empresas periodísticas, argumentando que:

“uno de los delitos cometidos por el recurrente, es el de abuso sexual, por tratarse de un ilícito que resulta ‘de interés colectivo o general conocer o difundir’ y respecto del cual, es relevante el ‘resguardo de derechos de terceros’, es claro que existe un interés público en que la información sea conocida, razón por la cual, la libertad de información prevalece sobre el derecho a la honra y a la privacidad que invoca el recurrente.

Así lo ha decidido esta Corte, en que tratándose de información sobre delitos, en los cuales el interés público lo ha asimilado a la relevancia pública, prevalece la libertad de información sobre los derechos antes indicados” (considerando 7°).

El fallo en comento muestra un claro cambio de criterio respecto de la procedencia del Derecho al Olvido declarado por la misma Tercera Sala de la Corte Suprema en el fallo de la causa Graziani Le-Fort Aldo Con Empresa El Mercurio S.A.P. (2016) anteriormente analizada, según el cual “el lapso de más de diez años transcurridos desde la fecha de la noticia –periodo 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” (considerando 5°). Este fallo de 2015, también relativo a información periodística referente a la comisión del delito de abuso sexual, considera el factor tiempo como el de mayor relevancia al momento de determinar la procedencia del Derecho al Olvido, mientras que el presente fallo

se agrega como factor la relevancia pública, la que se encontraría siempre presente al tratarse de noticias que informan de la comisión de un delito, independiente de la gravedad de estos.

De seguir estrictamente el raciocinio seguido por la Corte Suprema para fundamentar su fallo, nunca procedería el Derecho al Olvido en Internet, cuando la información a la cual se busca limitar su acceso dice relación con hechos delictuales. En consecuencia, por el simple hecho de tratarse de un delito, la información tendría relevancia pública, sin que el Tribunal Supremo reconozca la existencia de un límite temporal. Entendiendo lo extrema que esta postura puede llegar a ser aplicada a delitos de menor relevancia pública y/o gravedad de sus efectos en la sociedad, la Ministra Rosa Egnem, que si bien concurre con el fallo, plantea a modo de aclaración o prevención al fallo de la mayoría que “son las particularidades de cada caso las que inciden en la formación de la convicción que lleva a resolver en un determinado sentido”. En el caso particular, la relevancia pública viene dada por tratarse el delito de un abuso sexual “circunstancia particular la descrita, que evidentemente interesa en alto grado a la comunidad toda atendida su entidad”. Asimismo, y en relación con el aspecto temporal, la Ministra Egnem opina que el mencionado interés público “no puede entenderse morigerado con ocasión del tiempo hasta ahora transcurrido, razón por la que, en el contexto actual ya aludido, debe prevalecer

el derecho a la información por sobre los demás invocados en el presente recurso”.

Finalmente, el voto de disidencia del señor Aránguiz cree necesaria la introducción de un criterio objetivo para definir la procedencia del Derecho al Olvido, puesto que si “casi diez años después de verificado un delito –por más grave que sea- la sociedad tuviera necesidad de seguir recordándolo a través de los motores de búsqueda porque resultaran ‘de interés público’, es que esa sociedad ha borrado con el codo lo que ha escrito con la mano en su Código Penal y en sus leyes especiales respecto a la reinserción y rehabilitación social del delincuente”.

Si bien creemos que el establecimiento de un criterio objetivo temporal no es la solución adecuada a la problemática del Derecho al Olvido, por cuanto haría en extremo rígida la valoración de derechos en juego, si estamos de acuerdo en la necesidad de fomentar la reinserción y rehabilitación social, no obstante de la relevancia social del delito, toda vez que los medios de prensa solo informan una fracción de los delitos ocurridos. Debido a esto, sólo un porcentaje menor de condenados y/o imputados ven sus delitos comunicados en los medios de prensa, los que, de seguir el criterio del voto de mayoría, se verán eternamente publicados en Internet e indexados en los motores de búsqueda, disminuyendo sus posibilidades de reinserción a la sociedad. Mientras que todo aquel que

cometa o sea imputado por un delito, y tenga la suerte de pasar desapercibido para la prensa, tendrá la oportunidad de intentar su reinserción social una vez cumplida su pena y borrados sus antecedentes penales. Los criterios para la procedencia del Derecho al Olvido en estos casos la dejamos a la valoración de derechos aplicada al caso concreto, pero dicha evaluación debiera considerar el valor social de la reinserción.

iv. ANA SILVA UMAÑA Y OTROS CON DIARIO RED DIGITAL Y OTROS (2017)

Esta causa se diferencia de los recientes casos de Derecho al Olvido invocados en Chile, en que los requirentes no fueron condenados ni imputados por delito alguno. Recurren de protección de derechos fundamentales ante la Corte de Apelaciones de Santiago, los familiares de una persona fallecida en una explosión, exigiendo el borrado de fotos y videos del cadáver de su pariente quemado por el accidente, las cuales fueron subidas a internet por diversos sitios web. El requerimiento se interpuso ante Google, así como en contra de los sitios web que publicaron originalmente las imágenes en cuestión, las que posteriormente fueron indexadas por los servicios de Google.

La línea argumentativa de la defensa de Google es similar a la que presentó ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Costeja, en donde

adujo ser un simple intermediario entre los titulares de los sitios y los usuarios del motor de búsqueda en su función de indexador de páginas web, argumento que en definitiva fue rechazado por el Tribunal Europeo. En efecto, la defensa de Google Inc. argumenta que:

“...el buscador de Google se limita sólo a indexar de manera neutral sitios web públicos disponibles en internet, ejercicio similar al que realizan las páginas blancas en relación a número de teléfonos y direcciones, por lo cual, cuando alguien sube un nuevo contenido a Internet y lo hace público, Google sólo indexa aquello que es público. Sin embargo, si el contenido es eliminado por la página de origen desaparece del buscador de Google.

Como consecuencia de lo anterior, indica, que quién sube los contenidos a las web es responsable del contenido de las páginas, pues puede unilateralmente excluir todo o parte del contenido de los motores de búsqueda de Internet” (considerando 2°).

La Corte acepta la defensa de Google, rechazando por ende el recurso de protección, ya que en opinión de los magistrado la función de Google sería “sólo indexar la diversa información pública existente en la red digital y que ha sido subida con anterioridad por otros actores, que son realmente los responsables de la existencia de dicha información disponible al público en Internet” (considerando 7°). Sumado a lo anterior, en opinión de la Corte:

“lo que pretenden los recurrentes es invocar o exigir que los recurridos actúen como un especie de censor de la información que se publica por diversos y numerosos actores que la suben a la red digital o Internet, donde tendrían que, en forma previa, verificar los contenidos de dicha información, rol que no les corresponde y, además, si así ocurriera podrían estar afectando gravemente libertades personales protegidas

por el ordenamiento jurídico a la que tienen derecho personas, profesionales o entes jurídicos” (considerando 8°).

Resulta preocupante que la Corte aceptase con ligereza el argumento de la neutralidad de los motores de búsqueda, siendo que en atención a la Ley N° 19.628 de Protección de la Vida Privada (1999), resulta evidente que el actuar de Google se corresponde con al menos uno de los verbos rectores que definen el tratamiento de datos, vale decir, la recolección, almacenamiento, grabación, organización, elaboración, selección, extracción, confrontación, interconexión, disociación, comunicación, cesión, transferencia, transmisión o cancelación de datos de carácter personal. Google, bajo los criterios de la LPVP, es claramente responsable del tratamiento de Datos Personales, independiente de que la información en cuestión haya originalmente sido subida por un tercero, por lo cual la supuesta neutralidad frente al tratamiento de datos quedaría descartada.

Asimismo, también resulta discutible el argumento de la censura previa, toda vez que el recurso de protección exige medidas ex-post y por hechos consumados, y cuyo fallo es de efecto relativo para las partes.

Lamentablemente la sentencia no fue apelada, motivo por el cual no podremos saber si la Corte Suprema hubiese mantenido o modificado el criterio de la Corte de Apelaciones en este caso.

v. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA CHILENA EN MATERIA DE DERECHO AL OLVIDO

De todos los países latinoamericanos, es Chile donde se plantea el caso más preocupante desde el punto de vista del precedente jurisprudencial, toda vez que es el único país en que el tribunal, creyendo aplicar el Derecho al Olvido, ordenó el borrado del sitio web en donde se publicó el reportaje (Graziani Lefort, Aldo con Empresa El Mercurio S.A.P), que por lo demás trataba sobre hechos judiciales verídicos, donde el recurrente fue sentenciado por delitos de alta connotación social, habiendo transcurrido además escasos años desde el cumplimiento de la pena.

Asimismo, también es en Chile donde encontramos el único fallo en que se ordenó a un motor de búsqueda el establecimiento de un filtro previo, ordenando que se desindexen informaciones “de cualquier tipo y bajo cualquier circunstancia” en que se afecte el derecho a la privacidad (Jorge Abbott Charme contra Google y páginas web chilenas), lo cual es otorgarle a Google el carácter de organismo censor de contenidos, con los consiguientes riesgos que ello implica para la libertad de expresión y el derecho a la información. Por suerte Google no fue correctamente emplazado en dicho procedimiento, habiéndose simplemente hecho parte a quien solicitó el dominio por mandato de Google,

por lo que dicho fallo nunca fue notificado a Google y, en consecuencia, no fue implementado.

En los restantes dos casos de Derecho al Olvido, los recursos de protección fueron rechazados. En el primer caso el rechazo se debió por intentarse respecto de información periodística relativa a hechos penales, que según la opinión mayoritaria del fallo nunca perderían su interés y relevancia para el debate público (Vila con Empresa Periodística La Tercera S.A.); mientras que en el segundo caso, el fallo de la Corte de Apelaciones acepta el argumento del buscador acerca de la neutralidad en el tratamiento de datos de los servicios de búsqueda en Internet (Ana Silva Umaña y otros con Diario Red Digital y otros).

La existencia de herramientas técnicas y eficaces para limitar el acceso a información publicada en sitios web, como lo es la desindexación por parte del buscador, o incluso desde el sitio web fuente de la información mediante “robots.txt” y “metatags”, que logran un mayor balance entre la protección de los datos personales y la libertad de expresión, hablan claramente del desconocimiento técnico de los tribunales chilenos en la materia. Asimismo, resulta evidente la urgencia de contar con un organismo técnico en materia de datos personales en el país, que se especialice en el contexto legal y técnico del tratamiento de datos personales.

Otro aspecto preocupante en la jurisprudencia chilena, es que todos los fallos estudiados encuentran su origen en un Recurso de Protección de derechos fundamentales, siendo fallado en dos casos por la Corte de Apelaciones, y en los dos restantes por la Corte Suprema, no habiendo sido utilizado nunca el proceso establecido por la Ley de Protección de la Vida Privada ni los derechos en ella consagrados.

En conclusión, el análisis conjunto de la jurisprudencia chilena en materia de Derecho al Olvido resulta en un fuerte argumento a favor de la consagración expresa de este Derecho por dos motivos: en primer lugar, demuestra el creciente interés de las personas de determinar la finalidad de sus datos de acuerdo a los principios que establece la LPVP, específicamente de poder controlar la información que del titular de los datos es indexada por los motores de búsqueda, y que no siempre respeta los principios contenidos en la LPVP, especialmente el principio de finalidad; en segundo lugar, la jurisprudencia nacional es tan equivocada, que en ninguno de los cuatro fallos estudiados se utilizan los mismos criterios para resolver, resultando en consecuencia en un alto grado de incerteza jurídica cuando hablamos de la protección de datos personales y el Derecho al Olvido. Especialmente preocupante son los fallos “Graziani Le Fort”, en que el tribunal resuelve la eliminación de la noticia desde la fuente periodística; y el fallo “Jorge Abbott”, en el que se ordena a Google establecer un filtro previo en todo caso que se afecte la privacidad. Ambos fallos

afectan fuertemente la libertad de expresión, según se encuentra consagrada en la Constitución y los tratados internacionales reconocidos por Chile, y desconocen la regulación en materia de protección de datos (Ley N° 19.628) y la regulación sobre el ejercicio del periodismo (Ley N° 19.733).

f. FUTURO DE LA LEY N° 19.628 SOBRE PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA

Actualmente, existen dos proyectos de Ley en tramitación en el Congreso Nacional. El primero de ellos fue promovido y presentado por el Poder Ejecutivo, Boletín N° 11.144-07 (2017). El segundo de ellos, corresponde al Boletín N°11.092-07 (2017) iniciado por moción de un grupo de Senadores. Ambos proyectos fueron refundidos para ser tramitados en conjunto y buscan modificar radicalmente el régimen actual de protección de datos personales.

El proyecto refundido no hace mención alguna al Derecho al Olvido, pero si regula en su artículo 15 bis, párrafo final, a los motores de búsqueda y otros servicios:

“Las personas naturales o jurídicas que presten servicios de infraestructura, plataforma, software u otros servicios para el almacenamiento o procesamiento de los datos, o para facilitar instrumentos de búsqueda, no tendrán la calidad de responsable de datos para los efectos de esta ley, salvo que tomen decisiones acerca de los medios y fines del tratamiento de datos, en cuyo caso

responderán de acuerdo a las normas previstas en esta ley para los responsables de datos, sin perjuicio de las demás responsabilidades y sanciones que les pueda caber por el incumplimiento de contratos o infracciones legales”.

Una posible interpretación del artículo 15 bis del proyecto, es que este busca establecer claramente que el responsable del motor de búsqueda no será nunca responsable de los datos personales publicados por terceras personas en sitios que se encuentren indexados en el buscador, pero no queda claro si los índices de búsqueda en sí mismos podrán o no ser considerados como tratamiento de datos bajo la nueva ley.

El artículo 15 bis del proyecto, según su redacción actual, no otorga muchas luces acerca de qué efecto tendrá ante las solicitudes de cancelación y de oposición que se intenten contra los motores de búsqueda y demás servicios incorporados en este artículo. El texto en cuestión establece que no serán responsables del tratamiento de datos personales los servicios que menciona, salvo que éstos decidan acerca de los medios y fines en que se realiza el tratamiento de datos, en cuyo caso responderán de acuerdo a las normas de la ley. Resulta extraña la inclusión y redacción de este artículo 15 bis, pues parece no cambiar en nada la regla general, según la cual se considerará responsable del tratamiento de datos a quién decida acerca de los medios y fines del mencionado tratamiento. Por estos motivos, nos parece que esta norma no

aporta al proyecto de ley, haciendo la aplicación de la ley de protección de datos ambigua respecto de los servicios que regula.

Creemos que no es prudente explayarse en demasía en el análisis del resto del proyecto refundido, pues se encuentra aún en etapa de discusión y será sin duda alguna sometido a un sinnúmero de modificaciones durante el proceso que le resta para llegar a convertirse en ley. No obstante, todo parece indicar que el proyecto refundido es la reforma más seria ala LPVP, que además se concreta tras un largo periodo de debate y análisis de las deficiencias más graves de las que adolece el marco legal actual.

Las reformas más relevantes que se observan en el texto refundido son las siguientes:

- Se crea la Agencia de Protección de Datos con facultades de fiscalización y sanción a los responsables del tratamiento de datos personales.
- Se aumentan las multas, pasando de las actuales 1 a 10 UTM, a multas que parten en 1 UTM pero que podrían elevarse hasta las 5.000 UTM. Es decir multas hasta 500 veces más altas que la mayor multa actualmente contenida en la LPVP.

- Se establece el principio del consentimiento como principal fuente de legitimidad del tratamiento de datos y se fortalecen otros principios, como el de finalidad, calidad y seguridad de datos.
- Se establece una lista taxativa de fuentes accesibles al público. Sigue siendo una excepción al principio del consentimiento, pero el principio del consentimiento pasaría a ser la regla general (Boletín 11.092-07).
- Además, se establecen nuevos estándares para el tratamiento de datos sensibles, datos correspondientes a menores de edad, se regula el tráfico transfronterizo de datos personales siguiendo los parámetros técnicos de la OCDE y se crea nueva regulación para el tratamiento de datos por organismos públicos.

En conclusión, el estado actual del proyecto no es auspicioso para el Derecho al Olvido, toda vez que el artículo 15 bis del proyecto refundido es ambiguo acerca del rol de los motores de búsqueda en relación con el tratamiento de datos, no quedando claro en qué casos podrán ser considerados como responsables. No obstante lo anterior, es de esperar que el nuevo proyecto presente una gran mejora a los estándares actuales de protección de datos en Chile.

**g. ACERCA DE LA NECESIDAD DE CONSAGRAR
EXPRESAMENTE EL DERECHO AL OLVIDO EN CHILE**

Una buena ley de Protección de Datos es aquella que logra el equilibrio entre los beneficios sociales que reporta la mantención de registros o bases de datos personales para la sociedad y la economía, con los derechos de las personas titulares de los datos, individualmente considerados. La LPVP, al regular el tratamiento de datos personales, reconoce su legitimidad y necesidad social. Ejemplos de cómo el tratamiento de datos es relevante para el desarrollo social, son las bases de datos con información económica y comercial, que otorgan viabilidad económica al sistema crediticio (art. 4°); las bases de datos de los prestadores de salud, la cual resulta imprescindible para la prestación de servicios de salud y previsión; sin mencionar la creciente importancia de los datos en la economía digital, debido al aumento en las capacidades de producción, almacenamiento y procesamiento de datos. Sin embargo, nos parece evidente que la actual LPVP se encuentra inclinada en beneficio de los responsables del tratamiento de los datos, vale decir los distintos órganos estatales y personas jurídicas o naturales que utilizan los datos personales como parte de sus funciones o actividades, ya que se les otorga una excesiva libertad para el tratamiento de datos personales en desmedro de las garantías fundamentales de los titulares de los mismos.

En este contexto, creemos que la consagración expresa del Derecho al Olvido en la LPVP nos acercaría a alcanzar el equilibrio deseado entre la protección de los datos personales y la intimidad de los titulares de datos personales, por una parte; y la libertad de expresión y el derecho a la información, por la otra.

Como consecuencia de la falta de claridad respecto del contenido del Derecho al Olvido, los tribunales chilenos han fallado los casos a ellos sometidos de forma heterogénea, aplicando para cada uno de los casos criterios y soluciones diversas, lo cual socava la certeza jurídica en materia de protección de datos. En efecto, en los cuatro fallos chilenos analizados previamente, el criterio de solución aplicado ha sido distinto: en un comienzo se optó por acoger el Derecho al Olvido, ordenando al motor de búsqueda a establecer filtros previos en cualquier circunstancia que amenace el derecho a la honra y a la privacidad (Jorge Abbott Charme contra Google y Páginas Web Chilenas, 2012); en el segundo caso de estudio la Corte Suprema creyendo dar aplicación al Derecho al Olvido, ordena la eliminación de una información periodística directamente por el medio de prensa que la generó, en atención a que el interés público de una información periodística relativa a un delito debe ceder con el paso del tiempo a la protección de la privacidad y honra del afectado (Graziani Le-Fort Aldo con Empresa El Mercurio S.A.P, 2015); en el tercer fallo estudiado, la Corte Suprema cambia de criterio, denegando el

Derecho al Olvido, por cuanto una información periodística jamás perdería el interés público (Vila con Empresa Periodística La Tercera S.A., 2017); y, finalmente, en el último fallo analizado se rechaza el Derecho al Olvido, en atención a que los motores de búsqueda serían entes neutrales frente al tratamiento de datos (Ana Silva Umaña y Otros con Diario Red Digital y Otros, 2016).

Además del hecho de que los jueces han invocado criterios distintos en cada uno de los fallos de Derecho al Olvido, también “muchas acciones de protección que invocan el Derecho al Olvido son rechazados bajo la argumentación que el Derecho al Olvido no existe en nuestra legislación positiva”, lo que demuestra que los jueces desconocen que “el llamado Derecho al Olvido no es un derecho ni una categoría jurídica, sino el nombre mediático que los periodistas y los usuarios de Internet han dado al derecho de cancelación de datos personales...” (Reusser Monsálvez, 2018, pág. 166).

En consecuencia, resulta evidente, ante los cambios de criterios y errores conceptuales de los Tribunales nacionales, y la necesidad real de controlar nuestros datos frente a los motores de búsqueda, que el Derecho al Olvido debe ser regulado expresamente, y de tal forma aclarar el ámbito de aplicación de este derecho, declarando a los servicios de búsqueda como responsables

del tratamiento de datos; cuales serían las causales genéricas de aplicación; derechos que se deben invocar y el procedimiento para exigir su aplicación.

Sin embargo, debemos tener en consideración que una norma mal planteada en un tema tan sensible como la limitación de derechos fundamentales, puede incluso transformar la LPVP en una ley aún más desequilibrada de lo que ya lo es.

Un intento de establecer el Derecho al Olvido en Chile fue el Proyecto de Ley Boletín N° 9.388-03, moción que fue ingresada en el Senado el año 2014. El texto propuesto buscaba agregar al artículo 1° de la LPVP el siguiente inciso:

“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 o sitios web, le dará derecho al titular a ejercer el recurso contemplado en el artículo 16”.

Si bien debemos destacar que este proyecto de ley reconoce a los motores de búsqueda como responsable del tratamiento de datos y resulta coherente con el procedimiento de Habeas Data, lo cual significaría un gran avance hacia la consagración del Derecho al Olvido en Chile, la técnica legislativa resulta deficiente por los siguientes motivos:

1.- La norma propuesta establece que se podrá exigir la eliminación de datos de carácter personal directamente frente a los motores de búsqueda y cualquier sitio web, por lo que, a contrario sensu, no sería posible exigir los demás derechos consagrados en la LPVP frente a los motores de búsqueda.

2.- Se establece el derecho además frente a responsables de sitios web, situación que ya se encuentra regulada por la LPVP. Un sitio web que realice tratamiento de datos personales es claramente responsable por dicho tratamiento, siendo actualmente posible para el titular de los datos ejercer frente al responsable del sitio todos los derechos consagrados en la LPVP, incluidos los de eliminación y bloqueo.

3.- No se establecen excepciones para el ejercicio del derecho al Olvido, por lo que se podría interpretar que independiente de los fines del tratamiento, siempre procedería el Derecho al Olvido y que este se trataría de un derecho absoluto.

4.- Finalmente, resulta llamativo que se buscara incorporar el Derecho al Olvido en el artículo 1º, el cual establece, en su inciso primero, el ámbito de aplicación de la LPVP, mientras que el inciso segundo consolida el principio de la libertad en el tratamiento de datos. Sería mucho más razonable la inclusión del Derecho al Olvido en el título II, que trata “De los derechos de los titulares de datos”.

Por todo lo anterior, llama la atención que el Boletín N° 9.388-03 diga estar inspirado en el caso Google España y en las legislaciones europeas que reconocerían este derecho, ya que, en virtud de lo expuesto, la técnica legislativa utilizada podría alejarnos aún más de los estándares europeos establecidos en el nuevo Reglamento de Protección de Datos Europeo.

Si algo nos ha enseñado la LPVP, es que no debemos imitar o adoptar conceptos y tendencias del derecho comparado sin un análisis y estudio profundo de sus implicancias y aplicabilidad dentro del contexto nacional. La reforma a la LPVP y la posible adopción del Derecho al Olvido deben realizarse poniendo especial énfasis en la realidad del país y la región, muy distinta a la de nuestros pares europeos en materias de institucionalidad jurídica, política y social, actividades económicas relevantes, valores culturales, sólo por nombrar algunas diferencias que se deben tomar en consideración.

Finalmente, creemos que la consagración del Derecho al Olvido debe estar necesariamente acompañada de una reforma mayor a la regulación de protección de datos personales en Chile. En efecto, para que el potencial Derecho al Olvido en Chile cumpla sus objetivos y tenga aplicación real, se requiere de un ente técnico administrativo encargado de la protección de datos, dotado de facultades sancionatorias mediante un procedimiento eficaz y expedito, así como una legislación que asegure un ejercicio real de los

derechos y principios consagrados en la LPVP, principalmente los de finalidad, consentimiento y calidad de los datos.

V. CONCLUSIONES

1.- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableció en el marco del denominado caso Google España, que los motores o servicios de búsqueda en Internet realizan tratamiento de datos personales en los términos de las normas europeas de protección de datos personales. Ante esta definición del TJUE, los servicios de búsqueda deben responder ante las solicitudes de cancelación y oposición presentadas por los ciudadanos de los países miembros de la Unión Europea, cuando el tratamiento sea inadecuado, no pertinente o excesivo en relación con los fines del tratamiento y cuando los datos tratados no estén actualizados o se conserven durante un período superior al necesario; incluso cuando dicho tratamiento pudo ser lícito en su origen. Esta facultad es la que actualmente se conoce en doctrina como Derecho al Olvido, el cual se materializa mediante la desindexación de los vínculos web cuando la búsqueda se realiza utilizando el nombre del titular de los datos.

2.- El Derecho al Olvido surge ante la necesidad de protección de la intimidad de las personas frente al avance de las nuevas tecnologías de la información y comunicación. Los servicios de búsqueda de Internet tratan grandes volúmenes de datos personales, cuya comunicación puede ser altamente lesiva para sus

titulares, al mismo tiempo que su publicación y mantención en Internet puede presentar escaso valor informativo para la sociedad. Por ello, cuando en los casos que proceden el Derecho al Olvido, la libertad de expresión y las libertades de informar y recibir información deben ceder ante el derecho a la intimidad, la autodeterminación informativa y la protección de los datos del titular, lo que permitiría a las personas controlar la información que acerca de ellos se comunica o transmite.

3.- El estudio de la jurisprudencia nacional relativa al Derecho al Olvido – siempre ejercido mediante el Recurso de Protección- es equivocada y usualmente desproporcionada en sus soluciones, al mismo tiempo que demuestra escaso conocimiento en materia de protección de datos e Internet. El reconocimiento expreso del Derecho al Olvido vendría a delimitar con claridad su ejercicio en el marco de Internet, permitiendo un control efectivo de la información personal que circula en Internet, estableciendo a su vez sus excepciones, usualmente cuando la información posee interés público; así como el ámbito de aplicación de este derecho.

4.- Finalmente, del análisis comparado de normas y jurisprudencia comparada, así como del estudio de la ley N° 19.628 y jurisprudencia chilena relativa al Derecho al Olvido, podemos concluir que Chile requiere una urgente actualización a la norma de protección de datos personales, estableciendo derechos claros y efectivos a los titulares de datos, una autoridad administrativa

con conocimiento técnico en la materia, así como un procedimiento expedito que permita ejercer los derechos que consagra la Ley N° 19.628. En aquellos países con un marco jurídico de estas características, como por ejemplo el caso de Perú, el análisis fáctico y jurídico del Derecho al Olvido contiene una sofisticación no encontrada en la jurisprudencia nacional, lo que denota un mayor conocimiento no sólo en materia de protección de datos, sino que de la realidad autónoma que significa Internet. Esta mayor sofisticación permite que las soluciones jurídicas equilibren de mejor manera los bienes jurídicos en juego en materia de Derecho al Olvido y protección de datos en general. De no realizarse estas mejoras a la Ley N° 19.628, incluso en el caso de consagrarse expresamente el Derecho al Olvido, se corre el riesgo que éste presente escasa aplicación práctica, o que su aplicación resulte desproporcionada en relación con los fines deseados.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) ALEXY, R. (2008). La fórmula del peso. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (págs. 13-42). Quito: Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos.
- 2) ALEXY, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 3-14.
- 3) ANGARITA, N. R. (2017). ¿Derecho al olvido en el ciberespacio? Principios internacionales y reflexiones sobre las regulaciones latinoamericanas. *Hacia una Internet libre de censura II*, 199-226.
- 4) ARRIETA, R. (2009). Chile y la protección de datos personales: compromisos internacionales. *Chile y la Protección de Datos Personales ¿Están en crisis nuestros derechos fundamentales?* (págs. 13-22). Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- 5) ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. (2014). *Guidelines on the implementation of the court of Justice of the European Union judgment on "Google Spain and Inc V. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González" C-131/12*. Brussels.
- 6) BERTRAM, T., BURZTEIN, E., CARO, S., CHAO, H., CHIN, R., FLEISCHER, P., . . . VERNEY, A. (31 de Diciembre de 2017). *Three years of the Right to be Forgotten*. Obtenido de <https://drive.google.com/file/d/1H4MKNwf5MgeztG7OnJRnl3ym3gIT3HUK/view>
- 7) BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (1999). *Historia de la Ley N° 19.628 Sobre protección de la vida privada*.
- 8) CARBONELL, M. (2008). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. En *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (págs. 9-12). Quito: Ministerior de Justicia y Derechos Humanos.
- 9) CERDA SILVA, A. (2012). *Legislación sobre protección de las personas frente al tratamiento de datos personales*. Santiago: Centro de Estudios en Derecho Informático.
- 10) CONSUMER WATCHDOG. (7 de julio de 2015). www.consumerwatchdog.org. Obtenido de <http://www.consumerwatchdog.org/resources/ltrftcrtbf070715.pdf>

- 11) CUEVA, L. M. (2010). El Derecho a la Protección de Datos: Novedades y Problemas. *Curso de Verano: Organismos Internacionales y Nuevo Orden Mundial*, (págs. 1-16). Aranjuez.
- 12) HERRERA CARPINTERO, P. (2016). El derecho a la vida privada y las redes sociales en Chile. *Revista Chile de Derecho y Tecnología*, 87-112.
- 13) INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. (2016). *Justicia. Informe Anual 2015*. Obtenido de http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/calendario_de_publicaciones/pdf/justicia_web.pdf
- 14) JERVIS ORTIZ, P. (2003). Derechos del Titular de Datos y Habeas Data en la Ley 19.628. *Revista Chilena de Derecho Informático*, 19-33.
- 15) LETURIA I., F. (2016). Fundamentos Jurídicos del derecho al olvido. *Revista chilena de Derecho*, 91-113.
- 16) MAGDALENO ALEGRÍA, A. (2006). *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho*. Madrid: Congreso de los Diputados.
- 17) MAYER-SCHÖNBERGER, V. (2009). *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*. Princeton: Princeton University Press.
- 18) MIERES, L. J. (2014). *El derecho al olvido digital*. Fundación Alternativas. Obtenido de http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/e0d97e985163d78a27d6d7c23366767a.pdf
- 19) MUÑOZ MASSAOUH, A. M. (2015). Eliminación de datos personales en Internet: El reconocimiento del derecho al olvido. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 4(2), 251-261.
- 20) MURILLO DE LA CUEVA, P. L. (1993). *Informática y protección de datos personales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- 21) NAVARRETE PRADENAS, S. (2008). *La Protección de Datos Personales en Chile y la Ley 19.628*. Valdivia: Universidad Austral de Valdivia.
- 22) PÉREZ LUÑO, A.-E. (2006). *La Tercera Generación de Derechos Humanos*. Aranzadi.
- 23) POSNER, E. (2014). *We All Have the Right to be Forgotten*. Obtenido de http://www.slate.com/articles/news_and_politics/view_from_chicago/2014/05/the_european_right_to_be_forgotten_is_just_what_the_internet_needs.html

- 24) RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHO HUMANOS. (30 de diciembre de 2009). *Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Obtenido de http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/libro/contenido_MJIAS.html#ppp1
- 25) REPORTERS WITHOUT BORDERS. (2012). *Internet Enemies Report*. París.
- 26) REUSSER MONSÁLVEZ, C. (2018). *Derecho al Olvido. La protección de datos personales como límite a las libertades informativas*. Santiago: Der Ediciones.
- 27) ROCHET, J. C. (2004). Two-sided markets: an overview. *Institut d'Economie Industrielle working paper*.
- 28) ROSEN, J. (13 de 2 de 2012). *The Right to be Forgotten*. Obtenido de Stanford Law Review: <http://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox/right-to-be-forgotten>.
- 29) SUÑÉ LLINÁS, E. (2002). *Tratado de Derecho Informático* (Vol. 1). Madrid: Universidad Complutense Madrid.
- 30) TALCIANI CORRAL, H. (2017). *El derecho al olvido en internet: antecedentes y bases para su configuración jurídica*. Revista Jurídica Digital Uandes. Obtenido de <http://rjd.uandes.cl/index.php/rjduandes/article/view/7/4>
- 31) TERWAGNE, C. D. (2012). Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. *Revista de Internet, Derecho y Política*., 53-66. Obtenido de http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n13-terwagne_esp/n13-terwagne_esp
- 32) VÍAL CLARO, F. (2001). La Ley 19.628 sobre protección de datos de carácter personal. Una visión General. *Cuadernos de extensión jurídica*., 23-36.
- 33) VIOLLIER, P. (2017). *El Estado de la Protección de Datos Personales en Chile*. Santiago.
- 34) ZAMORA, H. V. (2012). El derecho a la libertad de expresión: ¿Una limitante al poder estatal? (A propósito del diálogo intersubjetivo en una sociedad democrática). *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*(2), 355-369.

JURISPRUDENCIA

Rol	Nombre	País	Tribunal	Tipo de recurso	Fecha	Pág. referencia
R. 522. XLIX	Rodríguez, María Belén c/ Google Inc.	Argentina	Corte Suprema de Justicia de la Nación	Recurso Extraordinario	28 de octubre de 2014	91 - 95
22.243-2015	Graziani Le-Fort Aldo contra Empresa El Mercurio S.A.P.	Chile	Corte Suprema	Recurso de Protección	21 de enero de 2015	122 - 129
228-2012	Jorge Abbott Charme contra Google y páginas web chilenas	Chile	Corte de Apelaciones de Valparaíso	Recurso de Protección	15 de noviembre de 2001	119 - 122
11256-2011	Marchant Navarrete Fermín con Sr. Presidente de Bancoestado	Chile	Corte Suprema	Recurso de Protección	27 de enero de 2012	117
11.746 - 2017	Vila con Empresa Periodística La Tercera S.A.	Chile	Corte Suprema	Recurso de Protección	9 de agosto de 2017	129 - 133
125.580-2016	Ana Silva Umaña y otros con Diario Red Digital y otros	Chile	Corte de Apelaciones de Santiago	Recurso de Protección	2 de octubre de 2017	133 - 136
T-4296509	Gloria contra la Casa Editorial el Tiempo	Colombia	Corte Constitucional	Recurso de Tutela	12 de mayo de 2015	80 - 89
C-131/12	Google España SL y Google Inc. v. Agencia	España	Gran Sala del Tribunal de	Cuestión prejudicial	13 de mayo de 2014	12 y ss.

	Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González		Justicia Europea			
PPD.0094/14	Google México, S de R.L. de C.V.	México	Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos	Cancelación y Oposición al tratamiento de datos personales	Enero de 2015	76 – 80
95/2016	Revista Fortuna contra IFAI	México	Séptimo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Primera Región	Recurso de revisión	7 de julio de 2016	76 - 80
N° 045.2015-JUS/DGPDP, 012-2015-PPT	-----	Perú	Dirección General de Protección de Datos Personales	Cancelación y Oposición al tratamiento de datos personales	30 de diciembre de 2015	69 - 76
Ref. 1 BvR 209/83	-----	Alemania	Tribunal Constitucional Federal Alemán	----	15 de diciembre de 1983	47
-----	Citizens United v. Federal Election Commission	Estados Unidos	Corte Suprema de los Estados Unidos	----	21 de enero de 2010	55
898/2010	-----	España	Agencia Española de Protección de Datos	Cancelación y Oposición tratamiento de datos pers.	24 de mayo	2

LEGISLACIÓN

Ley	Nombre	Jurisdicción	Lugar y fecha de publicación	Fecha	Pág. referencia
N° 19.628	Ley de Protección de la Vida Privada	Chile	Santiago, 28 de agosto de 1999	28 de agosto de 1999	100 y ss.
Reglamento UE 2016/679	Reglamento General de Protección de Datos	Unión Europea	Bruselas, 27 de abril de 2016	27 de abril de 2016, vigente desde el 25 de mayo de 2018	27 y ss.
15 U.S.C. §§ 1681-1681x	Fair Credit Reporting Act	USA	26 de octubre de 1970	26 de octubre de 1970	24
DTO 100	Constitución Política de la República	Chile	Santiago, 22 de septiembre de 2005	21 d octubre de 1980	116 y ss.
N° 29.733	Ley de Protección de Datos Personales	Perú	Lima, 3 de julio 2011	3 de julio de 2011	69 - 76
-----	Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares	México	México D.F., 5 de julio 2010	5 de julio de 2010	76 - 80

Ley Estatutaria N° 1.581	Disposiciones Generales para la Protección de Datos Personales	Colombia	Bogotá, 18 de octubre de 2012	18 de octubre de 2012	80 - 89
N° 787	Ley de Protección de Datos Personales	Nicaragua	Managua, 21 de marzo	21 de marzo de 2012	89 - 90
Decreto N° 37.554	Reglamento a la Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales	Costa Rica	San José, 5 de marzo de 2013	5 de marzo de 2013	90 - 91
N° 25.326	Ley de Protección de los Datos Personales	Argentina	Buenos Aires, 30 de octubre de 2000	30 de octubre de 2000	91 - 95
Directiva 95/46/CE	Protección de los Datos Personales	Unión Europea	- - - - -	24 de octubre de 1994	13 - 35
Resolución 217 A (III)	Convención Americana de Derechos Humanos	Organización de Estados Americanos	San José, 22 de noviembre de 1969	10 de diciembre de 1948	35 y ss.

PROYECTOS DE LEY

N° Boletín	Nombre	Jurisdicción	Fecha de Ingreso	Cámara de Origen	Pág. referencia
N° 11.144-07	Regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales	Chile	15 de marzo de 2017	Senado	139 - 143
N° 11.092-07	Sobre protección de datos personales	Chile	17 de enero de 2017	Senado	139 – 143
N° 9.388-03	Modifica Art. 13 de la Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, para establecer el derecho al olvido, de los datos personales almacenados en motores de búsqueda y sitios web	Chile	11 de junio de 2014	Senado	146 - 149
N° 9384-07	Consagra el derecho a protección de los datos personales	Chile	11 de junio 2014	Senado	116 - 119