



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL

ACTUALES CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS MOTORES DE BÚSQUEDA

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor:

IGNACIO JAVIER LOW MIRANDA

Profesor guía:

CLAUDIO PAUL MAGLIONA MARKOVICTH

Santiago de Chile
Diciembre 2020

TABLA DE CONTENIDO

I. INTRODUCCIÓN

II. BREVE INTRODUCCIÓN AL DERECHO AL OLVIDO EN EL DERECHO EUROPEO

a. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO EN EL ASUNTO C -131 / 12.

b. LEGISLACIÓN EUROPEA

c. IMPACTO DEL DERECHO AL OLVIDO EN LA EXPERIENCIA EUROPEA

III. DERECHO AL OLVIDO EN EL DERECHO NACIONAL

a. POR QUÉ SU RECEPCIÓN NO INICIA CON LA SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO EN LA CAUSA ROL C-228-2012

b. RECEPCIÓN DEL DERECHO AL OLVIDO: SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA EN LA CAUSA CARATULADA “ALDO GRAZAIANI LE-FORT CON EMPRESA EL MERCURIO S.A.”

c. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

d. PERSPECTIVAS EN EL FUTURO

IV. CONCLUSIONES

V. BIBLIOGRAFÍA

VI. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

RESUMEN

Este ensayo analiza el reconocimiento del derecho al olvido en el ordenamiento jurídico chileno a partir de nuestra jurisprudencia. Además, señala los criterios que la Corte Suprema de nuestro país ha establecido para resolver la colisión (o eventual colisión) de derechos fundamentales en la problemática que subyace al derecho al olvido (lo reconozca o no cómo tal) y entrega posibles caminos que podrían tomar nuestros tribunales sobre la materia en el futuro.

Inicia este ensayo, para una adecuada comprensión del tema, una breve introducción del derecho al olvido en el derecho europeo y el efecto que ha tenido su reconocimiento para así comprender a cabalidad la problemática, sus soluciones e importancia práctica.

I. INTRODUCCIÓN

En 2012 la Corte de Apelaciones de Valparaíso¹ resolvió, conociendo de una acción de protección presentada por el actual Fiscal Nacional Jorge Abbott Charme, ordenar al motor de búsqueda Google establecer los mecanismos necesarios para evitar que, como resultado de la búsqueda del nombre del abogado, surjan publicaciones que tengan el carácter de injuriosos.

En 2014 el Tribunal de Justicia Europeo en el asunto C-131 / 12 interpretó la normativa europea de forma tal que Google tuvo que adoptar el mecanismo necesario para que la información, de antigua data, sobre un remate que afectó los bienes de una persona de nacionalidad española dejara de mostrarse como resultado de la búsqueda del nombre de dicho ciudadano en su buscador.

En 2016 la Corte Suprema² resolvió, conociendo de una acción de protección rechazada por la Corte de Apelaciones de Santiago en primera instancia, ordenar a la empresa El Mercurio eliminar una noticia de antigua data que involucraba al recurrente en una red de abusos de menores, caso por el cual había sido condenado a cumplir una pena que a la fecha de la interposición de la acción ya se encontraba cumplida.

En este trabajo pretendemos, teniendo como punto de partida los fundamentos de dichas sentencias y estudiando el razonamiento judicial que subyace en los fallos más recientes que se han dictado en nuestro país sobre la materia, determinar el estado actual del denominado “derecho al olvido” a la luz de los criterios allí plasmados y analizar las perspectivas a futuro de la recepción de dicho derecho al olvido en las sentencias de nuestros tribunales.

No obstante, la existencia de múltiples definiciones doctrinales sobre el derecho al olvido, para este trabajo adoptaremos una definición amplia, que abarca no solo a los motores de búsqueda en internet sino que también otras fuentes de información en la web y que concibe

¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso en la causa Rol N° 228-2012.

² Sentencia de la Corte Suprema en la causa Rol N° 22.243-2015.

a este como un derecho de las personas, aunque como veremos nuestros tribunales agregan múltiples exigencias para su ejercicio, además de negar normalmente su reconocimiento como tal.

“Así, cuando hablamos de ‘derecho al olvido’ hacemos referencia a posibilitar que los datos de las personas dejen de ser accesibles en la web, por petición de las mismas y cuando éstas lo decidan; el derecho a retirarse del sistema y eliminar la información personal que la red contiene”³

³ Castellano, Pere Simón: ‘El régimen constitucional del derecho al olvido en Internet’, en ‘Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet. Actas del VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 11-12 de julio de 2011’, Huygens Editorial, Barcelona, 2011, pp. 391-406”. Citado en PICA (2016).

II. BREVE INTRODUCCIÓN AL DERECHO AL OLVIDO EN EL DERECHO EUROPEO

A. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO EN EL ASUNTO C-131 / 12.

La sentencia del Tribunal de Justicia Europeo en dicho asunto, que con el paso del tiempo se ha denominado el “caso Costeja” por el apellido del solicitante, destaca por ser la sentencia más relevante en cuanto al Derecho al Olvido se trata pues, si bien la Directiva Europea bajo la cual se amparó la interpretación del Tribunal ha sido derogada y sustituida por un Reglamento de la Unión Europea que incorpora explícitamente el Derecho al Olvido⁴, lo novedoso de los fundamentos en ella plasmados han sido y siguen siendo útiles para estudiar dicha temática no solo a la luz de la legislación de los países integrantes de la Unión Europea sino que también de otros ordenamientos jurídicos, dentro de los cuales se encuentra el nuestro. Luego veremos de qué manera la Corte Suprema de nuestro país ha hecho suyo mucho de los criterios plasmados en esta sentencia.

Mario Costeja González, de nacionalidad española y domiciliado en España, presentó una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)⁵ contra La Vanguardia Ediciones S.L. (en adelante “La Vanguardia”), Google Spain y Google Inc. (en adelante “Google”). El primero mantenía publicado en su sitio web las ediciones del periódico La Vanguardia del 19 de enero y 9 de marzo de 1998, las que incluían un aviso de subasta de inmueble por deudas en que se mencionaba al reclamante, mientras que los segundos permitían encontrar y acceder a dichas publicaciones ofreciendo el enlace a ellas a quien ingresara el nombre de dicha persona en la barra de búsqueda de Google.

Dado lo anterior, el reclamante solicitaba a la Agencia de Protección de Datos que ordenara a “La Vanguardia” eliminar dichas publicaciones de su sitio web o, en su defecto, las

⁴ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 96/46/CE.

⁵ En nuestro país persiste la ausencia de una institucionalidad que vele por la protección de datos personales. Existen Proyectos de Ley que dentro de sus disposiciones crean una. Además, existe consenso entre académicos y parlamentarios en la necesidad de dicha institución.

modificara para que no apareciesen sus datos personales. Por otro lado, exigía que Google eliminara o modificara sus datos personales de manera tal que, como resultado de la búsqueda de su nombre, no se ofreciera al usuario el enlace de acceso a dichas publicaciones de La Vanguardia.

La discusión a propósito de este asunto versó sobre si la actividad efectuada por Google podía calificarse como *tratamiento de datos personales* y, a su vez, si este debía ser considerado *responsable* de dicho tratamiento. Resuelta esta discusión de manera afirmativa, el Tribunal de Justicia Europeo tuvo que resolver de qué manera, bajo que justificación y con cuáles excepciones, el solicitante podía ejercer los derechos contemplados en la Directiva 95/46 respecto de Google.

Sobre si Google efectúa tratamiento de datos personales, en la correspondiente instancia interna la Agencia de Protección de Datos acogió la reclamación indicando que quienes gestionan motores de búsqueda están sometidos a la normativa en materia de protección de datos, dado que llevan a cabo un *tratamiento de datos* del que son *responsables* y actúan como intermediarios de la sociedad de la información. Además, estimó que era competente para ordenar a Google la eliminación de determinados datos cuando considere que su localización y difusión pueden lesionar el derecho fundamental a la protección de datos y la dignidad de la persona en un sentido amplio, incluyendo así cuando sin un perjuicio evidente, la persona desea eliminar dicha información para que no sea conocida por terceros.⁶

Ante ello, Google planteaba – al igual que como lo continúa haciendo en nuestro país cuando es emplazado por medio de una acción de protección constitucional– que la actividad de los motores de búsqueda no puede considerarse tratamiento de los datos que se muestran en las páginas web de terceros que presenta la lista de resultados de búsqueda, ya que lo que los motores de búsqueda hacen es tratar la información accesible en internet globalmente sin seleccionar entre datos personales y el resto de información. Además señalaron que, aunque aquella actividad sea considerada como tratamiento de datos, no se le podría calificar como

⁶ Considerando 17 de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia Europeo en el asunto C.131/12.

responsable pues no conoce dichos datos y no ejerce control sobre ellos.

Al contrario, el reclamante sustentó su pretensión señalando que la actividad ejercida por Google consiste en *tratamiento de datos* en los términos de la directiva en comento y que no debía confundirse, al ser tratamientos de distinta naturaleza, el efectuado por quien realiza la publicación – en este caso el periódico La Vanguardia- y el que hace el motor de búsqueda - en este caso Google- ya que este último determina la finalidad y los medios de dicho tratamiento. De allí se derivaría que los derechos establecidos en la directiva en comento podrían ejercerse de forma alternativa en contra de ambos o de uno solo de los *responsables*.

El Tribunal de Justicia Europeo acogió la pretensión del reclamante en todas sus partes, incluso en aquellos puntos que resultaban más controvertidos:

“la conmoción que causó la sentencia fue mayúscula, porque no se esperaba un pronunciamiento tan favorable al derecho al olvido, aplicado no ya a las fuentes de origen, sino a los motores de búsqueda de información en internet”⁷

La interpretación realizada por el Tribunal de Justicia Europeo de la Directiva Europea 95/46 aportó de forma concreta en la configuración de determinadas obligaciones de los motores de búsqueda e inició en Europa la discusión y posterior promulgación del Reglamento (UE) 2016/679 que incorporó, de la manera que luego veremos, el derecho al olvido.

Refiriéndose a la actividad desplegada por Google – aplicable a cualquier otro motor de búsqueda de internet - el Tribunal de Justicia Europeo señaló que esta

“puede afectar significativamente a los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de datos personales cuando la búsqueda realizada sirviéndose de ese motor de búsqueda se lleva a cabo a partir del nombre de una persona física, toda vez que dicho tratamiento permite a cualquier internauta obtener mediante la lista de resultados una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet, que afecta potencialmente a una

⁷ CORRAL (2016) Página 8.

*multitud de aspectos de su vida privada, que, sin dicho motor, no se habrían interconectado o sólo podrían haberlo sido muy difícilmente y que le permite de este modo establecer un perfil más o menos detallado de la persona de que se trate. Además, el efecto de la injerencia en dichos derechos del interesado se multiplica debido al importante papel que desempeñan Internet y los motores de búsqueda en la sociedad moderna, que confieren a la información contenida en tal lista de resultados carácter ubicuo”.*⁸

Ahora bien, el Tribunal de Justicia Europeo no omite la discusión en torno a que, en ocasiones, el impacto generado por el *tratamiento* efectuado por Google – desde la perspectiva de la protección de los datos personales – debe ser contrastado con otros intereses en juego, concretamente con la libertad de expresión y de información, la que está dotada de especial valor tratándose de información catalogable de interés público. Señala el Tribunal de Justicia Europeo que

*“sin embargo, en la medida en que la supresión de vínculos de la lista de resultados podría, en función de la información de que se trate, tener repercusiones en el interés legítimo de los internautas potencialmente interesados en tener acceso a la información en cuestión, es preciso buscar, en situaciones como las del litigio principal, un justo equilibrio, en particular entre este interés y los derechos fundamentales de la persona afectada con arreglo a los artículos 7 y 8 de la Carta. Aunque, ciertamente, los derechos de esa persona protegidos por dichos artículos prevalecen igualmente, con carácter general, sobre el mencionado interés de los internautas, no obstante este equilibrio puede depender, en supuestos específicos, de la naturaleza de la información de que se trate y del carácter sensible para la vida privada de la persona afectada y del interés del público en disponer de esta información, que puede variar, en particular, en función del papel que esta persona desempeñe en la vida pública”.*⁹

⁸ Considerando 80 de la sentencia de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia Europeo en el asunto C.131/12.

⁹ Considerando 81 de la sentencia de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia Europeo en el asunto C.131/12.

Así las cosas, la doctrina generada por la resolución del Tribunal de Justicia Europea en este caso la resume correctamente, en lo sustancial, la Corte Suprema de nuestro país en el considerando duodécimo de la sentencia Rol N° 19.134 – 2018 caratulada “Castelletto con Google Chile Limitada”:

- a) Cuando, con motivo de una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona, la lista de resultados ofrece enlaces a páginas web que contienen información sobre esa persona, esta puede dirigirse directamente al gestor del motor de búsqueda, o bien, si este último no accede a su solicitud, acudir a las autoridades competentes para conseguir que se eliminen esos enlaces de la lista de resultados, bajo ciertas condiciones;
- b) El buscador recoge los datos que posteriormente extrae, organiza y registra 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;
- c) Estas operaciones son consideradas como “tratamiento” de datos personales, con independencia de que el gestor del motor de búsqueda las aplique, de modo indiferenciado a informaciones que no constituyen datos personales;
- d) El gestor del motor de búsqueda es responsable del tratamiento de los datos personales, puesto que es él quien determina los fines y los medios de dicha actividad, aunque circunscrita al marco de sus responsabilidades, de sus competencias y de sus posibilidades, pues realiza una actividad que se suma a la de los editores de sitios de Internet;
- e) Bajo ciertas condiciones que se desprenden de lo dispuesto en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo, el gestor del motor de búsqueda está obligado a desindexar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona, los enlaces a páginas web publicadas por terceros que contengan información relativa a esa persona, incluso si la publicación en dichas páginas es en sí misma lícita.

B. LEGISLACIÓN EUROPEA

Luego de la sentencia dictada en el “Caso Costeja” se inició un proceso de modificación reglamentaria en Europa que buscaba recoger este nuevo criterio del Tribunal. Este proceso culminó con la derogación de la Directiva que dio lugar a la interpretación del Tribunal y promulgó el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 que, en su artículo 17, establece lo siguiente:

Derecho de supresión («el derecho al olvido»)

1.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 concorra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo;
- b) el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), y este no se base en otro fundamento jurídico.
- c) el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 1, y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 2;
- d) los datos personales hayan sido tratados ilícitamente;
- e) los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento;
- f) los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8, apartado 1.

Así este Reglamento, vigente a partir del 25 de mayo de 2018 en toda la Unión Europea, regula expresamente el “derecho al olvido”, asimilándolo con el tradicional derecho de supresión en materia de protección de datos personales, pero enriquecido este con la circunstancia de ser sujeto legitimado pasivo de las acciones que provee la normativa europea de protección de datos a los motores de búsqueda de internet, tales como Google y Bing.

C. IMPACTO DEL DERECHO AL OLVIDO EN LA EXPERIENCIA EUROPEA.

Desde el 13 de mayo de 2014, dieciséis días después de que se resolvió el asunto C-131 / 12 por el Tribunal de Justicia Europeo, miles de habitantes de los países miembros de la Unión Europea han solicitado formalmente a Google – y a otros motores de búsqueda – la eliminación de datos personales en ejercicio del derecho al olvido según los criterios que hemos revisado.

De acuerdo con la información proporcionada por Google¹⁰, desde la dictación del fallo ha recibido 987.651 solicitudes de personas naturales que buscan, al igual que Mario Costeja, que el motor de búsqueda deje de mostrar como resultado de la búsqueda de su nombre, el enlace a sitios web que revelen información o datos personales sobre ellos.

Por supuesto, estas solicitudes son estudiadas de acuerdo con los criterios que actualmente establece el artículo 17 del Reglamento (UE) 2016/679 y en ningún caso el derecho de supresión (al olvido) se entiende de forma absoluta. Así, de los 3.869.242 enlaces a sitios de internet que personas naturales han pedido desindexar, Google ha accedido a retirar de los resultados de búsqueda 1.561.716, es decir, el 46.7% de ellos. Cabe señalar que los habitantes de la Unión Europea siempre tienen a salvaguarda recurrir ante la autoridad de protección de datos de sus países, las que puede ordenar a Google la retirada de los enlaces, ya sea recurriendo en primera instancia o apelando de la decisión de Google de rechazar la solicitud efectuada.

Google, además de las estadísticas que actualiza de manera frecuente, publica en el mismo sitio de internet casos específicos en que ha accedido o denegado las solicitudes en cuestión. Lo hace sin mencionar nombres, pero sí las características particulares de cada caso de manera que permite comprender a cabalidad la forma en que Google ha comprendido este derecho, sus limitaciones y excepciones, lo que aporta certeza al solicitante y demás interesados.

¹⁰ Información actualizada al 7 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://n9.cl/t6el>.

Replicaremos aquí tres casos publicados por Google que ejemplifican la aplicación que recibe el ejercicio del derecho de supresión (al olvido) en Europa, todos ellos resueltos durante el año 2019.

El primero es una solicitud efectuada por un habitante de los Países Bajos que había sido condenada por posesión y distribución de pornografía infantil. Esta persona solicitó a Google que eliminará el enlace a 17 artículos periodísticos que aparecían al buscar su nombre en dicho motor de búsqueda. Los artículos informaban sobre las conductas en la que incurrió la persona que fue condenada a 20 meses de prisión, pena que aún no se cumplía al momento de la resolución. En este caso Google rechazó la solicitud en atención a que los hechos eran recientes y la persona aún no había terminado de cumplir su condena. Se subentiende entonces que Google estimó, de acuerdo con el artículo 17 letra c) del Reglamento (UE) 2016/679, que en este caso debía prevalecer el interés público que subyace al deber de informar y la libertad de expresión.

El segundo caso es el de un habitante de Bélgica que, habiendo sido condenado por los delitos de fraude, infracción de derechos de marca y publicidad engañosa en relación con su negocio, solicitó que se retirará del motor de búsqueda 12 enlaces en los que se hablaba de él y de las conductas en la que había incurrido. A la fecha de la presentación de la solicitud la condena ya había sido cumplida e incluso había transcurrido un tiempo importante, elementos que Google consideró determinantes para acceder a la solicitud. Como veremos, tratándose de condenas en materia penal un criterio frecuente es el tiempo transcurrido desde el cumplimiento de la condena. Si está aún no se cumple o existe un proceso pendiente Google -y otros motores de búsqueda- rechazarán la solicitud.

El último caso que mencionaremos es el de un alto funcionario de Gobierno de otro país que reside en el Reino Unido acusado de tener participación en un escándalo de corrupción. La persona solicitó la eliminación de 124 enlaces a sitios de internet que contenían esta información. A diferencia de los otros dos casos, esta alta autoridad de gobierno fue absuelto en el proceso correspondiente. Por ello, con independencia del tiempo transcurrido, Google accedió a la solicitud y eliminó el acceso a dichos enlaces desde su buscador.

Que solicitudes de este tipo sean evaluadas directamente por el motor de búsqueda suponen una ventaja. Si esta se resuelve favorablemente, se obtendrá la finalidad de la consagración del derecho al olvido sin que se genere el “efecto Streisand”¹¹. Esta idea postula que, si el procedimiento que busca dar protección a la intimidad de las personas se desarrolla ante tribunales, puede resultar incluso más perjudicioso para el solicitante dada la difusión y atención que podría recibir el caso por parte de los medios de prensa y otros interesados.

Lo anterior no obsta a que posiblemente si se instaurara un procedimiento judicial en Chile para el ejercicio del derecho al olvido, el ejercicio en masa de dichas solicitudes influiría en un desinterés en informar sobre el éxito o no de ellas, con lo que los argumentos en contra de que sea un privado quien determine la aplicación de la norma no se ven opacados por la evitación del efecto Streisand. El mismo se podría evitar con la consagración de un procedimiento administrativo ante una autoridad encargada de la protección de datos personales que, al publicar los casos que ha tenido oportunidad de conocer y resolver, omita al igual que Google las identidades de los involucrados por ser estas irrelevantes.

¹¹ Corral (2017) Página 2. Idea que el autor extrae de Anguita (2016), 209-210.

III. DERECHO AL OLVIDO EN EL DERECHO NACIONAL

A. Por qué su recepción no inicia con la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso en la causal rol C-228-2012.

En 2012 Jorge Abbott Charme¹² interpuso ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso una acción de protección en contra de los administradores en Chile del motor de búsqueda Google y en contra de los administradores de los sitios de internet rie.cl, redeparedede.cl, zeebuk.cl, anunciosyavisos.cl y olx.cl.

El recurrente de protección señalaba que, al ingresar su nombre en el motor de búsqueda, este mostraba dentro de sus resultados el enlace a dichos sitios de internet en los cuales existían publicaciones efectuadas anónimamente que realizaban afirmaciones de carácter injuriosas y calumniosas en contra de él, su cónyuge, hijos y familia. Dichas publicaciones consistían en acusaciones que lo involucraban a él y a su familia en hechos constitutivos de corrupción.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso, previo informe de algunos de los recurridos estableció que dichas publicaciones y su aparición como resultado de la búsqueda del nombre del abogado en el motor de búsqueda implicaban una conculcación de la garantía fundamental establecida en el artículo 19° numeral 4°, esto es, el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia. En ese momento no se encontraba vigente la reforma constitucional que incluyó en dicho artículo la protección de los datos personales de las personas.¹³

Al igual que Hernán Corral¹⁴, estimamos que es impreciso sostener que la sentencia de la

¹² No se omite su identidad dado que se trata de una autoridad que incluso ha otorgado entrevistas para referirse a la sentencia que dictó la Corte de Apelaciones de Valparaíso. Ver: Revista 93 N° 14 (septiembre de 2016), de la Defensoría Penal Pública. Pp. 68-71.
Disponibile en: http://www.dpp.cl/pag/212/365/revista_93.

¹³ Ley 21.096 que consagra el derecho a la protección de los datos personales. Publicada en el Diario Oficial el 16 de junio de 2018.

¹⁴ CORRAL (2017) Página 11.

Corte de Apelaciones de Valparaíso en la causa rol N° 228 -2012 es un antecedente de la recepción del derecho al olvido por parte de nuestros tribunales de justicia. Esto porque los hechos de la causa no cumplen con los elementos que caracterizan al derecho al olvido ya que no se trata de información verídica. Más bien se trata de acusaciones publicadas de forma anónima, sin antecedentes que le otorguen veracidad y en donde probablemente los autores solo buscaban afectar la honra del recurrente y su familia levantando acusaciones sin asidero en la realidad. De hecho, luego se comprobó que una de las personas responsable de las publicaciones era imputado en una investigación que lideraba Jorge Abbott como fiscal del Ministerio Público.

No obstante, esta sentencia si es de interés para este trabajo ya que la Corte de Apelaciones de Valparaíso ordenó *“que el buscador ‘google.cl’ establezca, computacionalmente, los filtros necesarios, para evitar publicaciones que presenten inequívocamente publicaciones de carácter injurioso, o de cualquier tipo y bajo cualquier circunstancia, siempre que en esa publicación se incurra en una afectación constitucional como la mencionada”*. Esto último es un antecedente válido respecto del marco de acción de nuestros tribunales de justicia al conocer de casos en los que se estime como legitimario pasivo de la acción de protección al administrador de dicho motor de búsqueda, más aún en la actualidad dado que Google con posterioridad constituyó filiales en territorio nacional.

Finalmente, nos parece que los hechos objeto de esta acción de protección calzan con otro fenómeno derivado del internet: Las funas publicadas en redes sociales. Esta es una problemática in crescendo¹⁵, que guarda relación con la responsabilidad que le cabe a los creadores de contenido en internet, pero cuya naturaleza no dice relación con el derecho al olvido, aunque normalmente los derechos fundamentales que deben ser ponderados en la resolución de casos concretos sean idénticos.

¹⁵ La Corte Suprema ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este fenómeno en la causa Rol N° 2682-2019.

B. Recepción del derecho al olvido: Sentencia de la Corte Suprema en la causa caratulada “Aldo Grazaiani Le-Fort con Empresa El Mercurio S.A.”

Los autores nacionales que han escrito sobre el derecho al olvido en el ordenamiento jurídico chileno¹⁶ coinciden en la importancia de la sentencia dictada por la Corte Suprema en esta causa que versa sobre una acción de protección presentada por Aldo Grazaiani Le Fort en contra de la empresa El Mercurio S.A., la que además de editar el diario del mismo nombre determina el contenido del portal de noticias de internet emol.cl.

El recurrente alegó que, siendo 6 de octubre de 2015, al buscar su nombre en motores de búsqueda de internet estos mostraban el enlace a una publicación de hace 10 años atrás del Diario El Mercurio que daba cuenta del sometimiento a proceso de él como presunto autor de abusos sexuales contra menores. El sometimiento a proceso había sido determinado por el ministro en visita Sergio Muñoz en el marco del bullado caso Spiniak.

Ante dicha situación, el recurrente envió durante 2015 sucesivas cartas a la empresa El Mercurio solicitando que eliminará de los motores de búsqueda la referida noticia, contestando la empresa que para siquiera evaluar la solicitud se requería acompañar resoluciones judiciales que acrediten el sobreseimiento o absolución del recurrente y que el solicitante firmara un finiquito en el que renunciara a cualquier acción judicial contra el medio o su director.

Fundamentando su acción, el recurrente señaló que si bien en su momento dicha publicación cumplió con la labor de informar de un suceso de interés, su permanencia en los motores de búsqueda 10 años después afectaba día a día su integridad psíquica, por cuanto razonaba que la vida actual se desarrolla junto a la tecnología, por lo que si un tercero desea enterarse de la información del recurrente, aparecería dicha publicación, lo cual imposibilita su reinserción en la vida social en paz al resultar estigmatizado con la información, afectando con ello no solo a su persona, sino que también a toda su familia. Esto a su vez vulneraría el derecho fundamental consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la

¹⁶ VIVANCO (2016), CORRAL (2017), WARNIER Y DÍAZ (2017) Y PICA (2016).

República, es decir, la protección a la vida privada de él y su núcleo familiar.

La empresa El Mercurio evacuó su informe señalando que al eliminar la publicación se estaría contrariando la libertad de información, base del ejercicio del periodismo. En ese sentido señala que el ejercicio de dicha libertad, y tratándose de hechos reales dados a conocer oportunamente, se encuentra amparado por la Constitución Política de la República en el artículo 19 N° 12. Agrega que para eliminar la publicación deben existir antecedentes que justifiquen la medida y puntualiza que el único buscador que depende de la empresa es Emol.cl, por lo que no podría instruir que se elimine la información de otros buscadores como Google.

En primera instancia la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó el recurso de protección pues estimó que en los hechos no se avizoraba un actuar ilegal ni arbitrario por parte de El Mercurio. Sin referirse a la configuración del derecho al olvido, la Corte de Apelaciones de Santiago dio cuenta de algunos elementos que forman parte de este y de los que posteriormente se haría cargo la Corte Suprema: Los hechos y la noticia publicada en el portal de noticia emol.cl son públicos y veraces, reconocidos como tal por el recurrente, y la publicación se verificó en el ejercicio de la libertad de información sin censura previa. La Corte de Apelaciones de Santiago estimó, además, que ni siquiera se vislumbraba una colisión de derechos fundamentales desde que el contenido de la noticia publicada por la recurrida ha sido reconocido como veraz por el recurrente.¹⁷

La Corte Suprema, conociendo de un recurso de apelación en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, y valiéndose de las apreciaciones de las partes sobre la veracidad de los hechos informados en su oportunidad, detecta con facilidad el conflicto jurídico que es llamada a resolver. Señala

“Que dado que el recurrente no impugna la veracidad de la noticia que apunta, el asunto radica esencialmente en determinar si tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico –

¹⁷ Considerando octavo de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 88640 – 2015 ICA.

y en este caso con afectación de una garantía constitucional- de lo que en doctrina se ha dado en llamar 'el derecho al olvido' y que se refiere sustancialmente a que una persona pueda aspirar a la eliminación de una información desfavorable sobre sí misma que le provoque perjuicios actuales y que se contenga en los sistemas informáticos disponibles, y ello por una razón plausible. En este caso se invoca, como se advierte, la antigüedad de la noticia; y como perjuicio actual, el menoscabo sobre todo síquico y laboral, tanto para sí como para una familia única y de apellido estigmatizable".¹⁸

Resolviendo dicho conflicto, la Corte Suprema por mayoría (4-1) revocó la sentencia de primera instancia y acogió la pretensión del recurrente, ordenando a El Mercurio eliminar el registro informático de la noticia. Lo novedoso de este fallo, cuestión que reconoce Corral¹⁹, es que tanto los ministros que integran el voto de mayoría como la ministra disidente estiman que nuestro ordenamiento jurídico recoge sistemáticamente el derecho al olvido respecto de conductas reprochables de las personas – sean estas penales, civiles o comerciales – después de un lapso, como una forma de reintegrarlas a la sociedad.

El esfuerzo interpretativo de la Corte Suprema comienza señalando que en nuestro ordenamiento jurídico no existe una solución legislativa sobre la materia, pero afirma que no resulta difícil advertir en él su compromiso con la protección del honor, la dignidad y vida privada de las personas. Señala como manifestaciones de ese compromiso la protección que otorga el Código Procesal Penal a los derechos consagrados en el artículo 19 numeral 4° de la Constitución Política, el Decreto Supremo N° 64 de 1960 que permite la eliminación de las anotaciones penales después de un breve tiempo y la ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada que establece la caducidad del almacenamiento de datos bancarios por la expiración del plazo para su vigencia.

Luego, en cuanto a la colisión (supuesta) de derechos fundamentales, la Corte Suprema señala que

¹⁸ Considerando 3° de la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 22.243-2015.

¹⁹ Corral (2016) Página 11.

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

Rodrigo Pica señala como principio que se extrae de esta sentencia

*“El uso de información o noticias puede tornarse ilegítimo una vez que la finalidad de su uso o divulgación ya se cumplió, por lo cual la libre circulación de información en la web no será necesariamente perpetua. **El factor tiempo es decisivo y lo es también el interés periodístico actual de la información (cons. 4º)**; en síntesis, si el paso del tiempo hace perder el interés y la información ocasiona daño a los derechos fundamentales involucrados, la mantención de la misma no estaría justificada.”²⁰ (el destacado es nuestro)*

Cabe indicar que en otros casos la Corte Suprema de nuestro país ha sido incluso más allá y ha considerado que el transcurso del tiempo es el único factor para considerar. A modo ilustrativo, ha señalado que

“Que no hay una posición uniforme en la materia, pero sí puede concluirse, en lo que interesa al análisis, que el denominado derecho al olvido en los casos en que éste es aplicado puede entrar en conflicto con el derecho a la información; por lo cual el tiempo es el criterio para resolver el conflicto. Así, el derecho al olvido debe dar prioridad a las exigencias del derecho a la información cuando los hechos que se

²⁰ PICA (2016) Página 314.

revelan presentan un interés específico para su divulgación. El interés está vinculado, por tanto, al interés periodístico de los hechos. Esto sucede cuando una decisión judicial pronunciada por un tribunal forma parte de las noticias judiciales. Sin embargo, con el transcurso del tiempo, tal información no es una cuestión de actualidad o noticiable, por lo que el derecho al olvido anula el derecho a la información”.²¹ (el destacado es nuestro)

Luego la Corte Suprema hace una analogía entre el derecho al olvido digital – cuyo reconocimiento busca el recurrente – con el derecho al olvido que existe, aunque no con esa denominación, en el derecho penal.

Es el caso del derecho penal, donde el derecho al olvido se desarrolló por primera vez. Efectivamente, en caso de conflicto entre el derecho al olvido del pasado judicial (a la supresión de la información sobre antecedentes penales y condenas pasadas) y el derecho a la información (acceso a dicha información), el factor tiempo se ha usado como un criterio decisivo. Si la información se considera de interés periodístico (debido a la actualidad de su ocurrencia), el derecho a la información prevalece; si no, el derecho al olvido prevalece sobre el derecho a la información (todavía se puede acceder a la sentencia, pero ya no se incluyen los nombres de los implicados).²²

Así, la Corte Suprema en esta sentencia reitera una y otra vez que el criterio para resolver la procedencia del derecho al olvido digital en un caso concreto es el transcurso del tiempo pues, junto con el, el legítimo interés de la sociedad en la información publicada de manera coetánea a la ocurrencia de los hechos debe ceder en beneficio del interés de la persona involucrada y su familia – en este caso - y del interés propio de la sociedad, a la que le interesa permitir la reinserción social efectiva de quien ha delinquido.

Sobre este punto, Ángela Vivanco señala que

²¹ Considerando 8° de la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 25.154-2018.

²² Considerando 5° de la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 22.243-2015.

“En la sentencia de segunda instancia también se cuestiona la existencia de un conflicto de derechos, pero por razones distintas: En efecto, se reconoce que podría haber un eventual conflicto de derechos, incluso las partes lo consideran así. Sin embargo, la sentenciadora, como ya se ha explicado, estima que tal conflicto decrece hasta hacerse inexistente a medida que pasa el tiempo, determinándose una suerte de regla de ponderación asociada precisamente con dicho elemento”²³

Entonces, a modo de conclusión, la sentencia de la Corte Suprema en la causa caratulada “Aldo Grazaiani Le-Fort con Empresa El Mercurio S.A.” es la primera, y quizás la única, que reconoce el derecho al olvido en el ordenamiento jurídico chileno. Efectúa un análisis del desarrollo de este en el derecho comparado y señala sus fuentes normativas y manifestaciones en el derecho nacional. Junto con eso, nos plantea la manera de resolver la colisión (supuesta señala la Corte Suprema) entre dos derechos constitucionales estableciendo que dicha colisión se difumina con el transcurso del tiempo, pues este produce que confluya el interés de la sociedad con el del particular que es objeto de la información. Esta sentencia dictada por la Corte Suprema no estuvo exenta de críticas de parte de la doctrina. Entre los autores nacionales que la cuestionaron, estuvo Hernán Corral quien resume las posturas críticas así

“En coincidencia con los planteamientos disidentes se ha criticado la sentencia por desdeñar el desarrollo posterior de la noticia que demuestra que el transcurso del tiempo era muchísimo menor (el plazo debería haberse contado desde que el afectado terminó de cumplir la condena en 2013), y también por no tomar en cuenta que no se trataba de un proceso penal cualquiera, sino de uno de alta connotación pública (caso Spiniak). Se agrega que la Corte nunca individualiza cuál fue el acto ilegal o arbitrario cometido por la recurrida ni tampoco razona en qué forma se produjo la lesión de los derechos a la integridad psíquica, honra o vida privada.”²⁴

En el siguiente acápite analizaremos cómo ha variado el tratamiento de la problemática por

²³ VIVANCO (2016) Página 371.

²⁴ CORRAL (2017) Página 11.

parte de la Corte Suprema en los 5 años que siguieron a esta sentencia.

C. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Quizás producto de la crítica que la doctrina realizó a la sentencia dictada por la Corte Suprema en la causa caratulada “Aldo Grazaiani Le-Fort con Empresa El Mercurio S.A.”, los lineamientos que esta planteaba no son los que ha seguido la misma Corte Suprema en los últimos 5 años.

Sobre la consagración del derecho al olvido en el ordenamiento jurídico nacional, y contrariando lo dicho en la causa caratulada “Aldo Grazaiani Le-Fort con Empresa El Mercurio S.A.”, la Corte Suprema en la causa caratulada “Cristóbal Vila Gacitúa con Google y Otros”²⁵ indicó que

*“como es sabido, el denominado derecho al olvido que invoca el recurrente no está establecido en nuestra legislación, por lo que la decisión de otorgar la cautela jurisdiccional que se invoca en autos debe ser analizada bajo el prisma de los derechos que se pueden ver afectados, el de la libertad de información y el derecho a la honra o en su caso, como sostienen algunos autores, el derecho a la vida privada”.*²⁶

El mismo criterio lo sostiene en la causa caratulada “Castelletto con Google Chile Limitada”²⁷ y recientemente en la causa caratulada “Comte Paredes con Google Chile Limitada”²⁸

Ahora bien, tal como se desprende del considerando citado, durante los últimos 5 años la Corte Suprema ha variado el criterio en relación con la necesidad de ponderación de los dos derechos fundamentales que se ven afectados ante solicitudes de eliminación y/o desindexación de información desde páginas de internet y motores de búsqueda. Como revisamos en el acápite anterior, en la causa caratulada “Aldo Grazaiani Le-Fort con Empresa El Mercurio S.A.” la Corte Suprema no estimaba que no existía una real colisión de dichas

²⁵ Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 11.746-2017, de 9 de agosto de 2017.

²⁶ Considerando 4° de la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 11.746-2017.

²⁷ Sentencia de la Corte Suprema, causa Rol N° 19.134 -2018, de 22 de enero de 2019.

²⁸ Sentencia de la Corte Suprema, causa Rol N° 54-2020, de 10 de junio de 2020.

garantías pues cada una tenía una esfera de acción propia.

En cambio, en la causa caratulada “Castelletto con Google Chile Limitada”²⁹ estima que

“los antecedentes del proceso dan cuenta de la existencia de un genuino conflicto entre derechos fundamentales, siendo inevitable, por tanto, la ponderación sobre la base del denominado principio de proporcionalidad, sin perder de vista que lo solicitado en el recurso es eliminar tanto en la fuente como en el buscador Google una noticia veraz”.³⁰

Dicha sentencia tiene su origen en una acción de protección interpuesta por un hombre de nacionalidad chilena en contra del diario El Mercurio de Valparaíso, Bio Bio comunicaciones y Google Chile Limitada. El recurrente solicitaba que se ordenara a dichos medios suprimir el registro informático de las publicaciones que efectuaron el 10 de noviembre de 2010, y que fueron indexadas por el motor de búsqueda, las que daban cuenta de la celebración de una audiencia de formalización en contra del recurrente en el marco de la investigación de una red de prostitución infantil por parte del Ministerio Público.

Si bien las publicaciones fueron realizadas en esa fecha, el recurrente resultó condenado en el marco de dicha investigación por el Juzgado de Garantía de Valparaíso 4 años después, el 21 de noviembre de 2014, en calidad de autor del delito de obtención de servicios sexuales de personas menores de edad, a la pena de 541 días de privación de libertad. Finalmente, a la fecha de interposición de la acción de protección, la pena se encontraba cumplida y las anotaciones respectivas habían sido eliminadas del registro de condenas, de acuerdo con la regulación vigente.

De la relación de los hechos efectuada se desprende la similitud de ellos con los de la causa caratulada “Aldo Grazaiani Le-Fort con Empresa El Mercurio S.A.” en la que la Corte Suprema, 4 años antes, acogió la acción de protección en contra del medio de prensa

²⁹ Sentencia de la Corte Suprema, causa Rol N° 19.134 -2018, de 22 de enero de 2019.

³⁰ Considerando 7° de la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 19.134-2018.

recurrido. En ambos casos la información publicada decía relación con delitos sexuales contra menores de edad y en ambos los sujetos involucrados fueron condenados e interpusieron una acción de protección de derechos fundamentales habiendo cumplido su condena.

Así, nos cuestionamos qué es lo que lleva al máximo tribunal a dar o denegar la tutela judicial exigida en causas de similares características. Ya hemos indicado que en la causa resuelta el año 2016 estima que el ordenamiento jurídico chileno reconoce el derecho al olvido mientras que en la causa resuelta el año 2019 reniega de aquello. Además, en el primer caso indica que la colisión de derechos fundamentales es aparente bastando el transcurso del tiempo para que se alineen los intereses del recurrente y de la sociedad, confluyendo estos en la eliminación de la información, mientras que en el segundo caso señala que existe un genuino conflicto entre estos derechos fundamentales y señala el método de solución: Ponderación sobre la base del principio de proporcionalidad, lo que deviene en el rechazo de la acción de protección interpuesta.

Para comprender esto revisaremos el ejercicio de ponderación efectuado por la Corte Suprema el que, a nuestro juicio, se corresponde con la actual visión del máximo tribunal sobre la problemática, la que como hemos dicho, dista mucho de la plasmada en la sentencia en la causa caratulada “Aldo Grazaiani Le-Fort con Empresa El Mercurio S.A.”

Lo primero que señala la Corte Suprema, y que se debe considerar al comparar el razonamiento de ella antes y después de la promulgación de la Ley 21.096 que consagra el derecho a la protección de los datos personales en la Constitución Política de la República incorporándolo al artículo 19 N° 4, y por ende amparado por la acción de protección, es que estima que aquello no influye en su razonamiento. Esto dado que dicha ley confía la cautela jurisdiccional al legislador mediante el reenvío de las disposiciones contenidas en la Ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada³¹, la que no ha sido modificada por el Congreso luego de la promulgación de la Ley 21.096.

³¹ Considerando 6° de la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 19.134-2018.

Iniciando el ejercicio de ponderación, con base en el principio de proporcionalidad, señala la Corte Suprema que el Tribunal Constitucional de nuestro país ha entendido este principio como un mandato de optimización señalando que

“una limitación a un derecho fundamental es justificable, cuando dicho mecanismo es el estrictamente necesario o conveniente para lograr un objetivo constitucionalmente válido, debiendo consecuentemente el legislador elegir aquellas limitaciones que impliquen gravar en menor forma los derechos fundamentales”³²

Hace hincapié en que la ponderación así entendida no equivale a la “prudencia” para determinar la solución de un caso concreto, sino que se trata de un ejercicio racional cuya virtud es hacer inteligible la decisión del juzgador en los casos de colisión de derechos fundamentales. Como sabemos, la ponderación tradicional sigue un “test de proporcionalidad” que comprende tres pasos: Idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Así define la Corte Suprema casa paso

“a) Idoneidad, en virtud de la cual la interferencia con un derecho fundamental debe ser apta o adecuada para alcanzar un fin constitucional legítimo;
b) Necesidad, conforme a la cual la interferencia debe ser la menos restrictiva posible a los derechos fundamentales de entre las alternativas disponibles; y
c) Proporcionalidad en sentido estricto, según la cual la intervención no puede ser excesivamente gravosa.”³³

Agrega la Corte Suprema que, si bien la sede natural de aplicación del principio de proporcionalidad es la jurisdicción constitucional, ello no quiere decir que no pueda ser usada con provecho por la jurisdicción ordinaria, como acontece con la acción de protección, debiendo acudir a la ponderación solo cuando ello sea estrictamente indispensable, estimándolo así en este caso.

³² Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 519-2007, considerando 9°.

³³ Considerando 7° de la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 19.134-2018.

El tribunal estimó que las publicaciones, y la indexación por parte de Google de estas, era una afectación a los derechos fundamentales establecidos en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República pero que resultaba idónea, necesaria y proporcional fundamentando aquello en el interés público³⁴ de la información de la que daban cuenta, esto es, la formalización de un individuo por delitos sexuales cometidos en contra de menores de edad.

“Que, en este caso, en que el delito cometido por el recurrente es el de obtención de servicios sexuales de personas menores de edad mediante dinero, previsto y sancionado en el artículo 367 ter del Código Penal, 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”. (el destacado es nuestro)

Concretamente, la Corte Suprema estimó que en este caso se satisfacían cada uno de pasos (o subprincipios) que hemos revisado, señalando que

“la idoneidad de la medida -mantener la noticia en los portales de Internet de las recurridas El Mercurio de Valparaíso S.P.A. y Bio Bío Comunicaciones S.A., indexada en la base de datos de Google Inc.- se justifica en la relevancia pública de la información; por su parte, la necesidad radica en que se trata de la medida menos restrictiva posible en función del interés general de la sociedad de informarse respecto de la comisión de delitos sexuales cuyas víctimas son personas menores de edad; y, finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto se basa en que no se trata de una medida excesivamente gravosa siempre y en todos los casos, pues cada situación concreta posee matices que pueden hacer variar la decisión del tribunal”

³⁴ La jurisprudencia de forma unánime señala que la definición de hechos de “interés público” debe extraerse del artículo 30 de la Ley 19.733. Esta ley señala ciertas hipótesis, dentro de las cuales se encuentra “f) Los consistentes en la comisión de delitos o participación culpable en los mismos.”

Agrega la Corte Suprema, revelando un estándar que rectifica lo afirmado por el mismo tribunal en la sentencia dictada en la causa caratulada “Aldo Grazaiani Le-Fort con Empresa El Mercurio S.A.”, que *“el transcurso del tiempo –por sí solo- no resulta ser un criterio objetivo para evaluar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.”*³⁵ Se desprende del razonamiento de la Corte Suprema que, en este caso y en otros similares, dada la gravedad de los hechos³⁶ el derecho fundamental del artículo 19 N° 4 es el que debe ceder como resultado del ejercicio de ponderación.

Complementa lo anterior el tribunal refiriéndose a los demás criterios que, de acuerdo con las circunstancias particulares del caso concreto, influyen en la decisión del tribunal al conocer de una acción de protección en la cual, se alegue o no la existencia o reconocimiento del derecho al olvido digital, el asunto deba ser resuelto mediante la ponderación de los derechos fundamentales invocados.

“Así, también han de considerarse -caso a caso- otros criterios, tales como la existencia de un interés público relevante que prevalece; la falta de actualización de los datos (caso en el cual la tutela judicial puede circunscribirse a ordenar la actualización de la información); la irrelevancia actual del dato; el exceso de datos comunicados en relación a la finalidad perseguida; la modificación en las circunstancias que impediría cumplir con la finalidad original; que la información se refiera a personajes públicos, en especial, aquellos que detentan y ejercen el poder político; fines estadísticos, históricos o artísticos; o la afectación concreta al derecho fundamental que se “sacrifica” con la medida, lo que se traduce en la necesidad de probar la afectación y el perjuicio que experimenta el recurrente.”

Si comparamos la construcción del derecho al olvido a partir de la sentencia del Tribunal de

³⁵ Considerando 11° de la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 19.134-2018.

³⁶ Además de la pena privativa de libertad el recurrente fue incorporado al Registro de “Inhabilitaciones para ejercer funciones en ámbitos educacionales o con menores de edad”, a la pena accesoria de “sujeción a la vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal y la de “inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad”.

Justicia Europea en el caso Costeja con el ejercicio de ponderación que efectúa la Corte Suprema de nuestro país en este caso y en otros más recientes – recordemos que nuestra Corte Suprema solo reconoció la existencia del derecho al olvido como tal en la sentencia dictada en la causa caratulada “Aldo Grazaiani Le-Fort con Empresa El Mercurio S.A.”- observamos que es de la naturaleza de la disímil comprensión de la problemática la exigencia de un perjuicio generado en contra el solicitante o recurrente.

Así, mientras en la sentencia del Tribunal de Justicia Europea se señala en el considerando 96° que

*“Visto lo que antecede, al apreciar tales solicitudes presentadas contra un tratamiento como el controvertido en el litigio principal, se tendrá que examinar, en particular, si el interesado tiene derecho a que la información relativa a su persona ya no esté, en la situación actual, vinculada a su nombre por una lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre. A este respecto, **cabe señalar que la apreciación de la existencia de tal derecho no presupone que la inclusión de la información en cuestión en la lista de resultados cause un perjuicio al interesado.**”* (el destacado es nuestro)

nuestra Corte Suprema, en la causa caratulada “Castelletto con Google Chile Limitada” indica que

“no basta con invocar la vulneración del derecho a la honra, a la intimidad o a la protección de la vida privada de la persona o su familia; es necesario que la afectación se acredite en el caso concreto para que pueda ser considerada por el tribunal.”³⁷

Así, queda en evidencia que la comprensión de la problemática desde una perspectiva de protección de datos personales en contraposición a ponderación de derechos fundamentales acarrea que en nuestro país la búsqueda de tutela judicial por medio de la interposición de

³⁷ Considerando 11° de la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 19.134-2018.

acciones de protección ha devenido en una de carácter restrictivo si la comparamos con la de los ciudadanos de los países miembros de la Unión Europea, pues nuestros tribunales exigen acreditar el perjuicio en contra de la persona que solicita la tutela judicial y que dicho perjuicio sea respecto de los derechos fundamentales consagrados en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República. Acreditado ello, se debe efectuar el ejercicio de ponderación que hemos revisado, ejercicio que puede considerar todos los criterios que también hemos ya enunciado.

Finalmente, respecto a la responsabilidad que le cabe a los motores de búsqueda de internet, la Corte Suprema manifiesta una posición que difiere de la manifestada en otras oportunidades. El razonamiento del tribunal busca derribar la posición planteada por Google en este y en todos los casos en que es interpelado, principalmente que no efectúa tratamiento de datos personales de lo que se desprendería su “irresponsabilidad”, lógica que resulta a lo menos confusa pues respecto de la fuente de la información – en este caso medios de prensa – la Corte Suprema resuelve sin considerar si los recurridos efectúan tratamiento de datos personales.

Invocando los criterios plasmados en la sentencia de la Corte de Justicia Europea, la Corte Suprema señala que

Como acertadamente señala el TJUE, bajo ciertas condiciones –en armonía con la legislación interna y con los instrumentos internacionales ratificados por el Estado- puede haber responsabilidad del buscador, sobre todo si se considera que las actividades que realiza el motor de búsqueda consistentes en “recoger” información, que luego “extrae” “organiza” y “registra” en el marco de programas de indexación; “conserva” en sus servidores y, en su caso, “comunica” a sus usuarios, podrían eventualmente corresponderse con los verbos que señala el artículo 2° letra o) de la Ley N° 19.628, de modo que no puede sostenerse ex ante la irresponsabilidad de Google en el tratamiento de los datos personales como tampoco afirmarse su responsabilidad objetiva, que parecen ser los extremos que defienden las partes de este juicio, debiendo resolverse la situación en cada caso concreto conforme al

mérito de los antecedentes.”³⁸

Lo esperable habría sido que la Corte Suprema, al decidir abordar el rol de los motores de búsqueda bajo los conceptos de la Ley N° 19.628, hubiese establecido expresamente si para ella Google – y cualquier otro motor de búsqueda – realiza o no tratamiento de datos en los términos de la Ley 19.628³⁹. Siendo conocida la actividad que efectúan los motores de búsqueda no es admisible que la Corte Suprema señale que esta podría “eventualmente” corresponderse con la actividad reglada en la Ley 19.628. Si dicho debate hubiese sido resuelto favorablemente, quienes recurren de protección en contra de dichos motores de búsqueda tendrían a su alcance todos los derechos establecidos en la Ley 19.628, incluido el de cancelación de datos.

³⁸ Considerando 12 de la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 19.134-2018.

³⁹ El artículo 2 letra o de la Ley 19.628 define “*tratamiento de datos*” 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.*”

D. Perspectivas en el futuro

La decisión adoptada por la Corte Suprema de nuestro país en la causa caratulada “Aldo Grazaiani Le-Fort con Empresa El Mercurio S.A.” (2016) no fue unánime. En su voto disidente, la Ministra María Eugenia Sandoval se opuso a otorgar tutela judicial al recurrente, que como ya señalamos, había sido condenado como autor de delitos sexuales contra menores. Para la ministra disidente tomar aquello en consideración era fundamental pues la comisión de ciertos delitos, como aquellos, resultan de un interés público preeminente con independencia del transcurso del tiempo.

“Que otro aspecto a considerar para decidir el recurso planteado dice relación con la existencia de un interés público. Del Mensaje de la Ley N° 20.594, enviado al Congreso el 19 de mayo de 2010, surge en forma clara el interés público respecto de los delitos que atentan en contra de la integridad sexual de las personas.

Para graficar lo expuesto, basta citar uno de los párrafos del aludido Mensaje, que se refiere a ‘la gravedad del daño que los delitos sexuales causan a la víctima y el temor que generan en la sociedad, particularmente en los casos en que son cometidos contra niños, niñas y adolescentes, plantea la necesidad de mejorar el sistema de penas con el que actualmente se sanciona estas conductas, como asimismo, la habilidad de éstas no sólo para lograr la reinserción del condenado, sino también, de minimizar el temor de la ciudadanía, los riesgos de reincidencia y de perfeccionar los resguardos y mecanismos de protección de la población.

En este contexto cobra relevancia efectuar un análisis pormenorizado del caso, en orden a definir la procedencia de eliminar una información periodística sólo por el transcurso del tiempo, que, en este caso, como se explicitó, no alcanza a llegar a los 5 años.”⁴⁰

Así, en la misma resolución de la Corte Suprema que la doctrina estima como el precedente

⁴⁰ Considerando 15° del voto disidente de la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 22.243-2015.

de mayor relevancia del derecho al olvido en nuestro ordenamiento jurídico – por las razones expuestas en otro acápite – fueron expuestos los planteamientos que luego, aunque no reconociendo el derecho al olvido en nuestro ordenamiento jurídico, formarían parte del voto de mayoría en las sentencias pronunciadas por la Corte Suprema en estos últimos 5 años.

Así, los criterios que la Ministra Sandoval aspiraba a que sean considerados, lo son para rechazar la acción intentada por un sujeto condenado por delitos sexuales contra menores en la causa caratulada “Castelletto con Google Chile Limitada”, a la que ya nos hemos referido en otro acápite.

Lo anterior demuestra que en esta materia es esperable, y así ha ocurrido, que la jurisprudencia sea zigzagueante debido a que se trata de una institución inicialmente ajena a nuestro ordenamiento jurídico que busca resolver una problemática más o menos reciente y cuya solución definitiva dependerá, por supuesto, del Congreso de la República o de la Convención Constitucional pronta a establecerse en nuestro país. El análisis de la respuesta que dichas instituciones pueden dar a la problemática está fuera del enfoque que en este trabajo nos hemos propuesto.

Dado que decidimos netamente exponer cómo nuestra jurisprudencia ha intentado darle solución a la problemática, creemos que es dable considerar que nuestros tribunales de justicia podrían prontamente considerar una nueva posición que, al igual que antaño proponía la Ministra Sandoval, hoy sustenta un Ministro de la Corte Suprema en sendos votos de minoría el en las causas Rol N° 11.746-2017 y Rol N°19.134 -2018.

El Ministro de la Corte Suprema Carlos Aránguiz sostiene, al igual que los demás ministros, que el derecho al olvido digital no está reconocido en nuestro ordenamiento jurídico nacional. Luego reconoce que este está siendo construido por la doctrina y jurisprudencia y que los tribunales no puede omitir pronunciarse sobre este debido a la inexcusabilidad que informa la actuación de los ellos.

La posición del Ministro, con la que este busca influenciar directamente a la judicatura, se

puede sintetizar de la siguiente manera:

- No se trata de promover la prevalencia de una garantía constitucional por sobre otra, sino que buscar la forma de hacerlas convivir.
- Resolver la cuestión de acuerdo con el criterio del “interés público” de la información es subjetivo y demasiado amplio
- El derecho a la reinserción social es promovido por todo el ordenamiento y no es de menor “interés público” que el conocimiento de la información propiamente tal, pese a que se trate de delitos atroces como los de carácter sexual.
- Los tribunales deben resolver con un criterio objetivo: El transcurso del tiempo.
- Se exceptúan de esta fórmula los delitos de lesa humanidad al ser imprescriptibles e inamnistiables.

Dicho transcurso del tiempo debe fijarse en 10 años, sustentando dicha posición en instituciones de nuestro ordenamiento jurídico como la prescripción indicando que

“Es por ello que este disidente opina, para fijar un dato objetivo al respecto, que diez años, tiempo de prescripción de la mayoría de los ilícitos más graves de nuestra legislación, es un transcurso de tiempo suficiente para que, contado desde la fecha del cumplimiento de una condena, pueda entenderse terminado el “interés público” para mantener la información del hecho “en el aire” y a partir de entonces se la pueda aludir sin los datos personales del individuo actor. Es por la misma razón anterior, que los delitos de ‘lesa humanidad’ no pueden ser incluidas en la categoría mencionada: en ellos el interés público, precisamente porque son Imprescriptibles e inamnistiables, no cesa.”⁴¹

Concluye esta posición, que podría en un futuro modificar los lineamientos que ha seguido en la materia nuestra Corte Suprema los últimos 5 años⁴², que

⁴¹ Considerando 3° del voto de disidencia de la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 11-746-2017.

⁴² Ello podría ocurrir hasta que una reforma a la ley sobre protección de la vida privada incluya de manera explícita (o excluya) el derecho al olvido y establezca la responsabilidad que le cabe a los

“aún los delitos más graves merecen el perdón de la sociedad que, otra cosa no es el "derecho al olvidar". Para "perdonar" efectivamente, hay que "olvidar" y 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 noticiosos 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.”⁴³

Finalmente, otro camino por el que podría optar nuestros tribunales de justicia para resolver la problemática que nos convoca en este trabajo es adoptar la posición del Tribunal de Justicia Europeo en el caso Costeja. Es decir, interpretar la Ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada haciendo responsable del tratamiento de datos personales por medio de la indexación de sitios de internet, en los términos de dicha normativa, a los motores de búsqueda de internet.

En nuestro país dicha posición ha sido sostenida con excelentes fundamentos por Isabel Warnier y Silvestre Díaz.

Ellas han planteado que el asunto se puede resolver por medio de una “adaptación interpretativa”⁴⁴.

“Una interpretación moderna, pero, al mismo tiempo, leal con el tenor y espíritu de la norma permite concluir que el gestor de los motores de búsqueda efectúa tratamiento de datos personales y que existe el Derecho al Olvido respecto de los motores de búsqueda y que también hay una acción judicial especial en contra de ellos, en virtud de lo dispuesto por la ley N° 19.628, según la cual si el responsable del registro o banco de datos no se pronunciare sobre la solicitud del requirente

motores de búsqueda.

⁴³ Considerando 2° del voto de disidencia de la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 11.746-2017.

⁴⁴ WARNIER Y DIAZ (2017)

dentro del plazo o la denegare por una causa improcedente, el titular de los datos tendrá derecho a recurrir ante el juez de letras en lo civil, solicitando amparo de los derechos de modificación, cancelación o bloqueo de los datos (art. 16). ”⁴⁵

Si bien no se conocen acciones ordinarias ejercidas en virtud de la Ley 19.628 contra motor de búsqueda alguno, ya hemos dado luces de que no es una tesis que defienden nuestros tribunales de justicia al resolver acciones de protección contra los motores de búsqueda.

La tercera sala de la Corte Suprema en la causa Rol 18.818-2019 indicó que

“En esta dirección, cabe recordar que ni Google Inc. ni Microsoft Chile S.A. son los creadores de los datos que el recurrente cuestiona, limitándose los motores de búsqueda a indexar la información creada por terceros, por lo que mal podría obligárseles -en este caso particular- a la cancelación, eliminación, bloqueo, actualización, complementación, aclaración y/o desindexación de los datos ”.⁴⁶

Los deberes que no se les puede imputar a Google, de acuerdo con la sentencia, serían los que, de acuerdo con la ley 19.628, competen al responsable de un banco o registro datos, manifestado así la opinión en contrario de la Corte Suprema sobre la “adaptación interpretativa” planteada por las autoras.

Más directa aún resulta ser la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en la causa Rol 35728-2017.

“Que, en cuanto al "derecho al olvido" invocado por el recurrente, debe anotarse que si bien no se trata de una figura legal, por cuanto no está contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, efectivamente ha ido encontrando reconocimiento a nivel doctrinal y jurisprudencial, lo cierto es que en el caso sub judice tal figura no resulta aplicable. En efecto, la definición de las reglas sobre protección de las libertades y

⁴⁵ Ídem. Página 208.

⁴⁶ Considerando 17° de la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 18.818-2019.

los derechos fundamentales de las personas, en particular, el derecho a la intimidad en materia de tratamiento de datos personales, y la libre circulación de éstos en la red, es una tarea que concierne preferentemente al legislador, tal como se ha entendido en el Proyecto sobre Modificación del artículo 13 de 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, iniciado por moción, según consta del Boletín del Senado N° 9388-03. No cabe duda que la libre circulación de datos en informaciones que se han incorporado a la web conviene a toda la sociedad. Cabe al legislador adoptar reglas que impongan al Estado el deber de asegurar tanto el libre tráfico de los mismos como la efectiva protección de la honra y vida privada de las personas, sin que sea legítimo adoptar mecanismos que siquiera se parezcan a la censura previa que la Constitución prohíbe en términos rotundos en el artículo 19 número 12° de la Carta Fundamental.”⁴⁷

Mismos argumentos se observan en otras sentencias de la Corte Suprema, no siendo en definitiva la tesis de la “adaptación interpretativa” la que los tribunales acogen para ordenar a Google desindexar ciertas publicaciones, en las pocas ocasiones que lo ha hecho. Los fundamentos de las resoluciones citadas demuestran un sentir de deferencia de parte de la Corte Suprema en relación con las facultades del poder legislativo, lo cual podría verse modificada si el Congreso no resuelve con prontitud la problemática.

⁴⁷ Considerando 18° de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 35.728-2017.

IV. CONCLUSIONES

- El derecho al olvido ha sido construido en el derecho europeo y, en la actualidad, se aplica frecuentemente con el marco entregado por el artículo 17 del Reglamento (UE) 2016/679, vigente desde el año 2018.
- Durante los últimos 6 años la Corte Suprema de nuestro país, sin reconocer la existencia del derecho al olvido en nuestra legislación en la mayoría de las ocasiones, y en virtud del principio de inexcusabilidad, ha resuelto múltiples casos en los que el problema subyacente es el mismo que busca solucionar el derecho al olvido europeo.
- Las oportunidades de pronunciamiento de la Corte Suprema han surgido a partir de la presentación de acciones de protección en contra de las fuentes de información y los motores de búsqueda. Este tribunal ha resuelto de manera zigzagueante, aunque de acuerdo con criterios similares a los considerados por el Tribunal de Justicia Europeo en el fallo Costeja en la mayoría de las ocasiones, aunque exigiendo un perjuicio demostrable para el recurrente y/o su familia.
- Hoy la interpretación de dicho tribunal reniega del reconocimiento del derecho al olvido que alguna vez estimó aplicable y estima que la problemática debe ser resuelta bajo un prisma de ponderación de derechos fundamentales en virtud del principio de proporcionalidad, análisis en el cual pueden ser consideradas múltiples criterios, los cuales se encuentran plasmados en este trabajo.
- En dicho ejercicio de ponderación de derechos fundamentales la responsabilidad de los motores de búsqueda de internet, de acuerdo con lo que afirma nuestra Corte Suprema, depende de las circunstancias de cada caso. Pese a eso, no se puede afirmar, como lo hizo la Corte Suprema cuando recién se empezaba a ventilar esta problemática en tribunales, que a los motores de búsqueda no les cabía responsabilidad alguna.
- Pese a que normalmente, de acuerdo con lo señalado, la Corte Suprema niega la tutela judicial respecto de los motores de búsqueda, existe en la doctrina una tesis que permitiría una interpretación análoga a la interpretación europea que los califica de responsables del tratamiento de datos personales, de lo que se derivan múltiples consecuencias.

- Finalmente, existen posiciones dentro del máximo tribunal que, sin adscribir a dicha tesis, establece un criterio objetivo para resolver la problemática y que cuya naturaleza no distingue entre la fuente de la información y los motores de búsqueda.

V. Bibliografía

CORRAL TALCIANI, HERNÁN (2017) *El derecho al olvido en internet: Antecedentes y bases para su configuración jurídica*. Revista Jurídica Digital Universidad de Los Andes. Volumen 1 N° 1, Santiago, 2017.

DEL FIERRO ACEVEDO, CAMILO (2018) *Derecho al olvido ante los servicios de búsqueda en internet*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

LETURIA, FRANCISCO (2016) *Fundamentos jurídicos del derecho al olvido. ¿Un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos fundamentos?* Revista Chilena de Derecho. Volumen 43 N° 1, Santiago, abril de 2016.

PICA FLORES, RODRIGO (2016) *El derecho fundamental al olvido en la web y el sistema constitucional chileno: Comentario a la sentencia de protección Rol N° 22243.2015 de la Corte Suprema*. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Volumen 14 N°1, Santiago, Julio 2016.

VIVANCO MARTÍNEZ, ÁNGELA (2016) *El derecho al olvido y el eventual poder que tenemos sobre nuestra "historia"*. Sentencias destacadas 2016. Centro de Estudios Libertas y Desarrollo (LyD), Santiago, 2016.

WARNIER, ISABEL. DÍAZ, SILVESTRE (2017) *Algunas consideraciones acerca de la protección de datos personales en internet*. Revista Actualidad Jurídica. Número 36, Santiago, julio de 2017.

VI. Jurisprudencia consultada

Corte de Apelaciones de Valparaíso: Rol 228-2012, 30 de julio de 2012.

Corte de Apelaciones de Santiago: Rol N° 35.728-2017, 15 de enero de 2018.

Corte Suprema: Rol 11.746-2017, 9 de agosto de 2017.

Corte Suprema: Rol N° 15.532-2017, 4 de septiembre de 2017.

Corte Suprema: Rol N° 39.972-2017, 4 de diciembre de 2017

Corte Suprema: Rol 25.154-2018, 15 de enero de 2019.

Corte Suprema: Rol 4.317-2019, 22 de abril de 2019.

Corte Suprema: Rol N° 19.134 -2018, 22 de enero de 2019.

Corte Suprema: Rol 18.818-2019, 27 de diciembre de 2019.

Corte Suprema, Rol 54-2020, 10 de junio de 2020.

Tribunal Constitucional: Rol N 519-2007, 5 de junio de 2007.