



**Universidad de Chile**

**Facultad de Derecho**

**Departamento de Derecho Comercial**

**Análisis de la necesidad de consagración legal del derecho al olvido  
en el ordenamiento jurídico chileno.**

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

BÁRBARA ALVARADO

ARACELLI VILLAGRÁN

PROFESOR GUÍA: CLAUDIO MAGLIONA

**Santiago, Chile 2022**

## ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	5
RESUMEN	6
INTRODUCCIÓN.	7
I. CAPÍTULO 1: EL MUNDO VIRTUAL.	10
1.1 EL INTERNET Y LOS DERECHOS DIGITALES.	10
1.2 PRIVACIDAD Y DATOS PERSONALES.	15
1.3 LÍMITES AL DERECHO A LA PRIVACIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS.	18
II. CAPÍTULO 2: EL DERECHO AL OLVIDO EN EL MUNDO.	22
2.1 EL ORIGEN DEL DERECHO AL OLVIDO Y SU CONSAGRACIÓN INTERNACIONAL	23
2.1.1 Caso Google Spain, S.L y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González	27
2.1.2 Sentencia 364/2014	30
2.1.3 Sentencia 4132/2015	31
2.2 EL DERECHO AL OLVIDO EN LA ACTUALIDAD	33
2.2.1 EL DERECHO AL OLVIDO EN LA UNIÓN EUROPEA	33
2.2.2 EL DERECHO AL OLVIDO EN ESTADOS UNIDOS	39
III. CAPÍTULO 3: EL DERECHO AL OLVIDO EN CHILE.	43
3.1 JURISPRUDENCIA.	43
• Causa Rol N° 22.243-2015:	43
• Causa Rol N°36.739-2017	46
• Causa Rol N°4.317-2019:	48
• Causa Rol N°54-2020:	50
3.2 OLVIDAR COMO UN DERECHO DE CANCELACIÓN	54
3.3 LEY N°19.628 SOBRE PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA.	56
3.3.1 Principios que contempla la ley.	58
3.3.2 Derechos que contempla la ley.	59
• Derecho de bloqueo.	60
• Derecho de eliminación o cancelación.	60
• Derecho de modificación.	61
• Derecho a la información.	61
3.3.3 Límites	62
3.3.4 Acción de habeas data.	62
3.3.5 Sanción por infracciones a la ley.	63
3.4 LOS DESAFÍOS QUE REPRESENTA LA LEY DE PROTECCIÓN A LA VIDA PRIVADA	63
3.5 LA LEY DE PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA EN CHILE VS. EL DERECHO AL OLVIDO DE LA UNIÓN EUROPEA	66

IV. CAPÍTULO 4: CONSIDERACIONES ACERCA DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO AL OLVIDO EN MATERIA PENAL	68
4.1 Antecedentes en Chile: Ley N°19.962 que dispone la eliminación de ciertas anotaciones prontuariales	71
CONCLUSIONES	73
BIBLIOGRAFÍA	76

*A nuestros hermanos, por el amor y apoyo incondicional.*

## AGRADECIMIENTOS

A.- En primer lugar, quiero agradecer a mi familia; a mis padres, por su entrega y dedicación a mi persona, y todo lo que eso implica; a mis abuelas y abuelo, por su cariño y ternura infinitos; y a mi hermano, por su compañerismo y amor.

También, a mis amigas del alma, por su constante apoyo y afecto, demostrados de innumerables maneras, con ellas la vida se ha hecho mucho más linda y llevadera. Así como a mis amigos de la universidad, especialmente a Sebastián y Claudia, que me acompañaron en los momentos más difíciles.

B.- Agradezco a mi familia, por las palabras de aliento y el amor absoluto; con mención especial a mis padres por ser incondicionalmente el brazo robusto que me ha guiado desde la niñez, a quienes no solo agradezco el apoyo y amor durante el proceso universitario, si no en mi desarrollo como persona. A mi hermana, la luz de mi vida y mi compañera, por prestarme siempre su hombro y oídos.

A mis amigos hermosos, por su compañía y las risas, siempre tan necesarias.

En conjunto, expresamos nuestra gratitud a nuestro profesor guía, don Claudio Magliona, por sus conocimientos entregados y sus útiles consejos.

Y a nosotras, por la mutua comprensión y apoyo, que nos permitió intercambiar ideas y nutrirnos de conocimiento para llevar a cabo este proyecto.

Por último, somos conscientes de que estas palabras no alcanzan a describir el agradecimiento y amor que sentimos por todos, pero, intentamos plasmarlo lo mejor posible.

## **RESUMEN**

En la época actual, con la llegada del internet y la era digital, la información personal de los individuos ha quedado mucho más expuesta a las intromisiones del público y la permanencia de los datos privados en la red. La solución a este problema fue dada por la Unión Europea con el reconocimiento del “derecho al olvido” en internet, ejemplo que fue seguido por la mayoría de los ordenamientos jurídicos de la región, extendiéndose a pasos agigantados por todo el globo. El dilema que nos convoca yace en que, en Chile, existían lineamientos sobre la materia mucho antes de la adopción por parte de la UE, representado por el “derecho a cancelación”, tales directrices están contenidas en la Ley N°19.628 sobre Protección a la vida privada, sin embargo, el contenido de la norma no está exenta de críticas. De aquí nace la interrogante acerca de cuál de las dos regulaciones se ajustaría más a las necesidades del sistema jurídico chileno.

## **ABSTRACT.**

In today's era, with the advent of the internet and the digital age, individuals' personal information has become much more exposed to public interference and the permanence of private data on the network. The solution to this problem was given by the European Union with the recognition of the “right to be forgotten” on the Internet, an example that was followed by most of the legal systems in the region, spreading by leaps and bounds throughout the globe. The dilemma that summons us lies in the fact that, in Chile, there were guidelines on the matter long before the adoption by the EU, represented by the “right to cancellation”, such guidelines are contained in Law N°19.628 about Protection of Private Life, however, the content of the standard is not exempt from criticism. From this arises the question about which of the two regulations would be more adjusted to the needs of the Chilean legal system.

## INTRODUCCIÓN.

El derecho al olvido es un derecho relativamente nuevo, aunque varios autores encuentran su origen en una era anterior a la digital<sup>1</sup>, en la actualidad este derecho encuentra su fundamento principalmente en internet. En consecuencia, este derecho no tiene una completa conformación y regulación legal, quedando todavía mucho por reglamentar. Por lo tanto, es importante reflexionar sobre la importancia del derecho al olvido, es decir, qué lo hace valioso y diferente a los distintos derechos existentes, ya sea en el ámbito virtual o fuera de este; cuál es su alcance respecto a qué consecuencias prácticas puede producir, qué otros derechos puede o busca resguardar, y por el contrario, con cuales se hace difícil su coexistencia; así como también revisar su origen, entender de dónde nació, cuáles fueron las circunstancias que le dieron paso, cuál era el propósito que se tuvo en mente para su creación y si efectivamente cumple con esta misión para la cual fue fundado.

Como señaló hace unos años atrás, la ministra de Defensa de Alemania, Christine Lambrecht, los seres humanos somos seres sociales, por lo que la percepción que tienen los demás sobre nosotros es de suma relevancia para nuestra vida<sup>2</sup>, una buena opinión o buenas referencias sobre nuestra persona o trabajo pueden hacernos avanzar en las metas y sueños propuestos, en la vida en general y también, nos ayudan a generar contactos o amistades, etc., mientras que las malas reseñas o críticas, pueden derrumbar toda esperanza de poder reinventarnos frente a la sociedad.

Como un ejemplo rudimentario, para acercarnos paulatinamente a la complejidad que puede acarrear esta materia, imaginemos a una persona cometiendo un acto cuestionable, las probabilidades hoy en día de que sea grabada y se vuelva viral en las redes sociales es significativamente alta. Puede suceder que años más tarde, intente abrir un negocio en

---

<sup>1</sup> Ricardo Pazos, "El mal llamado derecho al olvido en la era de internet", *Boletín del Ministerio de Justicia* (noviembre 2015): 8

<sup>2</sup>Rahel Klein, "Derecho al olvido, el "borrador digital" de Europa", Made For minds, <https://www.dw.com/es/derecho-al-olvido-el-borrador-digital-de-europa/a-55704884#:~:text=Todo%20ciudadano%20de%20la%20UE,olvido%20puede%20afectarnos%20a%20todos> (consultada el 11 de julio de 2022)

internet con su nombre, pero lo primero que arrojan los **motores de búsqueda**<sup>3</sup> a sus eventuales socios, es este suceso que se hizo viral, quitándole seriedad a su persona y desconfianza en los que pensaban asociarse con él. Es decir, un acto ocurrido en un día lo va a perseguir para el resto de su vida, arrebatándole la posibilidad de redimirse, lo que podríamos decir, va en contra de la esencia humana, pues somos seres en constante evolución. Una situación parecida, pero aplicada a un contexto más antiguo, es lo que ocurrió en el caso *Melvin v. Reid*, donde se realizó una película basada en la vida de Gabrielle Melvin, usando su nombre real. Este suceso ocurrido en el año 1931, para algunos, es el origen del derecho al olvido<sup>4</sup>, mucho antes de la era digital.

A pesar de este ejemplo, que constituía una excepción en aquellos tiempos, las generaciones anteriores a la época digital en la que nos encontramos, tenían una posibilidad de crecimiento, de redención, sin un pasado que los persiguiera eternamente. Al menos, esa era la regla general, pues era imposible que la información se guardara eternamente, y menos aún, que estuviera al alcance de todos.

Si bien el ser humano siempre ha encontrado la manera de crear información, desde el arte rupestre de los hombres prehistóricos hasta nuestros días, esta no se almacenaba al nivel que existe en la actualidad, pues hace solo un par de décadas la vida de las personas caía en un par de álbumes de fotos; las comunicaciones en papel perecían al poco tiempo: las cartas se botaban, los periódicos vendidos en el verano se utilizaban en el invierno para hacer fuego o parar el agua; no había teléfonos inteligentes que almacenaran todo tipo de información ni las *nubes*<sup>5</sup> con las que contamos ahora. Casi todo parecía tener un tiempo de caducidad, así como el mismo ser humano.

Pero internet llegó a romper este “ciclo de la vida” de la información, y por lo tanto nos corresponde hacernos cargo de los problemas creados por este quiebre que dio paso a

---

<sup>3</sup> Guillermo Valderrábano en su “Estudio y aplicación práctica de técnicas de optimización para el posicionamiento en motores de búsqueda”, los define: “Los motores de búsqueda, también conocidos como “buscadores”, son sistemas informáticos que reciben una consulta de búsqueda y devuelven los resultados correspondientes. La búsqueda se realiza a través de palabras, que se conocen como palabras claves o “*keywords*”, y los resultados del buscador se corresponden con enlaces a Sitios Web relacionados con dichas palabras clave”.

<sup>4</sup> Ricardo Pazos, “El mal llamado derecho al olvido en la era de internet”, *Boletín del Ministerio de Justicia* (noviembre 2015): 8

<sup>5</sup> La página Azure, de Microsoft, nos ofrece una de las tantas definiciones de nube: “La nube no es una entidad física, sino una red enorme de servidores remotos de todo el mundo que están conectados para funcionar como un único ecosistema. Estos servidores están diseñados para almacenar y administrar datos, ejecutar aplicaciones o entregar contenido o servicios, como streaming de vídeos, correo web, software de ofimática o medios sociales. En lugar de acceder a archivos y datos desde un equipo personal o local, accedes a ellos online desde cualquier dispositivo conectado a Internet.”



nuevas reglas y dinámicas. Es importante que las regulaciones sobre la red avancen al ritmo que evolucionan las personas, que somos seres pensantes, cambiantes, en eterno aprendizaje. Por lo mismo, antes de cualquier análisis, pensamos que no se trata de borrar por borrar, sino de calibrar ciertos derechos y tener una solución cuando se estime necesario, pues es bien sabido que en el ámbito jurídico “se mira hacia el pasado”, ya que no se puede intentar proteger un derecho que no estuviese anteriormente establecido en el ordenamiento.

Como veremos en este ensayo, el derecho al olvido no es absoluto, sino que convive con otros derechos y en su aplicación puede generar pugnas con estos, debiendo ponderarse, para ver cuál prevalece en cada caso específico, pues no hay una regla general que lo haga prevalecer por sobre unos o mermar respecto de otros; sino que se va decidiendo caso a caso.

Algunos de los derechos con los cuales puede encontrar oposición son la libertad de expresión y el derecho a la información. A su vez, veremos que confluye en armonía con otros, como el derecho a la privacidad o intimidad, en los cuales algunos autores encuentran su origen, tomándolo como una derivación de estos; mientras otros sostienen que, por relacionarse con los **datos personales**<sup>6</sup>, su alcance es más amplio, pues estos no solo protegen la esfera íntima de las personas, sino cualquier información que respecte a personas identificadas o identificables.

Finalmente, uno de los grandes propósitos de este ensayo es entregar una respuesta sobre su importancia práctica, si realmente cumple con el objetivo que los legisladores internacionales han tenido en mente, o si se necesita una modificación o la creación de otra figura legal que sea más eficiente. Todo esto enfocado en averiguar si resulta necesario consagrarlo en el derecho chileno, legislación que aún no lo contempla en su abanico de derechos.

---

<sup>6</sup> El artículo 2 letra f) de la Ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada los define como: “los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables”.

## I. CAPÍTULO 1: EL MUNDO VIRTUAL.

### 1.1 EL INTERNET Y LOS DERECHOS DIGITALES.

De acuerdo con la RAE el **internet** es la “red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras mediante un protocolo especial de comunicación”. Se considera incipiente porque comenzó a utilizarse masivamente y a escala mundial a principios de la década de 1990<sup>7</sup>, es decir que, solo han transcurrido treinta años desde su utilización por parte de las masas, un período corto de tiempo cuando se trata del derecho, ya que, si bien este se va adaptando a los nuevos tiempos y sus problemáticas, no se caracteriza por ser especialmente veloz, sino que los cambios se van produciendo gradualmente, y a veces llegan más tarde de lo esperado. Desde luego, incursionar en una realidad totalmente desconocida representa un desafío complejo, pues no es algo que como humanidad enfrentemos constantemente, sino que, por el contrario, el uso de computadoras y la llegada de internet ha significado un hito histórico sin precedentes. Se hace más delicado cuando nos damos cuenta de que se trata de una red que puede almacenar impresionantes cantidades de información y que evoluciona rápidamente.

El efecto más importante a nuestro parecer, es que la utilización del internet masivamente ha sido muy acelerada, logrando influir considerablemente en las esferas comunicacionales de las relaciones humanas, de manera que estas toman forma, se concretan o se refuerzan a través de la red, considerándose en la actualidad prácticamente una necesidad para el desarrollo de los vínculos humanos, entre otras cosas. Por lo tanto, regular las interacciones dentro de la realidad virtual se ha vuelto evidentemente importante, ya que es un espacio en el que pasamos casi tanto tiempo

---

<sup>7</sup> Ignacio Siles González, “A la conquista del mundo en línea: internet como objeto de estudio (1990-2007)”, *Comunicación y Sociedad*, (julio-diciembre 2008): 55-79.

como en la realidad física, pero a la misma vez es muy complicado, en la medida que no se rige por las mismas características que la existencia tangible:

En primer lugar, la virtualidad se considera un **mundo de exposición** en cuanto “todos los elementos que lo componen son fruto de la expresión humana”<sup>8</sup>, en otras palabras, todo lo que se puede encontrar en internet proviene de una persona, la cual es responsable de su autoría, es por ello que todos los actos de expresión humana están expuestos, en mayor o menor medida, al público, pudiendo ser apreciados por terceros.

Por otro lado, también se dice que el ciberespacio es un **mundo de reflejo**, porque el ser humano solo puede transformar lo que existe, pero no puede crear realidades nuevas, por lo tanto, el internet es esencialmente causado por el mundo real<sup>9</sup>, y en consecuencia es accesorio a él.

En tercer lugar, el ciberespacio corresponde a un **mundo sin espacio físico**. Por lo tanto, la información que contiene la red no está sometida a las leyes del espacio físico como lo serían la masa de las cosas o el tiempo. A raíz de esta característica, se han debido generar nuevos principios que logren unir los sucesos digitales con la realidad, en otras palabras, que las consecuencias jurídicas alcancen a la persona que produjo los efectos en el marco virtual.<sup>10</sup> Esta es la razón que explica por qué los planteamientos inflexibles del derecho tradicional resultan ineficientes al momento de resolver un problema jurídico que acontece en la red.

En cuarto lugar, el mundo virtual es un **espacio de libertad y responsabilidad ampliadas**, en tanto las personas poseen la total libertad de interactuar y hacer su voluntad, sin perjuicio que este aspecto ha ido cambiando en la medida que existe más control en estas esferas por parte de las autoridades estatales. En este escenario, si una persona transgrede el derecho de otra, el autor deberá responder por la ofensa realizada<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba, “La cuarta ola de derechos humanos: Los derechos digitales”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, (2014): 15-45

<sup>9</sup> *Ibíd.*

<sup>10</sup> *Ibíd.*

<sup>11</sup> *Ibíd.*

Por último, encontramos que el tiempo en el mundo virtual es **relativo**, alejándose de concepciones materiales comúnmente aceptadas. En este plano, la información aparece y desaparece sin una medida intermedia que podamos identificar como tiempo, dado que los movimientos son instantáneos. Y así, como lo que en la red puede eliminarse, hay datos que no lo hacen por completo, sino que los registros permanecen, de hecho, aunque parezcan eliminados para siempre, se pueden encontrar formas de volver a recuperar aquellos datos. En tal sentido, la digitalización del mundo real comporta un cierto salto a la eternidad<sup>12</sup>.

Estas características, entre otras, hacen que el mundo virtual se diferencie de nuestra realidad física, sin embargo, como dijimos anteriormente, mantiene un elemento esencial: El desarrollo de las relaciones entre humanos. Los usuarios del internet somos nosotros, los mismos que nos desarrollamos en el mundo tangible; si bien tenemos perfiles online, en donde podemos usar nombres de usuario (también conocidos como *usernames*<sup>13</sup>), y ser reconocidos por estos en vez de nuestros nombres de pila, incluso pudiendo ser nuestra identidad completamente anónima, en el fondo es imposible separar al individuo de su figura virtual; los efectos, sobre todo aquellos emocionales y relacionales, siguen recayendo en las personas, siguiéndolas hasta el plano físico, no se radican únicamente en la virtualidad. Y, es por esto que, aunque en los primeros momentos de su existencia, no había consecuencias legales por actos realizados en la red, con el paso del tiempo y la experiencia, nos hemos dado cuenta de que es importante regular este ámbito, pues no es un mundo independiente, sino que, como ya dijimos, es un mundo reflejo, no existiría sin el mundo físico y, por lo mismo, es una extensión de él. En consecuencia, tiene sentido que, como los actos virtuales pueden llegar a tener consecuencias materiales, se establezcan responsabilidades legales.

A través de los años, las diversas legislaciones del mundo han ido reglamentando este nuevo espacio en el que se desarrolla la existencia humana, creando nuevas figuras legales que persigan hechos ilícitos, y a su vez, nuevas herramientas protectoras de los derechos de las personas.

Es en este contexto en donde nos encontramos con los **derechos digitales**, que, “son una extensión de los derechos reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos

---

<sup>12</sup> Ibidem

<sup>13</sup> Un nombre de usuario o username es un nombre que identifica de manera exclusiva a alguien en un sistema informático, así, si lo usa en la web, este le permite mantener la configuración personal y su identificación.

Humanos de la Organización de las Naciones Unidas aplicados al mundo online”<sup>14</sup>. Como decíamos, es una incipiente clase de derechos, pues tienen cabida dentro de lo que se conoce como realidad virtual, la cual tiene su origen en la creación del internet, y que los seres comunes y corrientes no empezamos a conocer sino hace solo 30 años atrás, ya que recién en la década de 1990 comenzamos a familiarizarnos con sus funciones, pues en un principio fue creado para tareas específicas, en un contexto de guerra, y podía sólo ser ocupado por expertos<sup>15</sup>. Aunque, cabe recalcar, que existe la discusión respecto a si estos son efectivamente nuevos derechos o se pueden sumergir dentro de los derechos que siempre hemos conocido, también se presenta la interrogante sobre si realmente son derechos humanos, pues estos deben estar relacionados con lo nuclear del ser humano<sup>16</sup>. Más adelante veremos que, más allá de la clasificación, consagrarlos explícitamente tiene importantes consecuencias prácticas, en este sentido, el Estado debe asegurar su protección en la misma medida que los derechos ordinarios que tengan lugar en el plano físico, debido a que es una manera de asegurar la democracia, porque es evidente que las sociedades actuales están influidas por completo por la tecnología, por lo tanto, los derechos digitales se consideran derechos fundamentales para el pleno ejercicio de la ciudadanía<sup>17</sup>.

Para abordar lo que son los derechos digitales, en primer lugar, debemos referirnos a aquellas cuestiones o características del mundo virtual que representan un desafío, por alejarse de lo que siempre hemos conocido, y, por lo tanto, solo de manera reciente se han visibilizado sus consecuencias, tanto las positivas como las negativas. La más relevante para nuestro tema de estudio, es el hecho de que el tiempo dentro de esta esfera sea relativo, pues conlleva la eternidad de la información, que es una problemática exclusiva del mundo moderno, pues llegó a la vida a raíz de internet.

Al “recordarlo todo”, el internet se diferencia de la memoria humana, y si bien en el último tiempo, esta característica ha sido una gran herramienta para las personas, ya que pueden almacenar gran cantidad de información y tener un fácil y rápido acceso a ella, como todo, esta memoria inagotable también acarrea ciertos problemas o conflictos, la

---

<sup>14</sup> "Derechos digitales, imprescindibles en la era de Internet", IBERDROLA, <https://www.iberdrola.com/innovacion/que-son-derechos-digitales>

<sup>15</sup> Vicente Trigo Aranda, "Historia y evolución de Internet", *Manual formativo de ACTA*, ISSN 1888-6051, No. 33 (2004): p. 1

<sup>16</sup> Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba, "La cuarta ola de derechos humanos: Los derechos digitales", *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, ISSN: 1659-4304, No 25(1) (2014): 17.

<sup>17</sup> *ibid.*

mayoría de los cuales nadie pudo prever y que, por lo tanto, traen como consecuencia vacíos legales, dado que estos derechos se han ido construyendo a medida que las problemáticas se han ido presentando y produce que ciertas legislaciones vayan quedando rezagadas en comparación al rápido avance de las funciones del ciberespacio y sus consecuencias adversas.

Actualmente el universo de derechos digitales es variado, el conjunto de ellos está compuesto, aunque no limitado, por:

- a. Derecho a la libertad de expresión y comunicación.
- b. Derecho al acceso a la información.
- c. Derecho a la cultura
- d. Derecho al conocimiento
- e. Derecho a la privacidad.
- f. Derecho al anonimato y no sufrir violencia en línea.<sup>18</sup>

Es evidente que todos estos derechos comparten un aspecto en común, que guarda relación con la estrecha relación de la libertad que tienen las personas a buscar o captar información, así como poder emitir opiniones sobre la misma<sup>19</sup>, siempre que las interacciones tengan como vehículo las relaciones digitales llevadas a cabo a través del internet.

A estas alturas, nos encontramos con uno de los puntos centrales de nuestra investigación. Se tuvo que considerar un derecho que tuviera la capacidad de salvaguardar el derecho fundamental de privacidad de las personas, de conformidad con las consecuencias de la exposición personal en internet. En este punto se atendió al olvido como una herramienta versátil y actualmente se constituye como un derecho incipiente, que ha sido objeto de estudio en múltiples legislaciones, sin embargo, en la chilena no se acoge expresamente.

El **derecho al olvido**, tiene relación con esta relatividad del tiempo, la eternización de la información y la privacidad de los usuarios. Dicho esto, y para comenzar a comprenderlo,

---

<sup>18</sup>Derechos Digitales, America Latina, “¿Qué son los derechos digitales?”, [https://www.derechosdigitales.org/preguntas-frecuentes-frr/#Que\\_son\\_los\\_derechos\\_digitales](https://www.derechosdigitales.org/preguntas-frecuentes-frr/#Que_son_los_derechos_digitales) (Consultada el 27 de noviembre de 2022)

<sup>19</sup> ibíd.

en este primer acercamiento debemos definirlo de la manera más general posible, y podemos decir que es “**el derecho de las personas físicas a hacer que se borre la información sobre ellas después de un período de tiempo determinado**”<sup>20</sup>. Sin embargo, esta definición nos sirve sólo como introducción, pues parece insuficiente para un completo entendimiento del tema, ya que carece de elementos singularizadores de este derecho, y por lo tanto, deja al lector que recientemente está familiarizándose con el concepto, con más interrogantes que respuestas: En primer lugar, en qué sitio está contenida esta información (y en consecuencia, de dónde se borraría esta información); cuál sería o cómo se determinaría el tiempo que esta información debe existir en el internet; a qué nos referimos con personas físicas, si solo contempla las personas naturales o también las jurídicas; y, en último lugar, cuál es el bien jurídico protegido.

Creemos que la respuesta a esta última pregunta no tiene una sola respuesta, pero sin duda uno de los intereses más importantes que protege el derecho al olvido y que en este espacio virtual toma diferentes características, es el de la **privacidad o intimidad**.

## **1.2 PRIVACIDAD Y DATOS PERSONALES.**

La **privacidad** se relaciona con la parte más profunda de las personas, es esta protección que le da el ser humano a los aspectos de su vida que considera más delicados y que no se siente cómodo compartiendo con una multitud, sino solo con su círculo más cercano o bien, solo consigo mismo. En este mundo digital del que hemos hablado, la privacidad es ligeramente distinta a aquella que relacionamos con el mundo físico, pues toma nuevas formas para adaptarse a esta nueva realidad y lo que creemos debe ser protegido. Aquí, la privacidad se relaciona con la **autodeterminación informativa**, y se encuentra definida como “el derecho de los individuos a decidir qué información sobre ellos mismos será revelada, a quién y con qué objetivo”<sup>21</sup>.

La autodeterminación informativa se refiere a la protección de los **datos personales**, derecho que se consagró explícitamente en nuestra Constitución Política en el Artículo

---

<sup>20</sup> Cécile Terwangne, "Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido." IDP. Revista de Internet, Derecho y Política, no. 13 (2012): 53-66.

<sup>21</sup> Ibidem.

19 N°4, a través de una reforma llevada a cabo por la Ley N°21.096 en el año 2018<sup>22</sup>. El derecho a la autodeterminación informativa tiene una noción negativa, es decir, excluye a otros, pero también una positiva, que se trata de poder controlar nuestros datos<sup>23</sup>.

¿Qué debemos entender por datos personales, y por qué su existencia diferencia a la privacidad del mundo físico con la del mundo virtual? Los **datos personales**, que la Ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada, define como “*los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables*”, son, en palabras simples, nuestros datos albergados en el internet, ya sea por instituciones públicas o privadas (que han obtenido con o sin nuestro conocimiento), o bien, información que nosotros mismos compartimos en distintas plataformas, por lo tanto, contemplan una nueva esfera de divulgación de información, en donde es importante la protección de éstos, y por lo tanto, de nuestra privacidad.

Estos datos, si bien están protegidos legalmente, siguen muchas veces fuera de un rango donde podamos ejercer nuestro propio control, de hecho, el **tratamiento**<sup>24</sup> de estos datos se puede realizar, en ocasiones, sin autorización del titular, cuando la ley lo permita; lo que, a pesar de los intentos y protecciones que contempla la Ley 19.628, puede resultar perjudicial para el titular, e igualmente importante, aun cuando no se produzca daño alguno, pasaría a llevar la autodeterminación informativa de los individuos que contempla el concepto de privacidad en el mundo virtual.

Así, esta protección ha sido criticada por la doctrina, que tal como explica Enrique Rajevic<sup>25</sup>, ha puesto de relieve sus insuficiencias, tales como “la ausencia de un órgano efectivo de fiscalización, un habeas data judicial poco operativo (de hecho, apenas utilizado) y un talante tolerante con los tratamientos que realizan algunos agentes privados en materia comercial.”

---

<sup>22</sup> Pablo Contreras, “El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución chilena”, *Estudios Constitucionales* (2020): 88-89

<sup>23</sup> Enrique Rajevic, “Protección de datos y transparencia en la administración pública chilena: Inevitable y deseable ponderación”, *Expansiva* (2011): 5.

<sup>24</sup> Concepto definido también por la Ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada, 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*”

<sup>25</sup> Enrique Rajevic, “Protección de datos y transparencia en la administración pública chilena: Inevitable y deseable ponderación”, *Expansiva* (2011): 5.



Antes de la consagración expresa de la protección de los datos personales en nuestra Constitución, este derecho se entendía contenido implícitamente en el **derecho a la protección de la vida privada**, que también se encuentra en el numeral 4 del artículo 19<sup>26</sup>, pero con esta reforma, y retomando la discusión mencionada hace unos párrafos atrás, creemos que lo correcto, y lo más beneficioso para las personas, es repensar esta protección a los datos personales dentro de los derechos digitales, y a su vez, pensar a estos últimos como una nueva clase de derechos, ya que así se obtiene un nuevo alcance, siendo más eficiente al momento de proteger esta garantía.

La reforma constitucional que los incluyó, tuvo su origen en una moción liderada por el senador Harboe, y ésta se fundamentó citando dos sentencias constitucionales de derecho comparado, en las cuales se destaca el análisis del Tribunal Constitucional español, según el cual, la protección de datos personales es un derecho distinto al de la intimidad, pues el primero es más amplio; mientras el derecho a la intimidad protege los datos íntimos de la persona, como los ámbitos de la vida personal y familiar, la protección de datos no se reduce solo a los datos íntimos, sino a cualquier tipo de dato personal, que en conocimiento de terceros pueda afectar sus derechos<sup>27</sup>. Sin embargo, la misma moción entiende que la protección de los datos personales deriva del derecho a la intimidad, aunque sea más amplio, y es por eso que se opta por una inclusión en el mismo artículo 19 N°4 de la Constitución Política.

El establecimiento de una protección explícita y constitucional para los datos personales es un gran hito en nuestra legislación, pues tal como lo explicó el Tribunal Constitucional español, estos son distintos de los datos a los que hace referencia el derecho a la privacidad o intimidad, los cuales son los datos más íntimos de las personas; mientras que los datos personales son los datos de cualquier tipo, por lo tanto, tienen un rango de protección más amplio (aunque es importante recordar que dentro de los datos personales encontramos los **datos sensibles**<sup>28</sup>, los cuales se acercan más a lo que es el derecho a la privacidad, por ser un concepto más restringido, referente solo a la esfera

---

<sup>26</sup> Pablo Contreras, "El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución chilena", *Estudios Constitucionales* (2020): 89.

<sup>27</sup> *Ibíd*, 91.

<sup>28</sup> Definidos por la Ley 19.628 sobre Protección de la vida Privada en el artículo 2 letra g) como: "aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual."

más privada). En nuestra opinión, no son solo los datos íntimos los que merecen protección legal, puesto que cualquier información, utilizada en conocimiento de ciertos terceros y/o utilizada de mala manera, puede causar mucho perjuicio a la persona a la cual pertenecen, pues se habla de personas identificadas o identificables, en consecuencia, no hay un anonimato que las proteja.

Una de las consecuencias prácticas y muy importantes de la regulación constitucional de la protección de los datos personales en el artículo 19 N°4, es que, en el siguiente artículo existe un recurso que tiene como tarea ser un mecanismo que garantice efectivamente los derechos, evitando así que estos solo sean meras declaraciones<sup>29</sup>.

Estamos hablando del Recurso de Protección del artículo 20 de la Constitución, el cual establece que, cualquier persona podrá recurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva en caso de cualquier acto u omisión arbitraria o ilegal que produzca privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos establecidos en el artículo 19; que es el artículo donde se encuentra establecida la protección de los datos personales. Cuando se presenta este recurso, la Corte de Apelaciones puede adoptar **de inmediato** las providencias que estime necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, lo que puede resultar crucial en ciertos casos.

Sin embargo, aunque esta protección constitucional de los datos personales es una gran herramienta, su resguardo no es suficiente frente a todas las problemáticas que puede traer el tratamiento de estos datos, dado que se restringe a actos u omisiones arbitrarias o ilegales, y sabemos muy bien que, cuando se trata de datos personales, el daño se puede producir aun cuando la acción que se realice sea legal.

### **1.3 LÍMITES AL DERECHO A LA PRIVACIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS.**

---

<sup>29</sup> Enrique Navarro, “35 años del Recurso de Protección, notas sobre su alcance y regulación normativa”, *Estudios Constitucionales* (2012): 618.

La privacidad y protección en su calidad de derechos fundamentales, también contemplan restricciones, y para hablar de ellas, primero es necesario conceptualizar los elementos principales que se involucran.

Derecho fundamental se define como “los derechos subjetivos (...) en cuanto se encuentran en reconocimiento en las constituciones y en la medida en que de este reconocimiento se deriva alguna consecuencia jurídica.”<sup>30</sup>, mientras que límite es, “la acción jurídica que entrañe o haga posible una restricción de las facultades que, en cuanto derechos subjetivos, constituyen el contenido de los derechos reconocidos en el texto dogmático en cuestión, ya sea una carta o declaración de derechos”<sup>31</sup>. Teniendo en cuenta lo anterior, los derechos fundamentales, ante todo, han funcionado como un límite al poder. En función de ello, están facultados para solicitar la implementación de acciones u omisiones con el fin de proteger la esencia del derecho del que se trate.

Establecida esta base, es procedente señalar que previo al desarrollo acelerado de la tecnología, tal como se menciona en el apartado anterior, el derecho al olvido digital jamás fue mencionado y/o reconocido expresamente en ningún instrumento normativo, tanto en la Unión Europea (donde actualmente sí se encuentra reconocido), como fuera de ella. En resumidas cuentas, se trata de un derecho emergente, y que para su subsistencia se va a apoyar en las bases jurídicas del derecho primario.<sup>32</sup>

La discusión planteada en los distintos ordenamientos jurídicos mundiales, ante las consideraciones de adopción y desarrollo del derecho al olvido aplicado al internet, se ha caracterizado por la controversia respecto de cuál derecho preferir ante una eventual colisión, donde cada extremo significa la contrapartida directa del otro. En este caso, los derechos que se enfrentan son **el derecho al olvido**, el cual, dentro de su cualidad de nuevo derecho, se encuentra vinculado estrechamente al derecho fundamental a la protección de datos y al derecho a la privacidad; y por la vereda del frente, hayamos a su adversario inherente, que es la libertad de información.

---

<sup>30</sup> Pedro Cruz, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 25, 1989, 41.

<sup>31</sup> Luis Aguiar, “Los límites de los derechos fundamentales”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, núm.14, enero, 1993), 10.

<sup>32</sup> Mónica Martínez, “Los nuevos límites al derecho al olvido en el sistema jurídico de la Unión Europea: la difícil conciliación entre las libertades económicas y la protección de datos personales”, *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, noviembre 2017, 163

En primer lugar, el derecho a la protección de datos es considerado un derecho fundamental en la Unión Europea, dado que se reconoce tanto en el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, como en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, específicamente en su artículo 8, el cual establece que:

“Artículo 8

*Protección de datos de carácter personal*

1. *Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la concierna.*
2. *Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y su rectificación.*
3. *El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.”*

Por otro lado, el Convenio Europeo de derechos humanos, cuyo propósito es proteger internacionalmente ciertos derechos y libertades fundamentales<sup>33</sup>, en su artículo 8 reconoce explícitamente el derecho al respeto de su vida privada y familiar, en los siguientes términos:

“Artículo 8.

1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*
2. *No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o de la protección de los derechos y las libertades de los demás.”*

Mantener el respeto de la vida privada y familiar de un individuo, así como respetar la normativa sobre la protección de datos personales, son los pilares sobre los que se sustenta la procedencia del derecho al olvido, en tanto busca la autodeterminación informativa de un sujeto, en aras a proteger el núcleo sobre el que se sustenta su privacidad y la de su familia.

---

<sup>33</sup> Víctor Cazurro, “Antecedentes y fundamentos del Derecho a la protección de datos”, J.M Bosch, 2020, 70

Continuando con la enunciación de derechos relevantes para este análisis, se consideran fundamentales los derechos a la libertad de expresión e información, porque están consagrados de esta forma en el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea:

*Artículo 11.- Libertad de expresión y de información*

- 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.*
- 2. Se respeta la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.*

A más abundamiento, de almacenar información dentro de un registro digital, obtiene su justificación a través de la libertad informática, a la que le asisten diversos derechos y libertades cuya utilidad es “garantizar a los individuos y colectivos la posibilidad de conocer información almacenada, en ocasiones en registros públicos, necesaria para ejercer sus derechos y libertades fundamentales”<sup>34</sup>, por lo tanto, el derecho a la información se confirma como un elemento fundamental dentro de una sociedad democrática, por cuanto es imprescindible en el apartado jurídico-administrativo, ya que, cumple con fines de salvaguardar el bien común de la sociedad, garantizar el orden y proteger el interés público.

En simples términos, el derecho a la información es el límite que sirve de restricción al derecho a la privacidad y a la protección de datos, los que, a su vez, instrumentalizan el derecho al olvido con el fin de posibilitar su protección de estos últimos en el mundo digital.

Sin embargo, pese a que se estableció cuáles son los derechos en pugna, procede preguntarse ¿Por qué un derecho fundamental significa un límite para otro derecho fundamental, si en esencia poseen el mismo rango? El enfrentamiento entre el derecho a la información y el derecho a la privacidad se puede explicar por medio de la teoría que sostiene la inexistencia de los derechos absolutos, que serían aquellos que “vencen siempre en todo conflicto”<sup>35</sup>, Por consiguiente, el derecho fundamental a la privacidad o el derecho a la protección de datos, protegido mediante el ejercicio del derecho al olvido, no puede

---

<sup>34</sup> Mónica Martínez, “Los nuevos límites al derecho al olvido en el sistema jurídico de la Unión Europea: la difícil conciliación entre las libertades económicas y la protección de datos, personales”, *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, noviembre 2017, 145

<sup>35</sup> Íñigo Álvarez, “Universales, absolutos e inalienables: los derechos indestructibles”, *Revista de Humanidades de Valparaíso* (2014): 72.

considerarse absoluto, con aplicación erga omnes; por el contrario, existen restricciones en su aplicación en la medida que se contrapongan con los valores y/o principios jurídicos importantes en la misma medida. Lo que sucede es que ambos derechos se enfrentan en lo más esencial de su composición, se contraponen con los valores, principios e intereses jurídicos que son de la misma forma, fundamentales<sup>36</sup>. En este contexto, la única forma de decidir entre uno y otro es por medio del uso de la proporcionalidad.

La proporcionalidad es un principio que se utiliza constantemente dentro de las decisiones jurídicas, un claro ejemplo es la puesta en práctica (como veremos más adelante) en los fallos en la Unión Europea. En resumidas cuentas, la pugna entre ambos derechos, ocurre cuando el derecho al olvido digital, concebido como un derecho a ocultar, borrar o incluso cancelar los datos o información de personas naturales que hayan sido publicados en el pasado, puede ocasionar una restricción a otro derecho fundamental, a saber, el derecho a la libertad de expresión e información. En este sentido, cuando exista una situación donde un derecho fundamental condicione el ejercicio de otro, no se puede estimar como excesiva, ni desmesurada su limitación, bajo la amenaza de vulnerar el principio de proporcionalidad, siempre que la decisión obedezca la persecución de un interés general.

En suma, la proporcionalidad funciona como un “canon de interpretación y parámetro esencial de ponderación, en clave comparativa, entre los derechos y las limitaciones impuestas a los primeros por ser necesarias para asegurar un interés público”<sup>37</sup>. Por lo tanto, se tendrá que ponderar según el caso determinado del que se hable, cuál de los dos derechos que colisionan representa un mayor beneficio y perjuicio para el interés general, ejemplo de ello son las sentencias dictadas en la Unión Europea sobre la materia.

## II. CAPÍTULO 2: EL DERECHO AL OLVIDO EN EL MUNDO.

---

<sup>36</sup>Mónica Martínez, “Los nuevos límites al derecho al olvido en el sistema jurídico de la Unión Europea: la difícil conciliación entre las libertades económicas y la protección de datos, personales”, *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, noviembre 2017: 147

<sup>37</sup> *ibid*, 154

## 2.1 EL ORIGEN DEL DERECHO AL OLVIDO Y SU CONSAGRACIÓN INTERNACIONAL

Para enfrentar la realidad de los desafíos que presenta la relatividad del tiempo en internet y, por consiguiente, la eternidad del almacenamiento de información de los individuos en la red, se concibió un nuevo derecho con el fin de contrarrestar los efectos perjudiciales que la continua exposición de información personal pudiera ocasionar a las personas. La herramienta que busca solucionar este conflicto es el derecho al olvido.

En términos simples, el derecho a ser olvidado tiene lugar cuando una persona exige que determinada información contenida en alguna noticia, dato o imagen sea eliminada de la red o de los archivos digitales universales, porque aun cuando los datos han perdido actualidad, continúan siendo públicos para cualquier persona que busque información sobre una determinada persona<sup>38</sup>. No obstante, contrario a lo que se puede presumir, el derecho al olvido no es un derecho nuevo, ni tampoco se desarrolló coetáneamente con el surgimiento y progreso del internet (aunque sí podríamos decir que dio paso a una nueva “era”), si no que, la génesis de su nacimiento se remonta a mitades del siglo pasado cuando la llegada del internet todavía no se imaginaba, a partir de esta fecha en adelante, se pueden observar tres etapas bastante claras en cuanto a su progreso a través de los años.

La primera de ellas lleva por título “**el derecho al olvido en los medios**”. Durante las primeras décadas del siglo XX los medios de comunicación tradicionales, entiéndase radio, prensa y televisión<sup>39</sup>, se encontraban consolidados, lo que permitió la transmisión de información con un amplio alcance, a escala masiva, lo que en definitiva posibilitó la intervención en la esfera privada de los sujetos. En respuesta a esta nueva realidad, en el ordenamiento jurídico de Estados Unidos se comenzó a discutir acerca del “right to privacy”, idea que no tardó en alcanzar a los demás ordenamientos mundiales, encontrando que el alcance de los entonces nuevos medios de comunicación, colisionaban con este nuevo incipiente derecho. En este contexto, en 1960, quien fue el Decano de Facultad de Derecho de UC Berkeley, William Prosser, se encargó de sistematizar los casos de responsabilidad por violación a la privacidad del artículo “Right to Privacy” de Warren y Brandeis<sup>40</sup>. Terminó

---

<sup>38</sup> Hernan Corral, “El derecho al olvido en internet: antecedentes y bases para su configuración jurídica”, Revista Jurídica Digital UANDES (2017), p1

<sup>39</sup> Council Of Europe, “medios de comunicación”, Council of Europe, <https://www.coe.int/es/web/compass/media#> (consultado el 05 de diciembre 2022)

<sup>40</sup> Hernan Corral, “El derecho al olvido en internet: antecedentes y bases para su configuración jurídica”, Revista Jurídica Digital UANDES (2017), p1

por registrar cuatro tipos de violación a la privacidad, que son: la intrusión en el ámbito privado de la víctima, la difusión de hechos de su vida privada, la publicación que la coloca en una falsa luz a los ojos del público y la apreciación de las ventajas que provienen del uso de su nombre o apariencia.<sup>41</sup> A su respecto, se refiere a la problemática que ha representado el acto de repetir determinada publicación sobre hechos pasados y, la relación que existe con la limitación a la prensa de informar; sobre lo cual concluye que: pese a que la prensa tiene el derecho de informar, (más aún cuando un individuo que se ha vuelto “noticioso”) y, el material que provenga desde el ejercicio de dicho derecho, por supuesto que será siempre legítimo para el recuerdo del público<sup>42</sup>, los tribunales estadounidenses han fallado en distintas direcciones, señalando que la fama o el conocimiento público y previo de los hechos sucedidos en relación a una persona, no legitima a la prensa a volver a publicitar sucesos del pasado, como es el caso de *Melvin v. Reid*<sup>43</sup>, que fue emblemático en su tiempo y es, lo que algunos afirman, el germen de lo que sería el derecho al olvido actual.

En contraposición también existen sentencias que han fallado a favor de la libertad de expresión, como lo es el caso “*Sidis v. FR Publishing Corp*”<sup>44</sup>, donde se decidió que el derecho a controlar la vida propia encuentra su límite en el valor social de que los hechos sean públicos.

Por otro lado, sobre los antecedentes en Europa, Francia es el mayor exponente de iniciativas con miras a permitir el olvido como herramienta jurídica, la protección de la privacidad en oposición a la libertad de expresión fue particularmente feroz. Se admitió en numerosas oportunidades el aspecto de la temporalidad como un componente importante en la publicidad de información personal, así quedó comprobado con el reclamo que presentó una ex amante del asesino en serie Henri Landru cuando hechos pasados de su vida quedaron plasmados en una película, sobre este caso, se acogió la demanda interpuesta por la perjudicada, dado que se tuvo en cuenta que correspondía a un período muy antiguo y

---

<sup>41</sup> *ibíd.*

<sup>42</sup> *ibíd.*

<sup>43</sup> Juicio promovido por una mujer que en su juventud había ejercido la prostitución y sido acusada de homicidio. Con los años sobrevino esas circunstancias de su vida, sin embargo en 1925, por medio de la película *The Red Kimono*, se retrata su vida pasada. La corte concedió la demanda a la demandante, señalando que toda persona que lleva una vida recta debe verse libre de ataques innecesarios a su reputación, lo que da vida al derecho a ser olvidado o “*right to be forgotten*”

<sup>44</sup> Juicio promovido por una persona que en los primeros años de su vida alcanzó la fama por considerarse inteligentemente superdotada. En su adultez mantuvo su vida privada y tranquila, no obstante, la revista Estadounidense “*The New Yorker*” revela las circunstancias de su historia.



dramático de su vida privada, el cual quería dejar atrás<sup>45</sup>. De la misma manera, se consideró el elemento temporal cuando se falló sobre la demanda de la expareja de un famoso delincuente que decidió publicar su autobiografía. La mujer argumentó que el relato que se sostenía en el libro atentaba contra los logros y avances que había podido concretar en materias de reinserción social.<sup>46</sup>

A más abundamiento, en Italia, el concepto del derecho al olvido era conocido desde la sentencia de 1958<sup>47</sup>. Más tarde, en la década de 1990 lo definieron explícitamente como: “el justo interés de cada individuo de no estar indefinidamente expuestos a datos que afectan negativamente su honor o reputación, relativa a la reiterada publicación de una noticia divulgada en el pasado”<sup>48</sup>.

La abierta acogida del derecho a la privacidad y por consiguiente el derecho al olvido en Europa, se explica porque posterior a la Segunda Guerra Mundial, sus múltiples ordenamientos jurídicos han evolucionado hacia una “valorización de los derechos de la personalidad como componentes esenciales del ordenamiento jurídico”<sup>49</sup>. Esto se ha visto reflejado en el intento de equilibrio entre intereses contrarios, en este caso en particular, “el derecho del sujeto particular a vivir sin interferencias injustificadas, sus derechos, su autonomía y sus posibilidades de desarrollo; y por otro, la resistencia que debe existir ante la demanda de limitar la libertad de expresión e información, teniendo en consideración su papel esencial en la mantención de la democracia”<sup>50</sup>.

La segunda etapa, llamada “**el derecho al olvido en los sistemas de procesamiento de datos**”, nace desde la inquietud por la subsistencia indefinida de datos personales en registros que, incluso no estando al nivel de las modernas bases de datos actuales, contaban con la capacidad de reunir información que podría causar perjuicio luego del transcurso del tiempo, más aún si se trataba de registros relacionados con el área penal y el área comercial<sup>51</sup>. En Chile, a inicios del siglo XX, dentro del ámbito penal, las principales alarmas para considerar la eliminación de datos, se sustentó en la complejización en los procesos de

---

<sup>45</sup>Francisco Leturia L, “ Fundamentos jurídicos del derecho al olvido. ¿un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos derechos fundamentales”, Revista Chilena de Derecho, (2016). pp.93

<sup>46</sup> ibid.

<sup>47</sup> ibid.

<sup>48</sup> ibid.

<sup>49</sup> ibíd, 96.

<sup>50</sup> Hernan Corral, “El derecho al olvido en internet: antecedentes y bases para su configuración jurídica”, Revista Jurídica Digital UANDES (2017), p4

<sup>51</sup> ibíd, 5.

reinserción a los que se veían afectos los sujetos previa condena, y también, en la eliminación de antecedentes penales. La creciente preocupación devino en la dictación del D.L 409 de 12 de agosto de 1932, el cual permitió que las personas que hubieran sido condenadas y cumplido su respectiva condena, pudieran solicitar que se mire como “si nunca hubiere delinquirido para todos los efectos legales y administrativos”<sup>52</sup>. Por otro lado, en materia de derecho comercial se dictó el D.S N°950, del Ministerio de Hacienda, del 28 marzo de 1928, que contemplaba la pérdida de vigencia de las publicaciones que hubieran aparecido en el Boletín Comercial posterior a cinco años desde su publicación.<sup>53</sup>

Finalmente, de la mano con el desarrollo tecnológico, la última etapa corresponde al **derecho a eliminar datos en internet**. El acto de compartir información personal o ajena se ha convertido en una práctica sencilla y, para hacerlo, existe variada disposición de plataformas digitales, un claro ejemplo son las redes sociales. El acceso a la información es incluso más alcanzable con el empleo de motores de búsqueda, siendo “Google” el más importante. En función de los nuevos modos de interacción, el derecho al olvido ha tenido que adecuarse y aplicarse en debido a las nuevas modalidades de comunicación, en tanto las nuevas tecnologías han significado nuevas formas de relacionarnos y compartir datos sin supervisión previa. De ahí que debería ser posible exigir la supresión de algún dato pasado, personal o de terceros, que se haya compartido (aun cuando fuese verídico y obtenido por medios legítimos), y que, por el transcurso del tiempo, provoque un daño al afectado y no constituya una información relevante para el público. No obstante lo anterior, con la llegada del internet, la eliminación de determinada información de la red no es el único inconveniente; otro obstáculo es la abundancia de fuentes y páginas web, lo que conlleva a que, aun cuando la información se borre de la fuente de origen, nada impide que continúen siendo accesibles al público a través de distintos motores de búsqueda<sup>54</sup>, tendiendo una vez más a la eternidad de la información, de esta forma es posible conectar el nombre de un sujeto con un sitio web una y otra vez.

Por los conflictos que ha acarreado esta polémica discusión, es que existe variada y numerosa jurisprudencia que se encarga de delimitar la aplicación del derecho al olvido en el propio ordenamiento jurídico de cada Estado, sin embargo, en este ensayo particularmente, la revisión pormenorizada de los siguientes títulos solo será de las más insignes de ellas.

---

<sup>52</sup> ibíd

<sup>53</sup> ibíd

<sup>54</sup> Platero, El derecho al olvido en internet. El fenómeno de los motores de búsqueda, 248.

### **2.1.1 Caso Google Spain, S.L y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González**

Este caso dio el puntapié certero en el camino del reconocimiento del derecho al olvido a nivel global. Tuvo lugar en el año 2014 con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el que, en resumidas cuentas, estableció que el buscador digital más importante, entiéndase Google, poseía la calidad de banco de datos, por consiguiente, se encontraría sujeto a la Directiva 95/46/CE, sobre el tratamiento de derechos personales y debía conceder la petición de una persona que solicitaba eliminar un antiguo artículo noticioso que le significaba un menoscabo personal.

Más concretamente, en el año 1998, el periódico “La Vanguardia” realizó dos publicaciones por orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, donde figuraba la información sobre un remate de inmuebles por deudas a la Seguridad Social de Barcelona. Uno de los bienes que constituía la lista, pertenecía a Mario Costeja González, siendo su nombre identificable expresamente. Todo se complejizó cuando en el año 2009, el diario La Vanguardia digitalizó en su propia página de internet todos los archivos y datos publicados hasta la fecha, lo que permitió que Costeja hallara su nombre asociado a este anuncio, tras consultarlo a través del motor de búsqueda de Google.

Frente a la situación, el señor Costeja solicitó al diario que dicha información fuera removida del sitio web, argumentando que el procedimiento de embargo que la publicación describe, se encontraba terminado. A pesar de ello, La Vanguardia rechazó la solicitud.

Es por esto que, don Costeja González, ciudadano de nacionalidad española, interpuso un reclamo ante la Agencia Española de Protección de Datos Personales, en adelante AEPD, en contra del periódico La Vanguardia, pidiendo a este último modificar o bien eliminar las noticias en donde aparece su nombre, asimismo y con el mismo objetivo, Costeja solicitó que dicha información no estuviera disponible a través de la indagación por medio de motores de búsqueda Google. Todo esto, bajo el argumento que el embargo y el proceso judicial asociado a su identidad, se había resuelto hace años atrás y que en la actualidad dicha deuda ya no existía. Sin embargo, la AEPD desestimó el reclamo contra el periódico, dado que la publicación noticiosa estaba legalmente justificada en la medida que se efectuó en el cumplimiento de una orden gubernamental. Por el contrario, las reclamaciones en contra de

Google, Inc. Y Google Spain fueron concedidas y se resolvió que al ser motores de búsqueda deben regirse por la ley de protección de datos y por lo tanto, deben proteger la información personal.<sup>55</sup>

No obstante, Google, Inc. y Google Spain interpusieron recursos de apelación ante la Audiencia Nacional de España, para revocar la decisión de la AEPD. Ante la duda y la laguna normativa, la Audiencia Nacional de España decidió plantear ante el Tribunal Europeo de Justicia, en adelante TJUE o Tribunal, una cuestión prejudicial que se encargara de juzgar la forma de interpretar la ley de datos personales frente al dilema de las nuevas realidades tecnológicas, porque esta última no consideraba en su aplicación la protección de datos en internet. Específicamente, se consultaba si la Directiva 95/46 de la legislación española, en adelante “la Directiva”, se puede aplicar a un motor de búsqueda, que pese estar fuera de la Unión Europea, tenga una sucursal dirigida a captar usuarios en un Estado Miembro.<sup>56</sup> En el mismo sentido, si es extensible entender como “tratamiento de datos” la localización de información por un motor de búsqueda, que la indexe, y posteriormente la entregue a disposición de los usuarios. Igualmente, si el gestor del motor de búsqueda es responsable del tratamiento de datos personales a los que tenga acceso.<sup>57</sup> Por último, si dichos gestores de motores de búsqueda tienen la obligación de eliminar o suprimir la información personal que fuese publicada en sitios web, aun bajo la posibilidad que tales datos fueran legítimamente obtenidos y divulgados.<sup>58</sup>

El TJUE decidió que la actividad de Google se consideraba tratamiento de datos personales<sup>59</sup> para efectos de la aplicación de la Directiva 95/46, siguiendo el razonamiento que: “entre los datos hallados, indexados, almacenados por los motores de búsqueda y puestos a disposición de sus usuarios figura también información relativa a personas físicas identificadas o identificables”<sup>60</sup>, por lo tanto, dicha información se considera como datos personales<sup>61</sup>. Por otro lado, que “al explorar internet (...) el motor de búsqueda recoge los

---

<sup>55</sup> Platero, El derecho al olvido en internet. El fenómeno de los motores de búsqueda, 250-252.

<sup>56</sup> Global Freedom of Expression, “ Google Spain SL v. Agencia Española de Protección de Datos,” Columbia University, <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/google-spain-sl-v-agencia-espanola-de-proteccion-de-datos-aepd/?lang=es> ( consultada el 16 de mayo de 2022)

<sup>57</sup> ibidem.

<sup>58</sup> ibidem.

<sup>59</sup> ibidem

<sup>60</sup> op cit.

<sup>61</sup> Directiva 96/46. Artículo 2 letra a): «datos personales»: toda información sobre una persona física identificada o identificable (el «interesado»); se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social.

datos personales que luego son indexados, almacenados y colocados a disposición de los internautas”<sup>62</sup>.

Además, también concluyó que Google, como motor de búsqueda, sí puede ser considerado como responsable del tratamiento de datos personales bajo un criterio de interpretación amplio del concepto de “responsable”, lo que permite garantizar eficazmente a los interesados y los usuarios del servicio.

Frente a la discusión sobre si la Directiva es aplicable a Google, en su calidad un motor de búsqueda no perteneciente a la Unión Europea (lo que permitiría considerarlo responsable del tratamiento de datos personales). El Tribunal decidió que según lo dispuesto por el artículo 4 número 1, que señala que: “cuando el tratamiento sea efectuado en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento en el territorio del Estado miembro. Cuando el mismo responsable del tratamiento esté establecido en el territorio de varios Estados miembros deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que cada uno de dichos establecimientos cumple las obligaciones previstas por el derecho nacional aplicable.”<sup>63</sup>, por lo tanto, efectivamente está sometido a la normativa de la Directiva de la legislación española.

Por último, el Tribunal estimó que cuando una búsqueda se realice a partir del nombre de una persona y resulten vinculados a páginas web, el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminarlos de la lista de resultados, incluso cuando la información no sea eliminada de dicha página web o, que haya sido publicada lícitamente por terceros<sup>64</sup>. Utilizando el mismo criterio, se determinó que los sujetos cuyos datos personales se encuentren disponibles en motores de búsqueda, pueden solicitar su remoción de los resultados de búsqueda para así evitar la exposición al público. Sin perjuicio de que, el derecho a dicha solicitud deje de existir si, por interés preponderante del público a tener acceso a la información de que se trate, se justifique la disposición pública de información personal.

---

<sup>62</sup> ibidem

<sup>63</sup> Ibíd.

<sup>64</sup> Ibíd.

### 2.1.2 Sentencia 364/2014

El fallo del TJUE, representó un avance extraordinario porque, efectivamente significó la consolidación jurisprudencial del derecho de las personas a su privacidad, el derecho a la protección de sus datos personales y el establecimiento de los límites para ejercerlos. En adelante, los demás tribunales del continente Europeo, comenzaron a reconocer en sus fallos, el derecho al olvido en internet.

Este conflicto se ventila ante la Audiencia Provincial de Barcelona, luego de que el reclamante, identificado como “Sr. Domingo” interpusiera recurso de apelación contra sentencia que desestimó el reclamo en contra de “Google Spain, S.A”, “Yahoo Iberia, S.L” y “Telefónica de España, S.A”. En 1999, se dictó en favor de don Domingo un indulto de la pena privativa de libertad, que tenía pendiente el actor, por un delito contra la salud pública (STS 364/2014). Durante el año 2009, el demandante se dirige mediante correo electrónico a la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, en adelante BOE, que es el diario oficial nacional español encargado de la publicación de leyes, disposiciones y actos de inserción obligatoria<sup>65</sup>. Les comentó que mediante la consulta de su nombre a través del motor de búsqueda de Google, resultaba una página del BOE informando sobre el indulto a su nombre, en mérito de lo cual exige la supresión del mismo. La agencia estatal se niega a modificar los datos, en tanto “cualquier modificación sobre la página significaría una manipulación sustancial del contenido que alteraría de forma grave una “fuente de acceso público”<sup>66</sup>.

Con la primera vía de acción frustrada, el actor, contactó a las empresas Google Spain, S.A, Yahoo Iberia, S.L y Telefónica de España, S.A , requiriendo que se retiraran del buscador las páginas que enlazaban su nombre con datos personales, de la misma forma reclamó una compensación por los perjuicios ocasionados.

La Audiencia, por un lado, desestima la demanda en contra de Telefónica y Yahoo; y por otro, falla a favor del actor y obliga a Google a eliminar los sitios web que contuvieran información referente al indulto.

Se considera que está decisión es eminentemente innovadora porque se encarga de un asunto que no había resuelto el TJUE en el caso anterior. Responde acerca de la

---

<sup>65</sup>Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, “ <https://www.boe.es/organismo/>” (consultado el 03 de diciembre 2022)

<sup>66</sup> op cit

compensación de los perjuicios a los afectados, estima que el perjuicio ocasionado por un motor de búsqueda, en este caso Google, es indemnizable, aunque la reparación no se presume, porque “El incumplimiento de la normativa de protección de datos no implica automáticamente un daño o lesión indemnizable al afectado(...)”<sup>67</sup>, por lo tanto debe comprobarse el menoscabo patrimonial.

### **2.1.3 Sentencia 4132/2015**

En el universo de sentencias que se pronuncian acerca de la aplicación del derecho al olvido, existen las que ordenan el olvido en los buscadores de internet, que implica la exclusión de los enlaces y resultados que puedan relacionar al afectado con su pasado. En la misma línea, se encuentran aquellas demandas que reclaman la remoción de determinada información de las “hemerotecas digitales”, que son los “archivos informáticos que guardan los medios de prensa de las noticias, reportajes y demás material publicado, y, que pueden consultarse con sus propios motores de búsqueda a través de la web”<sup>68</sup>, por lo tanto, además de la solicitud que se puede presentar ante los motores de búsqueda, se puede dirigir un reclamo específicamente contra la hemeroteca digital que la divulga.

En este caso, la discusión se promueve ante el Tribunal Supremo de España, a causa de un recurso de casación interpuesto por “Ediciones El País, S.L”, contra sentencia de segunda instancia que había acogido la demanda de dos personas que en la década de 1980, fueron detenidas por el delito de tráfico de drogas. En atención a lo anterior, el periódico “El País”, publicó una noticia que retrataba los detalles del suceso donde se especificaba los nombres y apellidos de los actores. Tiempo después, el periódico decidió poner a disposición sus archivos propios al acceso público mediante la búsqueda en su página web, la complejidad radica en que los nombres de los demandantes fueron incluidos como palabras clave para encontrar el artículo objeto del pleito, más aún, el código fuente de la web disponía las instrucciones “index and follow” para simplificar la tarea de indexado de los motores de búsqueda.

En segunda instancia, la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso de apelación de *El País* y lo condenó al “cese en el uso de los datos personales de los

---

<sup>67</sup> ibidem

<sup>68</sup> Hernan Corral, “El derecho al olvido en internet: antecedentes y bases para su configuración jurídica”, Revista Jurídica Digital UANDES (2017), p9

demandante en el código fuente de la página web y en su contenido”(STS 4132/2015). Asimismo, ordenó no publicar en el cuerpo de las noticias los datos identificativos ni iniciales de los actores, en los que se funden los hechos.

Por su parte el Tribunal Supremo, determinó que el “El País” había incurrido en una intromisión ilegítima en los derechos de los demandantes, estimó que pese a que la publicación en principio es lícita y veraz, “un tratamiento que inicialmente pudo ser adecuado a la finalidad que lo justificaba puede devenir con el transcurso del tiempo inadecuado para esa finalidad puesto que, el tratamiento de los datos personales debe cumplir con los principios de calidad de datos no solo en el momento en que son recogidos e inicialmente tratados, sino durante todo el tiempo que se produce ese tratamiento” (STS 4132/2015), en términos simples, la información no obstante ser veraz, no cumple en la actualidad la finalidad que desempeñaban al momento de publicar la noticia. En adelante, el Tribunal Supremo se enfrenta al dilema de ponderar la libertad de información y expresión, respecto de la protección de datos personales, señalando que las hemerotecas reportan una contribución significativa para conservar noticias e información, la puesta a disposición del público de noticias previamente publicadas, posee una función secundaria porque, los derechos a la vida privada y familiar; y a la protección de datos de carácter personal van a “prevaler no solo sobre interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en encontrar la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona” (STS 4132/2015). Empero, este criterio no es absoluto, la excepción a la primacía de los derechos de la personalidad se configurará siempre que coexista con un interés superior como el interés público que es, la intención de formarse una opinión fundada en materias relevantes para la mantención de una sociedad democrática, esto acontece en la medida que “se trata de personas de relevancia pública, una información sobre hechos que afectan a su privacidad o reputación” (STS 4132/2015).

Sin embargo, los hechos que motivan la demanda carecen de relevancia pública. En mérito de lo anterior, es que el tribunal se pronunció a favor de lograr un equilibrio entre ambos derechos, ordenando que Ediciones El País utilizara *códigos robot.txt* o instrucciones *noindex*, que impidieran que los datos personales de los individuos fueran indexados por los motores de búsqueda. Con todo, revocó las medidas del tribunal de segunda instancia y negó la eliminación de los datos personales de la noticia en cuestión, porque estimó que constituían medidas desmesuradas en contra del derecho a la libertad de información, que es justamente lo que se asegura de conservar las hemerotecas digitales, a más



abundamiento, se pronunció a favor de que el artículo noticioso continuara siendo indexado por el motor de búsqueda interno del periódico.

## 2.2 EL DERECHO AL OLVIDO EN LA ACTUALIDAD

### 2.2.1 EL DERECHO AL OLVIDO EN LA UNIÓN EUROPEA

El derecho al olvido, como ya hemos mencionado anteriormente, forma parte del abanico de derechos fundamentales de las personas, conformando una cuarta ola de estos<sup>69</sup>, y nace como consecuencia de la contraposición de distintos derechos, como son la libertad de información versus el derecho a la privacidad, así como también la libertad informática y el derecho al honor, la honra, la reinserción, etc.

Este derecho ha cobrado especial relevancia en la última década, principalmente por su incorporación expresa en la Propuesta de Reglamento General de Protección de Datos Personales de la Comisión Europea (el cual finalmente fue sustituido por un derecho de supresión más limitado en la versión que terminó siendo aprobada por el parlamento europeo) y del “caso Google”<sup>70</sup>, ya mencionado anteriormente.

El artículo 17 del Reglamento de la Unión Europea relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que se refiere al derecho de supresión (también “derecho al olvido”), lo define expresamente, enmarcándolo de la siguiente manera: *“El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernen, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes...”*

Dentro de las circunstancias que contempla este artículo, las cuales son seis, una de ellas hace referencia a la finalidad de los datos, cuando estos ya no sean necesarios en relación con los fines para los cuales fueron recogidos; por otro lado, cuando el interesado se oponga a este tratamiento y no prevalezcan otros motivos para ello; y cuando los datos personales

---

<sup>69</sup> Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba, “La cuarta ola de derechos humanos: Los derechos digitales”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, ISSN: 1659-4304, No 25(1) (2014): 17.

<sup>70</sup> Francisco Leturia, “Fundamentos jurídicos del derecho al olvido. ¿Un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos derechos fundamentales?”, *Revista Chilena de Derecho vol. 43* (2016): 92.

hayan sido tratados ilícitamente, por nombrar algunos ejemplos. Podemos ver cómo estos numerales contemplan un amplio rango de sucesos, que van desde respaldar la voluntad del interesado hasta la estricta ilegalidad en la utilización de sus datos personales, utilizando el derecho al olvido como herramienta para proteger de manera más precisa los datos personales frente a diferentes situaciones o acontecimientos.

Por otro lado, también establece restricciones para este derecho, que a su vez es una obligación para aquel que realiza el tratamiento de datos, lo que confirma que el derecho al olvido no es absoluto, sino que debe ponderarse constantemente con otros derechos en juego. De hecho, la primera de las restricciones hace alusión expresa a otro derecho, el cual es a la *libertad de expresión e información*, estableciendo que: “3. Los apartados 1 y 2 no se aplicarán cuando el tratamiento sea necesario: a) para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información”, es decir, las personas no podrán pedir que se supriman sus datos personales, cuando su tratamiento sea necesario para resguardar el derecho a la libertad de expresión, así como el de información.

Sin embargo, como explica Francisco Leturia<sup>71</sup>, esta definición se centra exclusivamente en los datos personales que se manejan en internet, específicamente la información que aparece en los motores de búsqueda, de hecho, el artículo 2 del mismo reglamento establece su ámbito de aplicación, el cual es el tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales (como también los datos no automatizados destinados a ser incluidos en un fichero), dejando fuera otras versiones del derecho al olvido, quizás más clásicas, como algunas que ya vimos, tendientes a proteger el derecho a la privacidad de manera más general, o concretamente, cuando se busca la reinserción social de personas anteriormente imputadas o condenadas. Empero, creemos que este déficit, es susceptible de subsanarse aplicando otros derechos establecidos en la legislación europea, como el derecho a la intimidad y vida privada, aunque, por otro lado, sería positivo también que el mismo reglamento incluyera estas otras versiones del derecho al olvido, existentes con anterioridad al mundo del internet. No obstante, parece poco probable que esto último ocurra, ya que la versión aprobada de este reglamento fue una que limitó el derecho al olvido originalmente propuesto.

Por otra parte, este tratado tiene aplicación en un ámbito territorial específico, por lo que, este establecimiento de derecho al olvido no es universal, sino que está restringido a las

---

<sup>71</sup> *Ibíd.*

personas interesadas que residen en el área geográfica contemplada por la Unión Europea, o cuando el tratamiento de los datos personales se realiza en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable (del tratamiento) en la Unión, aunque el tratamiento mismo no se realice en la Unión. Asimismo, la tercera hipótesis de aplicación se lleva a cabo cuando el tratamiento se realiza en un lugar en que el derecho de los Estados Miembros pueda aplicarse en virtud del derecho internacional público.

El derecho al olvido no es de aplicación automática, sino que se debe buscar ejercitar por las personas interesadas, que deben remitir una solicitud al motor de búsqueda del cual quieren eliminar la información. Los residentes de la Unión Europea cuentan con un formulario en el sitio web del motor de búsqueda, por ejemplo, en Google, donde deben identificar el país de residencia (que debe ser uno de los veintiocho países que conforman la Unión Europea), ingresar sus datos (nombre, apellido y correo electrónico), indicar si se actúa por sí mismo o en nombre de alguien más, identificar la información que se desea retirar, la URL del contenido y el motivo por el que se quiere eliminar (para cada una de las URL, si es más de una), se debe hacer una declaración jurada y firmar. Posterior a esto, el usuario recibirá un correo automático avisándole que se ha recibido su solicitud y, a continuación, se evaluará su caso<sup>7273</sup>.

Las directrices para la evaluación de los casos no están detalladas explícitamente para el público, por lo que no se sabe qué consideraciones hace Google al momento de decidir eliminar o no cierta información. Lo único que se especifica es que, “los resultados mostrados deben considerarse inadecuados, irrelevantes o ya no relevantes, o excesivos”<sup>74</sup>. A su vez, el servicio de Google agrega lo siguiente: “Al evaluar tu solicitud, tendremos en cuenta si los resultados incluyen información obsoleta sobre tu vida privada, así como si existe un interés público en lo que respecta a la información que permanece en los resultados de búsqueda de Google (por ejemplo, si está relacionada con estafas financieras, con negligencia profesional, con condenas penales o con tu conducta como funcionario público, tanto electo como designado)”<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> Para consultar la página de solicitud de retirada de datos personales de google:

[https://reportcontent.google.com/forms/rtbf?utm\\_source=wmx&utm\\_medium=deprecation-pane&utm\\_content=legal-removal-request](https://reportcontent.google.com/forms/rtbf?utm_source=wmx&utm_medium=deprecation-pane&utm_content=legal-removal-request)

<sup>73</sup> “¿Cómo está implementando Google la reciente sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre el derecho al olvido?” Preguntas frecuentes, Google, <https://policies.google.com/faq?hl=es>

<sup>74</sup> Ibidem

<sup>75</sup> Ibidem

Entonces, lo poco que sabemos es que Google realiza una ponderación, determinando si la información ya no es relevante, o si, por el contrario, existe un interés público de información, pero no conocemos más detalles, por lo que el proceso carece de transparencia.

En definitiva, Google, una corporación privada, actúa como juez y ejecutor de las decisiones, con sus propias directrices, las cuales son básicamente secretas. Esta es una de las grandes debilidades del derecho al olvido de la Unión Europea. De hecho, en el año 2015, un grupo de 80 académicos escribió una carta a Google, pidiéndole más transparencia en el proceso, por ser el motor de búsqueda con más solicitudes de las personas, que buscan “ser olvidadas”, y porque, a su vez, contiene las pautas más desarrolladas para manejarlas y equilibrar el derecho a la privacidad con el acceso a la búsqueda<sup>76</sup>, los dos derechos en juego en este contexto. En nuestra opinión, lo ideal para esta situación sería crear un organismo autónomo que revise estos casos, con abogados expertos en la materia, que las directrices sean públicas, y se remita un informe del proceso de ponderación al interesado, para que éste sepa cómo se arribó a la conclusión de borrar o no el contenido solicitado. Así, el proceso sería totalmente transparente, lo que sería un gran avance en la aplicación del derecho al olvido en lo que respecta a la Unión Europea.

Como explicamos anteriormente, Google no es el único motor de búsqueda, sino que también existen otros como Safari, Bing y Yahoo!, que son los siguientes más populares después de Google, pero que están lejos de alcanzar el mismo nivel de uso, y por lo tanto, la cantidad de solicitudes de borrado de información que este último, es por eso que se le da tanto énfasis a los casos que se presentan en aquel motor de búsqueda. El punto negativo de esto es que casi no hay información sobre lo que ha sucedido con los otros motores de búsqueda, y es prácticamente imposible encontrar jurisprudencia a su respecto, por lo que se sabe menos aún respecto a la transparencia de sus procedimientos.

Una segunda debilidad con la que cuenta este derecho al olvido establecido por la Unión Europea es su aplicación territorial, pues la regulación establecida en el artículo 3 del Reglamento General de Protección de datos es, en cierta medida, confusa, y dejó varias dudas en cuanto al derecho al olvido respecta. Fue un aspecto muy debatido hasta el año 2019, lo que dio paso a distintas figuras posturas doctrinales<sup>77</sup>:

---

<sup>76</sup> Jemima Kiss, Dear Google: open letter from 80 academics on ‘right to be forgotten’, *The Guardian*, <https://www.theguardian.com/technology/2015/may/14/dear-google-open-letter-from-80-academics-on-right-to-be-forgotten>

<sup>77</sup> Helena Sánchez Arribas, “El alcance espacial de la doctrina del TJUE Google Spain” (tesis doble grado en Derecho y Dirección de empresas, Facultad de Derecho, 2020), 9.

1. Primero, una tesis maximalista, la que defiende un derecho a la eliminación de enlaces a escala mundial, de este modo, el gestor del motor de búsqueda deberá retirar los enlaces de la totalidad de los nombres de dominio de su motor;
2. Segundo, una tesis minimalista, que sostiene el retiro de enlaces solo en el país en que se solicita la desindexación;
3. Por último, la tesis intermedia que hace referencia a suprimir la información a través de la técnica del bloqueo geográfico<sup>78</sup>

Esta interrogante tuvo su respuesta recién el 24 de septiembre del año 2019, en una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que se dictó a raíz de una petición de decisión prejudicial en el contexto de un litigio entre Google LLC y la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) (Comisión Nacional de Informática y Libertades, Francia)<sup>79</sup>. Este litigio tuvo su origen en una controversia sobre la forma en que el gestor de un motor de búsqueda debe aplicar el derecho a la retirada de enlaces cuando el interesado tiene derecho a que se supriman uno o varios enlaces a páginas web, en las que se incluyen datos personales que le conciernan, de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre<sup>80</sup>.

Mediante resolución de 21 de mayo de 2015, se requirió a Google que aplicase una supresión que la misma compañía había estimado, respecto de todas las extensiones de nombre de dominio de su motor de búsqueda, a lo que Google se negó, y se limitó a suprimir los enlaces en cuestión a las extensiones de su buscador en los Estados Miembros de la UE, es decir, un “bloqueo geográfico”.

En resumen, la CNIL, mediante resolución de 10 de marzo de 2016, impuso a Google una sanción, y posteriormente, Google solicitó la anulación de esta resolución mediante demanda presentada ante el Conseil d'État (Consejo de Estado que actuó como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Francia)<sup>81</sup>

A raíz de las dificultades interpretativas que experimentó el Consejo del Estado Francés, éste decidió suspender el procedimiento y plantear ciertas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia:

---

<sup>78</sup> *Ibíd.*

<sup>79</sup> STJUE de 24 de septiembre de 2019, asunto C-507/17.

<sup>80</sup> *Ibíd.*

<sup>81</sup> *Ibíd.*

1. Si el gestor de un motor de búsqueda tiene la obligación de retirar el total de los enlaces controvertidos de los resultados que se obtuvieron de la búsqueda del nombre del solicitante, de todas las versiones del buscador, independientemente del lugar desde donde se realice la búsqueda.
2. En caso de una negativa a lo anterior, si es que el gestor de un motor de búsqueda sólo está obligado a suprimir los enlaces que se obtuvieron a raíz de una búsqueda con el nombre del solicitante en aquella versión del buscador que tiene el nombre de dominio correspondiente al estado en que se efectuó la solicitud.
3. En último lugar, se plantea si el gestor de un motor de búsqueda que estima una solicitud de retirada, está obligado a suprimir, mediante lo que se conoce como “bloqueo geográfico”, los resultados obtenidos a raíz de una búsqueda con el nombre del solicitante, para que aquellos enlaces no se muestren cuando se acceda a este buscador desde una dirección IP supuestamente localizada en el Estado de residencia del beneficiario del “derecho a la retirada de enlaces”<sup>82</sup>

El Tribunal, a raíz de esta solicitud de decisión prejudicial, dictaminó que este derecho no se aplicaba fuera de sus estados miembros. Esto a partir de diferentes consideraciones:

En primer lugar, hace referencia al tenor de los artículos 12 letra b) y 14, párrafo primero, letra a) de la Directiva 95/46, así como también al mismo artículo 17 del Reglamento 2016/679, del cual, afirma, “no se desprende en modo alguno que el legislador haya optado (...), por atribuir a los derechos consagrados en estas disposiciones un alcance que vaya más allá del territorio de los Estados Miembros”<sup>83</sup>, y que, por consiguiente, pudiera imponer a un gestor la obligación de retirar enlaces de las versiones nacionales de su motor de búsqueda que no correspondan a los Estados Miembros.

La sentencia sostiene que, en un mundo globalizado como el actual, el acceso de los internautas externos a la Unión, a información sobre una persona que tiene su interés dentro de la Unión, puede tener efectos importantes dentro de ella, por lo que se podría justificar que el legislador tuviera competencia para establecer la obligación de retirar los enlaces de todas las versiones del motor de búsqueda correspondiente. Sin embargo, muchos de los terceros Estados no contemplan el derecho a la retirada de enlaces, o lo tienen regulado de forma diferente.

---

<sup>82</sup> *Ibíd.*

<sup>83</sup> *Ibíd.*

## 2.2.2 EL DERECHO AL OLVIDO EN ESTADOS UNIDOS

Uno de los países externos a la Unión y que lo contemplan desde una perspectiva distinta, es Estados Unidos, pues debemos comprender que, no solo su sistema legal es diferente al de Europa, sino que también sus valores, prácticas y prioridades como sociedad.

El sistema legal que se aplica en Estados Unidos, es el *common law*, o derecho anglosajón, que se puede definir como “el sistema jurídico jurisprudencial y de derecho común de los países anglosajones fundado en las costumbres de los países en que se aplica”<sup>84</sup>. Este sistema es uno de los cuatro que predominan en el mundo, y es diferente al que se aplica en gran parte de Europa, que es el denominado *derecho continental*.

El *common law* se caracteriza por tener como fuente principal a la jurisprudencia (aunque también incluye normas escritas, pero en menor medida, por algo se describe como “derecho común”), mientras que el derecho continental se basa principalmente en la ley, al tener sus normas sistematizadas en códigos. El principio rector del *common law* se denomina “stare decisis”, que consiste en que, “cuando el juez tiene ante sus ojos un conflicto sobre el cual ha de resolver, debe hacerlo teniendo en cuenta la solución que previamente otro juez o tribunal, de igual o superior jerarquía, haya dado a un conflicto similar”<sup>85</sup>. Así, los jueces estadounidenses deben estudiar jurisprudencia sobre casos similares antes de dictar una sentencia, pero no solo eso, sino que también deben tomar en consideración los usos y costumbres del lugar.

En el siglo XVIII, específicamente en el año 1787, 55 delegados de la Convención Constitucional, firmaron lo que hoy es la Constitución de Estados Unidos, en la cual se estableció un proceso de enmiendas, que se ha efectuado 27 veces hasta la fecha<sup>86</sup>.

Durante el proceso de ratificación, en varios estados el debate se centró en la falta de una carta de derechos, lo que se solucionó con el “Compromiso de Massachusetts”, en donde, junto con ratificar la Constitución, algunos estados enviaron recomendaciones de enmienda

---

<sup>84</sup> Miguel Sánchez Malug, “Derecho Romano y Common Law”, *Anuario de Derecho Civil* (2001): 289.

<sup>85</sup> *Ibíd.*, 290.

<sup>86</sup> La Constitución, “¿Para qué es una Constitución?”, La Casa Blanca, <https://www.whitehouse.gov/es/acerca-de-la-casa-blanca/nuestro-gobierno/la-constitucion/#:~:text=La%20primera%20enmienda%20garantiza%20que,al%20gobierno%20compensaci%C3%B3n%20por%20agravios>. (consultada el 15 de diciembre de 2022)

al Congreso<sup>87</sup>. La primera enmienda protege la libertad de expresión, de prensa, de reunión y el derecho de solicitar al gobierno compensación por agravios<sup>88</sup>.

Es en el derecho al olvido, donde algunos encuentran un peligro, o derechamente una vulneración de esta enmienda, que contempla la libertad de expresión y prensa<sup>89</sup>. En los sistemas del *common law* es común que se le dé una relevancia a la libertad de prensa cuando se enfrenta con derechos de la personalidad, pero ocurre con especial fuerza en Estados Unidos, a consecuencia de esta primera enmienda<sup>90</sup>.

Los ciudadanos estadounidenses tienen la creencia de que todo tipo de abuso puede evitarse a través de la autorregulación, pues son ciudadanos de un país con una doctrina política neoliberal, en donde las fuerzas del mercado son las máximas reguladoras, lo que se extrapola a todas las áreas de la vida, mientras que se busca la mínima intervención del Estado, mientras que los europeos confían en el gobierno y desconfían del mercado, siendo totalmente opuestos a los ciudadanos de América del Norte, que desconfían del gobierno y depositan su confianza en el mercado<sup>91</sup>. Por eso mismo es que tiene coherencia que los tribunales norteamericanos privilegien otros derechos, como la libertad de expresión, por sobre el derecho al olvido, pues como decíamos, las sentencias se basan en otras sentencias anteriores, pero también en sus usos y costumbres.

Esta postura, en muchos casos, ha privilegiado la publicidad de cierta información, incluso cuando esta no era totalmente verídica<sup>92</sup> o se había compartido sin autorización del titular, como el uso de imágenes<sup>93</sup>, convirtiendo al derecho de prensa prácticamente en un derecho absoluto.

Sin embargo, en ocasiones, EE. UU se ha acercado a algo parecido al derecho al olvido, por ejemplo, en el año 2013, en el Estado de California, un proyecto de ley del senado, el *Senate Bill No. 568*, que finalmente fue aprobado y entró en vigencia en 2015, permitió a los menores de 18 años borrar información que ellos mismos hubieran subido a un sitio web de Internet, servicio en línea, aplicación en línea o aplicación móvil.

---

<sup>87</sup> *Ibíd.*

<sup>88</sup> *Ibíd.*

<sup>89</sup> Ángela Moreno, "El derecho al olvido digital: una brecha entre Europa y Estados Unidos", *Revista de Comunicación* (2019): 261.

<sup>90</sup> *Ibíd.*

<sup>91</sup> *Ibíd.*, 265.

<sup>92</sup> *Ibíd.*, 267.

<sup>93</sup> Véase la sentencia *Robertson v. Rochester Felding Box Co.*



Actualmente, la doctrina estadounidense se encuentra dividida en cuanto al derecho al olvido digital, si bien se ha hecho más frecuente la inclinación hacia un derecho al olvido en este ámbito, hay varios autores que siguen defendiendo que los valores contemplados en la primera enmienda constitucional son incompatibles con él<sup>94</sup>.

Cuando se trata de jurisprudencia, en la última década, ésta ha dejado claro que en Estados Unidos se privilegia la libertad de expresión por sobre el derecho al olvido, siempre que la información sea verdadera, y aunque posteriormente las circunstancias cambien o la información sea parte de la esfera privada de la persona. Esto se puede apreciar en los casos *Martin v. Hearst Corporation* del año 2015<sup>95</sup> y *Clark v. Viacom Int'l, Inc.* del 2014<sup>96</sup>, en ambas situaciones se priorizó la libertad de expresión, pues se estimó que estaba protegida por el interés público.

En consecuencia, tal como lo explica Ángela Moreno Bobadilla en su artículo<sup>97</sup>, el principal obstáculo para que pueda aplicarse un derecho al olvido que sea compatible con la libertad de información, es que, a raíz de casos como los anteriormente mencionados, la Section 230 of the Communication Decency Act ha establecido que a los buscadores (motores de búsqueda) no se les puede imputar responsabilidad por los contenidos de los proveedores, por lo tanto, al momento en que se presentan las demandas, no se entiende muy bien hacia quién van dirigidas, haciéndolas profundamente confusas.

Finalmente, podemos apreciar como hay dos concepciones antagónicas cuando se trata del derecho al olvido; por un lado, tenemos el caso europeo, en donde se contempla explícitamente, y en el que los tribunales, en diversas ocasiones, lo han privilegiado por sobre el derecho a la información o libre expresión, mientras que, en el otro extremo, nos encontramos con la visión estadounidense, en donde comúnmente se privilegia la libertad de información por sobre el derecho de las personas a la privacidad que les otorgaría la aplicación del derecho al olvido. Al mismo tiempo, hemos podido darnos cuenta de que este orden de las cosas no es azaroso, sino que nace de la propia cultura y sistemas políticos de los países, ya que, mientras en los países de la Unión Europea existe más confianza en los gobiernos, en los que se pone la responsabilidad de hacerse cargo y regular cuestiones

---

<sup>94</sup> Ángela Moreno, "Avances y retrocesos del derecho al olvido digital en Estados Unidos", *Revista Ius Et Praxis* (2021): 184.

<sup>95</sup> *Martin v. Hearst Corporation*, No. 13-3315 (2d Cir. 2015).

<sup>96</sup> *Clark v. Viacom Int'l, Inc.*, No. 3:12-0675, 2014

<sup>97</sup> Ángela Moreno, "Avances y retrocesos del derecho al olvido digital en Estados Unidos", *Revista Ius Et Praxis* (2021): 186.

como la fundación de un nuevo derecho y su ponderación de este con otros, en Estados Unidos existe una inclinación a la autorregulación, propias de su sistema económico, que llega a extrapolarse a todos los otros aspectos de la vida.

Conjuntamente, podemos concluir deben presentarse ciertas circunstancias para que el derecho al olvido sea procedente:

- A. No existe un interés público sobre la información:** Si bien el interés público es un concepto amplio e indeterminado, en palabras simples podemos entenderlo como el bien para la sociedad en general, aquello que persigue el colectivo de las personas en base a sus necesidades, y que, en este contexto, una de estas necesidades es el acceso a la información como una herramienta de protección.
- B. La información perdió vigencia/importancia producto del paso del tiempo:** Si bien al momento de su publicación la información era relevante, con el paso del tiempo esta relevancia se ha perdido, por lo que no existe una necesidad de que siga en la red.
- C. La información ya no cumple el fin con el que fue publicada:** Ya fuera el deber de informar, alertar o proteger a la población, si ya no existe la finalidad original, debería poder eliminarse.
- D. La publicidad de la información produce daño al interesado:** Ya sea porque repercute en su reputación, o algún otro motivo.
- E. El interesado se opone al tratamiento de los datos:** Siempre que no haya otros motivos legítimos para continuar con el tratamiento.
- F. La información fue tratada de forma ilícita:** Se consiguió por medios ilícitos, o no fue publicada conforme a ley.

Si bien hemos notado que estos requisitos no son copulativos, se ha podido apreciar que suele presentarse dos o más de estos en cada caso, solo por un sentido de lógica, ya que, por ejemplo, es muy probable que si el interesado se opone al tratamiento de la información es porque en cierta medida le provoca un daño, lo mismo sucede cuando la información fue tratada de forma ilícita. Al mismo tiempo, el transcurso del tiempo es un requisito prácticamente transversal, pues es una condición que reviste especial importancia cuando los tribunales deciden aplicar el derecho al olvido.

### III. CAPÍTULO 3: EL DERECHO AL OLVIDO EN CHILE.

#### 3.1 JURISPRUDENCIA.

El derecho al olvido no está reconocido en Chile de forma expresa, pero eso no significa que nuestro país esté ajeno a él, pues en los últimos años, ha sido construido jurisprudencialmente por nuestros tribunales nacionales, por lo que hacer un análisis de ellos es importante para descubrir cuáles son los elementos que se han tomado en cuenta para su aplicación. En consideración de esto examinaremos algunos fallos que nos parecen relevantes, por los derechos que aparecen contrapuestos y las decisiones finales tomadas por la Corte Suprema.

- **Causa Rol N° 22.243-2015:**

En el año 2014, el diario “El Mercurio”, publicó una noticia de título, “el Ministro en visita Sergio Muñoz sometió a proceso al mayor (I) de Carabineros Aldo Graziani como presunto autor de abusos sexuales contra menores”. Como réplica, el Sr. Graziani Le-fort envió una carta al representante legal de la empresa El Mercurio S.A.P, solicitando que se elimine dicho artículo noticioso de su página web EMOL, o bien, le informe a quién corresponde eliminarlo de los motores de búsqueda de internet. De vuelta, se le respondió que, para eliminar una publicación de tales características, tiene que demostrarse a través de documentos válidos, que ha sido absuelto, sobreseído o, se hayan modificado los antecedentes conforme a la ley. Así también, se le comunicó la obligación de firmar un documento en donde se obliga a renunciar a cualquier acción legal en contra de esta empresa, o su director. Considerando el actor, que la exigencias de la empresa periodística son ilegítimas, en tanto, excede sus facultades dado que, no tiene autoridad para obligar a un individuo a exponer información privada; interpone un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, por estimar que sus derechos constitucionales contenidos en el artículo 19 numeral primero, segundo y cuarto, entiéndase, el derecho a la vida y a la integridad psíquica, la igualdad ante la ley y el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, respectivamente, se han visto vulnerados. No está demás mencionar que, el contexto social en donde acontecieron los hechos es de suma relevancia, pues la investigación del Sr.

Graziani se relacionaba con el “caso Spiniak”<sup>98</sup>. De hecho, al momento de su divulgación el medio periodístico se encontraba indagando los detalles de este último. En la misma línea, el recurrente argumenta que los hechos que relata el artículo noticioso, ocurrieron hace más de 10 años desde la fecha de su publicación y que si bien, en una primera instancia los relatos asociados a su caso cumplían con el deber de informar, en la actualidad solo se le estaría ocasionando un daño porque en el presente no tenía asuntos pendientes con la justicia.

La C.A de Santiago rechazó el recurso deducido por el Sr. Graziani, de conformidad a que la noticia publicada por el sitio web es reconocida expresamente por el recurrente como veraz, por lo tanto, no se podía considerar arbitraria la publicación de esta tan solo en consideración del transcurso de tiempo. Que “El Mercurio”, no habría incurrido en ninguna práctica ilícita y que sus acciones fueron solo parte del ejercicio de la libertad de expresión e información.

Finalmente, el actor decidió apelar la sentencia, en donde la Corte Suprema, a través del fallo del 21 de enero de 2016, rol N°22.243-2015, decidió acoger el recurso de protección. En él, tiene cabida la discusión acerca de la conveniencia de la adopción del derecho al olvido en el ordenamiento jurídico chileno, entendido como “a que una persona pueda aspirar a la eliminación de una información desfavorable sobre sí mismo que le provoque perjuicios actuales y que se contenga en los sistemas informáticos disponibles, y ello por una razón plausible”, este derecho en palabras de la Suprema Corte se considera “un verdadero derecho a la cancelación, rectificación u oposición respecto de la utilización informativa de un dato personal. Está intrínsecamente vinculado a su utilización, en términos que si en un momento fue legítima, luego del transcurso de un tiempo determinado ha dejado de serla; y cuyo efecto ineludible a su expiración es que debe ser borrado”.

Aterrizando estos elementos al caso que se trata, la Corte consideró que, si bien el Diario “El Mercurio” publicó la noticia donde se reflejaba la participación del recurrido en un hecho de relevancia social, atendiendo al ejercicio legítimo del derecho a expresión; no cambiaba la circunstancia que hubieran transcurrido más de 10 años desde la publicación del artículo, por lo que el derecho constitucional a la vida privada y la honra, no deberían colisionar con el derecho a expresión, dado que este último “debería ceder actualmente en beneficio del derecho a la reinserción social del que ha delinquido y de su derecho a mantener una vida

---

<sup>98</sup> El caso Spiniak fue un proceso penal llevado a cabo en Chile en el año 2003, por estupro, prostitución infantil y producción de material pornográfico. Lleva este nombre por su principal inculpado, Claudio Spiniak, quien finalmente fue condenado a 10 años de presidio, los que cumplió efectivamente, saliendo en libertad en diciembre de 2013.

privada que la posibilite, como asimismo el derecho a la honra y privacidad de su familia”, por lo tanto, debe procurarse el “olvido” informático de los registros de la noticia. Por lo demás, señala que la eliminación del artículo de la página web, no conlleva necesariamente que la noticia deje de existir porque, con todo, podrá seguir siendo ubicable por métodos análogos mediante la investigación profesional de un interesado. En mérito de lo anterior, la Corte Suprema, con cuatro votos contra uno, acoge el recurso de protección y ordena a la parte recurrida la eliminación del registro informático de la noticia que ocasiona un daño al recurrente.

**Voto en contra:** La disidente opinó confirmar la sentencia apelada y rechazar el recurso de protección interpuesto ya que, no consideró que se hubiese incurrido en un acto ilegal o arbitrario que efectivamente promoviera una vulneración a los derechos fundamentales del recurrente.

La línea de razonamiento que se sostuvo, nació del planteamiento del asunto jurídico que se debe resolver, que es: decidir acerca de la procedencia de otorgar la cautelar consistente en borrar una noticia sobre el sometimiento a proceso de un funcionario de carabineros (Mayor (I)), como presunto autor del delito de abusos sexuales contra menores, bajo el fundamento que han transcurrido más de 10 años desde su publicación, considerando el recurrente que esto vulneraba su derecho a la reinserción social y, a la honra y privacidad de su familia. O si por el contrario, había que analizar los derechos del recurrente, enfrentándolos con el derecho de libertad de información, siempre considerando que el recurrente fue condenado el año 2011, su pena se habría cumplido el año 2013, y por lo demás el delito en cuestión está contenido en un expediente que es público, y con un importante atención social.

Para resolver este interrogante, se sujeta a las consideraciones de la jurisprudencia comparada, señalando que en Estados Unidos “la información criminal o de sanciones administrativas impuestas en contra de una persona forma parte de un registro público, que goza de interés periodístico, y aún con el transcurso del tiempo tiene la aptitud de adquirir un interés histórico respecto del comportamiento de una persona, o de controlar la actividad de quienes impusieron la sanción”. Dentro de nuestra región, el asidero comparado a la que ha recurrido la ministra, es el fallo del año 2015, de la Corte Constitucional de Colombia, que ordenó la actualización de la información (respecto de la actora que se vio involucrada en un delito de trata de personas) publicada en la página web de la “Casa Editorial”, mas no su eliminación. El fundamento de la decisión recae en que, aunque la medida representa una

limitación al derecho a la libertad de expresión de la editorial, “esta es menos lesiva que aquella que ordena la eliminación de la información de la red, por cuanto al menos permite que el suceso que dio lugar a la noticia sea publicado, sin que altere la verdad histórica en relación con los sucesos acontecidos.”

Ahora bien, respecto de la pregunta propuesta, considera que el derecho al olvido efectivamente colisiona con el derecho a la información, y aun cuando el transcurso del tiempo es el punto clave para resolver la disputa, el derecho al olvido “debe dar prioridad a las exigencias del derecho a la información cuando los hechos que se revelan presentan un interés específico para su divulgación”. En este caso, prevalece el derecho a la información porque el tiempo transcurrido entre la solicitud hecha por el recurrente no es lo suficientemente larga, dado que el cumplimiento de su sentencia se pudo corroborar recién el año 2013. Y en segundo lugar, el establecimiento de la existencia de un interés público es claro, dado que se trata de delitos que atentan en contra de la integridad sexual de las personas; por lo tanto, “no es procedente otorgar la cautela a las garantías constitucionales solicitadas por el recurrente de protección, con base en el fundamento esgrimido en el recurso planteado, de aplicar en la especie el derecho al olvido, por cuanto, en el evento de considerarse éste procedente en un delito de abusos sexuales, el tiempo transcurrido no justifica la aplicación del mismo”.

- **Causa Rol N°36.739-2017**

El señor Víctor Valverde Palma, quien es médico cirujano, atendió el año 2012 a una paciente que se encontraba embarazada por segunda vez y acudió al profesional para que la controlara, la atención durante los siguientes meses fue por completo normal. Durante el segundo trimestre, informó a su paciente que debía ausentarse por un viaje a Estados Unidos con el fin de asistir a un congreso médico. El día 17 de diciembre, la pareja de la paciente se comunicó con el doctor para agendar una cita. En el encuentro, le indicó que presentaría una demanda en su contra por vulneración a la *lex artis*, por haber administrado “Misotrol” (es “un análogo de la prostaglandina E1, comercializada en 72 países, para la prevención y tratamiento de la úlcera gastroduodenal. Pero al igual que todas las prostaglandinas similares, tiene propiedades uteroconstrictoras y abortivas.”)<sup>99</sup> a la mujer para

---

<sup>99</sup> Antonio Rodríguez y Alejandro Velasco, “Uso de 800 mg de Misoprostol para inducir el aborto temprano”, *Revista Cubana de Obstetricia y Ginecología*, 2003.

inducir el parto, aun cuando su uso está prohibido por el ISP, le informó que la utilización del fármaco provocó inercia uterina, además del aumento del riesgo de que el recién nacido padeciera alteraciones cardíacas, por cuya causa, se tuvo que considerar la indispensable presencia de un cardiólogo al momento del alumbramiento. El padre del lactante, acusó que el móvil para inducir el parto fue por el viaje y no como consecuencia de las indicaciones para tratamiento más adecuado con el fin evitar complicaciones en un embarazo de término. Concluyó la reunión, amenazando con publicar los hechos dado que, tenía los medios para hacerlo puesto que era un exitoso periodista.

El 4 de marzo del año 2013, CIPER Chile, publicó un reportaje de título: “Mal uso de fármaco abortivo en Clínica Alemana provoca salida de uno de sus ginecólogos más reputados”. En mérito de lo anterior, el señor Valverde, el 28 de junio de 2016 dirigió una carta a CIPER Chile solicitando la eliminación del artículo periodístico de su página web (la carta jamás fue respondida), argumentando que era poco ético sostener públicamente dicho reportaje luego de haber transcurrido tres años, que ocasionaba un daño a su dignidad y honra, así como a su vida privada y laboral. Argumentó que, para mitigar el perjuicio ocasionado por el artículo, no se mencionó que el “Colegio Médico de Chile A.G”, luego de someterlo a un juicio de ética, coligió que el profesional actuó conforme a la *lex artis* médica. El Sr. Valverde decide recurrir de protección por la vulneración a su derecho a la protección a la vida privada y la honra, suya y de su familia, derechos amparados a la luz del artículo 19 N°4 Constitución Política de la República. En la misma línea, manifestó que la libertad de expresión, regulada en el artículo 19 N°12 de la Constitución Política de la República, se ve limitada por la forma abusiva en que CIPER Chile difundió los hechos. Por último, acogiendo a la doctrina del derecho al olvido solicitó la eliminación del registro informático.

La Corte de Apelaciones de Santiago rechazó el recurso, en atención a que, a pesar de que el Tribunal de Ética del Colegio Médico concluyera que el doctor actuó de acuerdo a la *lex artis*, “es altamente reprochable a la práctica, al ejercicio y al prestigio de la medicina dado que recetó una receta falsa con diagnóstico falso, vulneró el artículo 7 del Código de Ética de la orden, que obliga al médico a observar un comportamiento acorde a la moral, el decoro y el prestigio de la medicina”. Así también, que el reportaje se trataba de la revelación de un hecho de relevancia pública, sobre la cual prevalecía la libertad de información sobre el derecho al honor, dado que la ciudadanía, en tanto democrática, tenía derecho a conocer las conductas de relevancia pública. En esta línea argumentativa, el lesionado derecho a la

---

honra, presenta menos valor frente al derecho de la sociedad a formarse opinión, además, el perjuicio no es producto de la información misma que reproduce el reportaje, sino que es consecuencia de la propia conducta del recurrente la que le produce deshonra y descrédito. Respecto a la recurrida, no se consideró procedente realizar un reproche de ilegalidad a su actuar. Sobre el derecho al olvido, señaló que no existe norma legal en nuestro ordenamiento que se encargara de determinar la vigencia y disponibilidad de la información en las redes, por una determinada cantidad de tiempo. A más abundamiento, tampoco existía asidero legal para el derecho al olvido, muy por el contrario, el artículo 14 de la ley 19.733, establecía un “depósito legal” que ordenaba a los medios de prensa expedir determinada cantidad de artículos a la biblioteca nacional, lo que demuestra que existe una intención legislativa que propende a la mantención de los archivos de prensa.

Finalmente, el Sr. Valverde decidió recurrir ante la Corte Suprema, sin embargo, esta confirmó la sentencia apelada.

- **Causa Rol N°4.317-2019:**

En este caso, la recurrente interpone un recurso de protección, donde refiere como arbitraria e ilegal la mantención de las publicaciones hechas en el año 2012, referidas a un juicio oral llevado en su contra por los delitos de estafa y ejercicio ilegal de la profesión de abogado, perpetrados en los años 2008 y 2009, de los que finalmente resultó absuelta.

Se destacó que la afectación de las garantías fundamentales de la vida e integridad psíquica, la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos no se producen por su eventual falsedad u alguna circunstancia parecida, sino que por la mera permanencia en internet de esta noticia. Así, la recurrente sostuvo su alegación en dos aspectos: La antigüedad de la noticia y el menoscabo que ésta produce a su imagen profesional.

La Corte, en primer lugar, especificó que debía hacer una ponderación entre la integridad psíquica y la honra, y las libertades de informar, de expresión y de emitir opinión. A raíz de esto explicó que, en un primer momento, prevalece la libertad de informar, pero que con el paso del tiempo su publicación se va tornando inútil cuando se trata de su objetivo inicial. Por lo mismo, sostuvo que, si la información se considera de interés público debido a su actualidad, el derecho a informar prevalece, pero en caso contrario, se impone la reserva de la información personal, lo que conlleva a su supresión de la red pública digital, **aunque ello**



**no implica la eliminación absoluta de todo antecedente en todos los sistemas dispuestos para su registro.** En consecuencia, el derecho a la información se limita a las fuentes oficiales, de manera que quien tenga un interés real en conocerla, tenga la posibilidad de consultarla.

Por lo tanto, sostuvo que mantener vigente las publicaciones referidas al caso, aunque se especifique que la recurrente fue absuelta, ya no cumplía con su función de informar a la ciudadanía, sino que solo daba paso a extender el juicio de reproche o imponer dudas sobre el desempeño profesional de la actora.

Puesto que habían pasado 7 años desde los hechos, la Corte no divisó un beneficio actual para la libertad de expresión en cuanto a mantener un registro digital de la noticia, por lo mismo afirmó que se debía privilegiar el derecho a la honra de la actora. Sostuvo que no se trata de que la crónica periodística dejara de existir, sino de evitar el acceso automático a esta información después de tantos años, por lo que la información igualmente debe mantenerse en hemerotecas u otros sistemas de almacenamiento de noticias, para que se pueda llegar a la información a través de un ejercicio investigativo profesional de algún interesado. Así, se mantiene la libertad de opinión e información, pero reprimiendo la posibilidad de abusos.

Que, de acuerdo a nuestra legislación, almacenar datos o información cuya tenencia se presente ajena a una finalidad específica resultaba contraria a los artículos 9 y 12 de la Ley N°19.628 sobre Protección de la Vida Privada, y, por lo tanto, el titular de los datos tenía derecho a que se rectificaran o cancelaran siempre que desapareciera el propósito que justificaba su divulgación.

Finalmente, la Corte determinó el éxito de la acción constitucional y el amparo a la recurrente en su legítima pretensión de cancelación o supresión digital, habiéndose establecido el carácter prevalente de las garantías fundamentales de la recurrente en este caso. En consecuencia, el recurrido, que era el Fiscal Nacional del Ministerio Público, debió eliminar las publicaciones efectuadas los días 28 y 30 de mayo de 2012 en la página web institucional, referidas al juicio oral seguido en contra de la recurrente.

- **Causa Rol N°54-2020:**

Este caso también trata de un recurso de protección, en donde los recurridos son Google Chile Limitada y Google Inc. En la interposición se explica que, en el año 2006, don Jorge (el recurrente), se vio envuelto en un hecho delictual, lo que se dio a conocer en un portal de noticias, y en donde a pesar de alegar su inocencia, fue condenado en 2008, aunque tiempo después se le concedió la libertad vigilada, la que cumplió satisfactoriamente, y al momento del recurso sus antecedentes contaban sin ninguna anotación.

De eso ya habían pasado 13 años para el 2020, tiempo en el que esta persona estudió Ingeniería y se puso a trabajar para Codelco. Por lo tanto, en atención al tiempo transcurrido, se logró que la empresa controladora del portal web eliminara la noticia que daba cuenta de estos hechos, tanto del webmaster así como de las búsquedas de Google. Sin embargo, luego de la eliminación, al hacer búsquedas con el nombre del recurrente, salían nuevas noticias del mismo portal, así como de otros que eran dependientes de la misma empresa, referente al mismo hecho, por lo cual se repitió el procedimiento hasta la eliminación de todas las noticias en que aparecía don Jorge.

A pesar de esto, al consultar nuevamente el nombre de don Jorge en el buscador de Google, comenzó a salir un nuevo resultado, anteriormente desconocido, el que era de un blog de una persona anónima, con información que había sacado muy probablemente de los mismos sitios de los que ya se había borrado. Se solicitó a Google, a través de un formulario, que se borrara el link del blog de sus motores de búsqueda, pero la petición no fue concedida.

El representante del recurrente sostuvo que Google no podía desligarse de responsabilidad basado en el hecho de que era una tercera persona la que publicaba el contenido, porque ellos son los que controlaban el buscador que permite llegar a este blog.

Por lo tanto, al interponer el recurso de protección, se alegaron como garantías constitucionales vulneradas: 1. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, 2. El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y 3. La libertad de trabajo. Finalmente, se hizo gran énfasis al derecho al olvido.

La petición concreta consistió en que la empresa Google, procediera a eliminar la información personal que estuviera afectando la honra del recurrente.

Finalmente, la Corte de Apelaciones rechazó el recurso, ya que determinó que la publicación no podía ser imputada a Google, puesto que no le es posible la eliminación del contenido relativo al recurrente que aparece en internet, y que, a su juicio, este último debería interponer su acción directamente en contra de a quién pertenece el blog. Por último, sostiene que la recurrida no tiene la obligación de supervisar los datos que se transmiten, ya que no es censor de la información.

La Corte Suprema reprodujo la sentencia de alzada, y entre sus argumentos esbozó el hecho de que el derecho al olvido no se encuentra establecido en nuestra legislación, y que por lo tanto, el Caso “Google Spain SL y Google Inc. con Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja” que se mencionó al interponer el recurso, no es vinculante para nuestro país, puesto que lo es solo de los países de la Unión Europea, citando además la sentencia del 24 de septiembre de 2019 del Tribunal de la EU que lo afirma.

Es así como en la última década, nuestros tribunales, especialmente nuestra Corte Suprema, han ido configurando un derecho al olvido digital en Chile, en donde podemos encontrar como punto en común y decisivo al momento de dar su veredicto, el transcurso del tiempo.

#### **Análisis de las sentencias:**

Si bien el derecho al olvido no está expresamente establecido, a raíz de estas sentencias podemos configurar lo que podría denominarse un “derecho al olvido jurisprudencial chileno”, que consiste en la eliminación de información veraz, que en virtud del paso del tiempo ha perdido el interés público para la cual fue publicada, dejando solo el juicio de reproche, que en muchos casos impedía la reinserción de las personas afectadas.

Por lo tanto, sus elementos copulativos son:

- Información real que se publicó en la red.
- El paso del tiempo.
- La pérdida del interés público, que a su vez fue su objetivo inicial.
- El continuo juicio de reproche.
- La afectación de una persona a causa de la publicidad de esta información.

Conjuntamente con revisar estos elementos, los tribunales han debido hacer una ponderación de derechos fundamentales, ya que siempre existe alguno que entra en pleito con el derecho al olvido, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión o información.

Pero, cuando se trata de los derechos que se buscan resguardar en el caso chileno, debido a que solo ha podido ejercerse a través de la acción constitucional que es el Recurso de Protección, han sido algunos de los enumerados en el artículo 19 de nuestra Constitución, siendo los más utilizados los siguientes:

- Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona (art. 19 N°1)
- La igualdad ante la ley (Art. 19 N°2)
- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia (Art. 19 N°4)

A raíz de estas sentencias, es que nos damos cuenta de que no existe un razonamiento uniforme de la Corte Suprema cuando se trata de borrar o no información de la red, y no es algo que debiera sorprendernos, pues dado que no hay una figura jurídica establecida, como lo es el derecho al olvido, ha sido tarea de la misma Corte construir un concepto de este, dependiente del criterio de los Ministros en ejercicio que se encuentran evaluando el caso, si consideran acercarse a esta figura o alejarse de ella, en vista de que no es parte de la legislación.

Como consecuencia de esto, podemos notar ciertas contradicciones en las sentencias del tribunal supremo chileno, cuando se trata de ponderar derechos de similar importancia. Podemos ejemplificarlo con los casos ya expuestos de Aldo Graziani, mayor (I) de Carabineros, y el médico Víctor Valverde; pues se trata de dos casos en que estos sujetos vulneraron derechos muy importantes, los cuales son el derecho a la integridad sexual de menores de edad y el derecho a la vida, respectivamente, pero las decisiones a su respecto son diametralmente opuestas.

En el primer caso, la Corte determinó que en razón del paso del tiempo y el interés público, debía borrarse la noticia donde se expuso que el recurrente, el señor Aldo Graziani, había sido acusado de abusar sexualmente de menores, pues debía primar su derecho a la reinserción, que posibilitaba, a su vez, el derecho a la honra y privacidad, pues la información carecía de la utilidad pública para la que había sido publicada un par de años atrás.

Su análisis consistió en la descripción del derecho al olvido aplicado en el extranjero, y reconoció que, si bien esta figura no existía en nuestra legislación, es evidente que nuestro ordenamiento protege el honor y la vida privada, y que la tendencia de los tribunales ha ido en una inclinación hacia el recogimiento del derecho al olvido, específicamente en una de las

bases que ha sentado cuando se refiere al paso del tiempo como indicador de la utilidad de la información. En base a esto, acogió el recurso de protección que ordenaba borrar aquella información, ya que habían pasado 10 años desde ocurridos los hechos, tiempo razonable para que primara el derecho a la reinserción, la honra y la vida privada, por sobre el derecho a la información.

Por el contrario, en el caso de Víctor Valverde, dentro de sus consideraciones, la Corte de Apelaciones sostuvo que no había asidero legal para el derecho al olvido, y la Corte Suprema confirmó la sentencia.

Podemos ver que, aunque en ambos casos se trate de información relativa a vulneración de derechos de importancia similar, la jurisprudencia de la Corte Suprema no ha sido lineal, puesto que, dependiendo del razonamiento de sus integrantes, en ciertas ocasiones se ha extrapolado el derecho al olvido a nuestro ordenamiento, haciéndolo aplicable, mientras que en otros se ha rechazado de plano, creando una jurisprudencia desigual y, en consecuencia, incertidumbre jurídica.

Además, podemos notar que, el razonamiento de la Corte no se inclina demasiado por volver a ponderar los derechos vulnerados, pues si fuera así, el caso de Aldo Graziani y Víctor Valverde deberían haber tenido la misma conclusión: Se trata de actores que vulneraron derechos importantes, por lo que la publicidad de la información es necesaria para la población. Por el contrario, las sentencias de la Corte Suprema, si bien se refieren a los delitos llevados a cabo por los actores, las conclusiones son totalmente condicionadas por la aplicación o no del derecho al olvido, y en especial por el factor del transcurso del tiempo. Mientras que, en la primera sentencia, los Ministros hacen referencia a él; en la segunda se declara derechamente que esta figura legal no existe en Chile, por lo tanto, es imposible aplicarla.

Lo mismo sucede con los otros dos casos, en los cuales nuevamente hay uno en donde se acepta el borrado de la información, mientras que en el otro no, cuando los delitos cometidos también son similares.

En la única instancia en que podemos ver un raciocinio inclinado a ponderar el delito cometido, más que a la existencia o no del derecho al olvido, es en el voto disidente de la sentencia del caso Aldo Graziani. La Ministra señora Sandoval sostiene que la noticia no debería borrarse, sobre todo porque se trata de un delito en contra de la integridad sexual de

menores. Ocupa de ejemplo la justicia comparada de EEUU, que como ya vimos, generalmente no acepta el derecho al olvido. También hace referencia a la Corte de Colombia, que en cierto caso ordenó rectificar la información, mas no borrarla, lo cual era una medida menos lesiva que borrar por completo la información. Reconoció que si bien el paso del tiempo es fundamental cuando se trata de resolver la disputa, se debía dar prioridad al derecho a la información cuando los hechos presentaban un interés jurídico importante. Además, sostuvo que había pasado poco tiempo, y que la información tenía mucho interés público por ser un caso de abuso de menores.

En conclusión, en cuanto a jurisprudencia se trata, podemos ver que en Chile esta no es uniforme cuando se examina la posible aplicación del derecho al olvido, provocando que en casos semejantes, las resoluciones sean opuestas. Por eso nos preguntamos si es necesaria la consagración de una figura jurídica para ponderar de manera sistemática los derechos y arribar a conclusiones coherentes cuando se trata de borrar cierta información de los motores de búsqueda, o de internet en general. Pero, ¿es esta figura el derecho al olvido, o debiéramos contemplar una forma diferente para el caso chileno?

### **3.2 OLVIDAR COMO UN DERECHO DE CANCELACIÓN**

En este punto del análisis de la materia en investigación, queda de manifiesto que la decisión de permitir olvidar, es consecuencia de una política pública, la que hace responsable a los motores de búsqueda (como en el caso de la UE) de los datos que pudieran contener y poner a disposición del público y, que en virtud de lo cual, pueden solicitar la desindexación de determinados datos que le causen perjuicio, ya que, de esta forma se permite a los individuos ejercer su derecho de cancelación respecto del buscador, o en el caso chileno, de las hemerotecas.

Ahora bien, como quedó en evidencia en la jurisprudencia nacional, en Chile no existe norma que nombre al derecho al olvido, no lo reconoce. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico existe un derecho que si bien, no es aplicable con la misma extensión del primero, también tiene por objeto la eliminación de la información publicada respecto a un sujeto. Se conoce como **derecho de cancelación** y está reconocido expresamente por la ley N°19.628 sobre la protección de la vida privada.

El pilar jurídico sobre el que se cimenta, es el derecho a la autodeterminación informativa, entendido como el derecho fundamental que es derivado del derecho de privacidad, que se ejerce por medio de la facultad, de la que es titular toda persona, para mantener el control sobre la información personal que le afecte, esto incluye la resolución sobre qué condiciones son las idóneas para que sus datos personales puedan ser recopilados y procesados, siempre que esté contenida en registros públicos o privados, especialmente los que se almacenan en medios digitales o informáticos.<sup>100</sup> En este sentido, el titular tiene el derecho a solicitar la cancelación o supresión de la información, que no cumpla el objetivo original por la que fue procesada y divulgada en primer lugar. Otro fundamento jurídico para la existencia del derecho a cancelación, dice relación con la consideración del mismo como un derecho de la personalidad, es decir, como un derecho inherente a la persona humana, que constituye un atributo de la persona por ser tal, y en consecuencia son iguales para todos. En este caso, su objetivo sería proteger la integridad de la persona humana, en la medida que se relaciona con el respeto a la vida privada, el derecho a la honra.

Sin embargo, en términos concretos ¿Qué es el derecho a la cancelación? , corresponde a la facultad que tiene el titular de datos personales “para pedir la eliminación o supresión de los datos de carácter personal que pudieran resultar innecesarios o excesivos, o cuya tenencia carezca del consentimiento del interesado o del fundamento legal que justifique su utilización”, en lo tocante a la cancelación, existen dos modos en que puede proceder:

1. El interesado, dirige la solicitud de cancelación o desindexación de la información a los motores de búsqueda de internet
2. El interesado, dirige la solicitud de cancelación o eliminación de información a el o los responsables de la divulgación de los datos. El caso más frecuente en esta situación, es lo que ocurre con los medios de comunicación y prensa, en el ejercicio de las funciones periodísticas.

El derecho a cancelar los datos, solicitando la desindexación o eliminación de la publicación, es posible gracias a la Ley N°19.628, sin embargo, este cuerpo normativo en el marco del desarrollo de la era digital, nos ofrece más que solo la alternativa de legitimación de este. También brinda instrumentos para la protección de la vida privada; claridad sobre determinados conceptos que, en la nueva época, reinante el internet, pueden parecer confusos. Asunto que es profundamente relevante para este estudio, en la medida que sirve

---

<sup>100</sup> Pablo Contreras, “El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución Chilena”, Estudios Constitucionales, 2020

para conocer las herramientas que posee el ordenamiento jurídico nacional, para cubrir las nuevas necesidades del mundo moderno, por ello, es indispensable hacer un análisis pormenorizado de la Ley sobre protección de la vida privada.

### **3.3 LEY N°19.628 SOBRE PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA.**

Como hemos expresado anteriormente, el derecho al olvido tiene estrecha relación con la privacidad y la protección de los datos personales, por lo mismo, es necesario referirnos a la Ley N°19.628 sobre Protección de la Vida Privada, que ha intentado cumplir con el resguardo de estos intereses.

Esta ley tuvo su origen en la moción parlamentaria del Senador Eugenio Cantuarias el año 1993, la cual proclamaba que su propósito era “dar una adecuada protección al derecho a la privacidad de las personas, en el ámbito del Derecho Civil, ante eventuales intromisiones ilegítimas”, encapsulando la vida privada dentro de la categoría de Derechos Humanos<sup>101</sup>. Finalmente, su promulgación y publicación se realizó en agosto de 1999.

La historia de esta ley nos demuestra que el objetivo inicial era más amplio que el que terminó siendo realmente plasmado, pues hablaba de la protección de la vida privada en el ámbito civil, lo cual abarca un ámbito más extenso que la protección de los datos personales. Aunque en capítulos anteriores afirmamos que la privacidad podía ser algo más reducido que los datos personales, ya que estos últimos podían contener otra información además de la privada o íntima, también es cierto que el ámbito de acción de los datos personales es más reducido que lo que el concepto de privacidad podría abarcar en una ley como esta, por lo tanto, aunque la privacidad proteja cuestiones más íntimas, reduciendo sus valores protegidos, puede aplicarse a más ámbitos de la vida del ser humano, mientras que la protección de los datos personales se reduce a cuáles son los motivos permitidos para su tratamiento.

Tal como lo afirma Isabel Turégano, “los intereses que se pueden englobar en esa idea, que se entremezclan y que se consideran conjuntamente dignos de protección desde el valor de la privacidad, difícilmente se pueden resumir en un elenco delimitado. Entre ellos estarían las

---

<sup>101</sup> La historia de la Ley se puede encontrar en la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/6814/>



ideas de aislamiento, confidencialidad, inaccesibilidad, intimidad familiar y afectiva, capacidad de decidir cómo presentarse a otros, protección de datos personales o autodeterminación”<sup>102</sup>. Así, la protección de los datos personales es una parte de los ámbitos de la privacidad, por lo tanto, nuestro análisis parte de la idea de que el título de la ley es, en cierta medida, errado.

A continuación, el artículo 1 establece el ámbito de aplicación de la ley, e inmediatamente establece una excepción: *“Artículo 1º.- El tratamiento de los datos de carácter personal en registros o bancos de datos por organismos públicos o por particulares se sujetará a las disposiciones de esta ley, con excepción del que se efectúe en ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar, el que se regulará por la ley a que se refiere el artículo 19, N° 12, de la Constitución Política.”*

Este primer artículo reduciría significativamente la esfera de protección de la ley, pues establece que no se hace cargo del tratamiento de datos personales cuando éste se produce a raíz de la libertad de emitir opinión y la de informar, que es el derecho que establece el artículo 19 N°12. En consecuencia, a primera vista, no sería posible justificar un derecho al olvido con esta ley, cuando se tratase de cualquier tipo de noticias.

Pero al leer el numeral 12 del artículo 19, en su inciso 3 éste establece que: “Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, **en las condiciones que la ley determine**, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida”.

En consecuencia, el mismo artículo hace referencia nuevamente a la ley, dejando en su poder la regulación de estas posibles rectificaciones, creando un círculo vicioso en el que no queda claro qué cuerpo legal se hace cargo de este fenómeno.

Por lo mismo, es que los sujetos perjudicados por los artículos noticiosos, como los que vimos en el apartado de jurisprudencia, acuden al recurso de protección justificados en la vulneración de algunos de los derechos establecidos en el artículo 19 de la Constitución Política, especialmente sus numerales 1, 2 y 4, puesto que cuando se trata de noticias, no hay figura de carácter legal que proteja aquella información (o al menos, se prestaría a debate), sino que se debe optar directamente por este recurso constitucional, lo que reduce

---

<sup>102</sup> Isabel Turégano, “Los valores detrás de la privacidad”, Cuadernos de Filosofía del Derecho (2020): 257.

ampliamente los mecanismos jurídicos de protección, ya que, aunque pueda parecer que el amparo es más fuerte cuando el derecho está establecido en la constitución, hemos mencionado con anterioridad que los supuestos son reducidos, pues el recurso se concederá sólo cuando la publicidad de la información sea arbitraria y/o ilegal, lo cual es posible que no suceda en la mayoría de los casos con estas características, debido a que existe este deber y libertad de informar. Asimismo, el artículo 12 establece como requisito que la persona sea ofendida o injustamente aludida, lo que también haría improcedente el recurso constitucional cuando lo que se intenta borrar es información veraz, reduciendo aún más la posibilidad de interponer la acción de protección en base a este numeral. Por lo tanto, es coherente que los recurrentes hagan referencia al derecho al olvido y busquen ampararse en él, puesto que las herramientas de la Ley de Protección de la Vida Privada no serían aplicables en estos casos.

A pesar de esta gran deficiencia de la ley, esta logró establecer obligaciones para los organismos públicos y los particulares cuando se trata de los datos personales de los ciudadanos, así como principios, y también derechos de los que estas personas son titulares, reconociendo, por lo tanto, un derecho a la autodeterminación informativa, y contemplando las situaciones en las que las personas podían ejercerlos.

### **3.3.1 Principios que contempla la ley.**

La ley contempla distintos principios orientadores por los cuales se deben regir los organismos públicos y los particulares que realicen tratamiento de datos, entre estos principios encontramos los principios de calidad, veracidad, finalidad, proporcionalidad, licitud, información, seguridad o responsabilidad, y de confidencialidad o secreto:

- **Principio de calidad de los datos:**

Este principio sostiene que los datos deben ser exactos, adecuados, pertinentes y no excesivos, lo cual deberá ser observado durante su recolección y posterior tratamiento<sup>103</sup>. Dentro de este principio podemos encontrar tres sub principios rectores:

- a. Principio de veracidad: Los datos deben ser exactos, actualizados y veraces, de acuerdo con el artículo 9 inciso 2 de la ley. En consecuencia, el responsable del registro de datos deberá proceder a borrar los datos caducos y que estén fuera de su competencia, bloquear los datos inexactos o modificarlos, así como cuando sean equívocos o incompletos.
- b. Principio de finalidad: Tal como lo dice el artículo 9 en su inciso primero, los datos deberán ser utilizados solo para los fines para los cuales fueron recolectados.
- c. Principio de proporcionalidad: Sólo pueden recolectarse aquellos datos necesarios para los fines determinados.

---

<sup>103</sup> Consejo para la transparencia, "recomendaciones del Consejo para la Transparencia sobre protección de datos personales por parte de los órganos de la administración del Estado", (2021): 5.

- **Principio de licitud:**

Establecido en el artículo 4 de la Ley, el tratamiento de los datos sólo será posible cuando existe autorización legal de la misma ley o de otras normas del mismo rango<sup>104</sup>

- **Principio de información:**

En base a este principio se recomienda a los organismos responsables del tratamiento de los datos, aun cuando se encuentren en circunstancias en que no sea necesaria la autorización del titular, informarles acerca de la identidad del órgano responsable, su finalidad, la posible comunicación a terceros y sus derechos<sup>105</sup>. Este principio se encuentra contenido en los artículos 3, 4 y 20 de la Ley.

- **Principio de seguridad o responsabilidad:**

Una vez obtenido los datos, el responsable de su almacenamiento deberá cuidarlos con la debida diligencia, haciéndose cargo en caso de posibles daños (artículo 11 de la Ley).<sup>106</sup>

- **Principio de confidencialidad o secreto:**

Los responsables del tratamiento de aquellos datos que provengan de fuentes no accesibles al público, y así también con los demás datos, están obligados a guardar secreto sobre ellos, aun cuando su trabajo haya terminado (artículo 7 de la ley)<sup>107</sup>

### 3.3.2 Derechos que contempla la ley.

La ley contempla en su artículo 6 ciertos derechos que funcionan como obligaciones para los organismos públicos o privados que realicen tratamiento de datos, a su vez estos están reiterados en el artículo 12, donde están expuestos específicamente como acciones que pueden llevar a cabo los titulares.

- a) Derecho de bloqueo;
- b) Derecho de eliminación o cancelación;
- c) Derecho de modificación y,
- d) Derecho a la información.

---

<sup>104</sup> Ibíd.

<sup>105</sup> Ibíd, 6.

<sup>106</sup> Ibíd.

<sup>107</sup> Ibíd.

- **Derecho de bloqueo.**

Definido en el artículo 6 inciso 3, que sostiene que: “Se bloquearán los datos personales cuya exactitud no pueda ser establecida o cuya vigencia sea dudosa y respecto de los cuales no corresponda la cancelación.”

¿Qué significa el bloqueo de los datos? El artículo 2, letra b) de la Ley nos da su definición: “La suspensión temporal de cualquier operación de tratamiento de los datos almacenados”.

En la práctica, este bloqueo temporal se traduce en la imposibilidad de comunicar el dato bloqueado a terceros, y procederá cuando la exactitud de los datos no pueda ser establecida o su vigencia sea incierta, y respecto de los casos en los que no proceda la cancelación<sup>108</sup>.

El artículo 12 inciso 4, que se encuentra en el Título II sobre los Derechos de los Titulares de Datos, agrega que el bloqueo también procederá cuando el titular haya proporcionado voluntariamente sus datos personales o ellos se usen para comunicaciones comerciales y este no desee continuar figurando en el registro respectivo.

- **Derecho de eliminación o cancelación.**

Establecido en el artículo 6 inciso 1 de la Ley, que dice: “Los datos personales deberán ser eliminados o cancelados cuando su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando hayan caducado.”

El artículo 2, letra h) de la Ley, define la eliminación o cancelación de los datos como: “La destrucción de datos almacenados en registros o bancos de datos, cualquiera fuere el procedimiento empleado para ello”:

El artículo 12 inciso 3 de la misma ley reitera los supuestos en los cuales el titular podrá exigir la eliminación de estos datos, que será cuando su almacenamiento carezca de fundamento legal o estuvieren caducos. Los datos caducos son “aquellos que pierden su actualidad, ya sea por disposición de la ley, el cumplimiento de una condición o la expiración del plazo señalado para su vigencia, o simplemente por el cambio de los hechos o circunstancias que consigna” (definidos en la letra d) artículo 2).

---

<sup>108</sup> Paula Jervis, “Derechos del Titular de Datos y habeas data en la Ley 19.628”, *Revista Chilena de Derecho Informático* (2003).

[https://web.uchile.cl/vignette/derechoinformatico/CDA/der\\_informatico\\_simple/0,1493,SCID%253D14180%2526ISID%253D292%2526PRT%253D14178,00.html](https://web.uchile.cl/vignette/derechoinformatico/CDA/der_informatico_simple/0,1493,SCID%253D14180%2526ISID%253D292%2526PRT%253D14178,00.html)

- **Derecho de modificación.**

Regulado en el artículo 6 inciso 2, el cual dice que los datos “han de ser modificados cuando sean erróneos, inexactos, equívocos o incompletos.”

La modificación la define el artículo 2 letra j) de la Ley, como: “Todo cambio en el contenido de los datos almacenados en registros o bancos de datos.”

¿Cuándo el titular de los datos tendrá derecho a la modificación de estos? Esta pregunta también la responde el artículo 6, y se reitera también en el artículo 12 inciso 2, donde nos dice que la persona tendrá derecho a la modificación de sus datos cuando estos sean erróneos, inexactos, equívocos o incompletos, siempre que esta circunstancia se acredite.

En cuanto a qué significa cada adjetivo, como la ley no indaga en sus definiciones o no menciona que tengan algún carácter especial, nos remitiremos a sus significados literales, por lo cual: 1. Un dato erróneo es aquel que contiene un error o equivocación, 2. Un dato inexacto es aquel que no tiene precisión, 3. El dato equívoco es aquel que puede provocar diversas interpretaciones, generando confusión y por último, 4. El dato incompleto es aquel en que no se encuentra toda la información.

- **Derecho a la información.**

El artículo 12 de la Ley establece: “Toda persona tiene derecho a exigir a quien sea responsable de un banco, que se dedique en forma pública o privada al tratamiento de datos personales, información sobre los datos relativos a su persona, su procedencia y destinatario, el propósito del almacenamiento y la individualización de las personas u organismos a los cuales sus datos son transmitidos regularmente.”

Así, la persona tiene derecho a saber qué datos se tienen de su persona, cuál es su origen y su destino, cuál es el objetivo del tratamiento, y a quienes se transmiten (cabe destacar, que debe ser una transmisión regular y no fortuito).

Por último, el artículo 12 en su último inciso, señala que la aplicación de estos derechos no conllevará ningún costo económico para el titular que los exija.

### **3.3.3 Límites**

Después del establecimiento de estos cuatro derechos, el artículo 15 se encarga de establecer los límites a su ejercicio, los cuales son:

- a. Cuando la información, modificación, cancelación o bloqueo impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones fiscalizadoras del organismo público requerido. Por ejemplo, si se le pidiera borrar información a algún órgano público que sirva a la función fiscalizadora de la Contraloría General de la República, como lo son Fonasa, Junaeb, entre otros.
- b. Cuando afecte la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias.
- c. Cuando afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional.
- d. Cuando los datos personales estén almacenados por mandato legal.

### **3.3.4 Acción de habeas data.**

Con la finalidad de hacer efectivos estos derechos, el artículo 16 se encarga de señalar el procedimiento de reclamo que se llevará frente al silencio del responsable del banco de datos frente a la solicitud del requirente, o la denegare por una causa distinta de la Seguridad o Interés Nacional, haciendo competente al juez de letras en lo civil del domicilio del responsable, al que se requerirá el amparo de los derechos anteriormente mencionados.

Esta herramienta o acción estipulada en el artículo 16 es lo que se conoce como *Habeas data*, que facultad al titular a exigir de los registros o bancos de datos la facilitación de sus datos, así como la eliminación, modificación o bloqueo de ellos.

El artículo contempla las distintas causales de procedencia:

- i. El silencio o falta de pronunciamiento del responsable del registro o banco de datos frente a la solicitud del titular.
- ii. La negativa de la solicitud del titular por causas distintas de la seguridad de la Nación o el interés nacional.
- iii. La negativa de la solicitud del titular en base a la seguridad de la Nación o interés nacional (caso en el que la reclamación se hace directamente ante la Corte Suprema).

### **3.3.5 Sanción por infracciones a la ley.**

En lo que corresponde a la responsabilidad una vez establecida la infracción, se indica en el artículo 23 de la Ley que corresponderá al responsable del tratamiento de los datos, la indemnización del daño patrimonial y moral que hubiese causado por el tratamiento indebido, además de eliminar, bloquear o modificar los datos correspondientes.

Asimismo, la sentencia que acoja la reclamación podrá, además de fijar un plazo para su cumplimiento, imponer una multa de una a diez unidades tributarias mensuales, o de diez a cincuenta unidades tributarias mensuales en caso de que se trate de alguna infracción a las disposiciones de los artículos 17 y 18.

## **3.4 LOS DESAFÍOS QUE REPRESENTA LA LEY DE PROTECCIÓN A LA VIDA PRIVADA**

La Ley de Protección a la Vida Privada, aun cuando fue muy innovadora al momento de su promulgación, desde el inicio se pudieron identificar falencias que hacían que el cuerpo normativo fuera menos eficaz de lo esperado.

Los primeros alcances realizados, dice relación con la inexistencia de una autoridad reguladora, no se establece una entidad autónoma, dotada con atribuciones y poderes autosuficientes, para poder fiscalizar las sociedades administradoras de base de datos. Esto produce, que los individuos particulares deben dirigirse los Tribunales de Justicia, Lo que conlleva que deban sujetarse a los procedimientos ordinarios, exponiéndose a la larga espera que trae aparejada estas Tramitaciones.<sup>109</sup>

En segundo lugar, la ley no establece multas que sean lo suficientemente importantes para actuar como un disuasivo ante la eventual transgresión de la norma. las administradoras de datos, se verían expuestas a multas considerablemente menores, en comparación al patrimonio total que significa la propia administradora, o los beneficios que reporta violar conscientemente la ley, es decir, se estima más eficiente, considerando los gastos legales, el tiempo y la multa, pagar que respetar la ley.<sup>110</sup> Esto conduce a que, debido a la regulación

---

<sup>109</sup> Francisco Gonzales Hoch, "Modelos comparados de protección de la información digital y la ley chilena de datos de carácter personal", Cuadernos de extensión jurídica, U. de los Andes, 2001, 173

<sup>110</sup> ibid,

insuficiente de la ley, nos viéramos desde el inicio en un terreno disparado en relación con los derechos y herramientas consagrados en la Unión Europea.

Para determinar la eficacia de la norma, se realizó una consulta experta sobre la Ley de Protección a la vida Privada de las Personas, que se practicó a individuos expertos (ya sea en derecho u otras áreas de conocimiento) respecto a la efectividad de la ley, sus principales aportes y falencias, teniendo en cuenta que el propósito primario de la Ley fue: “Dar una adecuada protección al derecho a la privacidad de las personas, en el ámbito del Derecho Civil, ante eventuales intromisiones ilegítimas”<sup>111</sup>

La estadística realizada por este estudio arroja que ninguno de los encuestados considera que la ley logre efectivamente su objetivo, por el contrario, señalan que lo cumple sólo de manera parcial y, en menor medida, que no lo cumple de ninguna manera.

Con más frecuencia, las críticas concretas que se le realizan se sustentan en que:

- “1. El procedimiento que contempla la ley para la protección de datos, es decir, el “Habeas Data”, no es eficaz en la protección de los derechos contemplados en la ley.
2. “La Ley ha sido sobrepasada por los avances tecnológicos”
3. “La Ley no protege adecuadamente el consentimiento informado de las personas”
4. “La Ley regula la comercialización y no la protección de datos personales”. <sup>112</sup>

Para mayor ilustración, en el universo de expertos participantes, ante la tarea de calificar de 1 a 7 los anteriores supuestos, resultó que:

---

<sup>111</sup> Raimundo Roberts, “Reporte: Consulta experta sobre Ley de Protección a la vida Privada de las Personas”, Asesoría Técnica Parlamentaria, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile/BCN, 2018

<sup>112</sup> *ibid*



Considere los siguientes supuestos acerca de la Ley 19.628, sobre protección de la vida privada:	Primordial	Acertado	Ocasionalmente acertado	Neutro	Erróneo
La Ley no considera un sistema de fiscalización adecuado	7				
El procedimiento de "Habeas Data" no es eficaz para la protección de derechos contemplados en la ley	7				
La Ley ha sido sobrepasada por los avances tecnológicos	3	3	1		
La ley no protege adecuadamente el consentimiento informado de las personas	2	4	1		
La ley regula la comercialización y no la protección de datos personales	2	4			1

En la tabla, 7 es el total o máximo de opiniones expertas agrupadas (7 de 7 personas expertas) y 1 es el mínimo de opiniones (1 de 7 personas expertas).

En el mismo sentido, ante la pregunta “¿cuál o cuáles son los principales aportes de la ley N°19.628?”, arrojó que:

Primera regulación de protección de datos personales como disciplina jurídica.	5
Aportó certezas al mercado de la información personal, permitiendo su desarrollo.	4
Normó obligaciones de tipo financiero, económico, bancario, comercial, etc.	3
Consideró los derechos de ARCO (Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición)	2

En la tabla, 7 es el total o máximo de opiniones expertas agrupadas (7 de 7 personas expertas) y 1 es el mínimo de opiniones (1 de 7 personas expertas).

113

Por último, se inquirió ¿Cuál o cuáles son las principales falencias de la ley N°18.628? se concluyó que:

<sup>113</sup> ibid

La protección de derechos de las personas es poco efectiva	7
Falta de una autoridad de control	7
Fallas en el concepto de fuente accesible al público	6
Falta de catálogo de infracciones y sanciones poco efectivas	4
Falta precisión por el concepto de datos sensibles.	4
Falta de regulación del tratamiento transfronterizo de datos	3
Falta de protección de datos de menores	3
Incapacidad de la ley para adaptarse a nuevos escenarios tecnológicos	3

114

Es decir, en la experiencia práctica, la ley en cuestión ha quedado rezagada en función de la acelerada evolución del mundo digital. No aporta a la opinión experta que no se modifique los órganos competentes para conocer de los conflictos que se generen en la materia, y que por lo tanto sean eficazmente reguladas por esta ley; de modo que es urgente la determinación de una autoridad de control especializada. Esta ausencia de actualización de la norma, causa que la protección de datos sea insuficiente, la información individual está indefensa ante las nuevas tendencias electrónicas mundiales, por lo que se hace indispensable encargarse de solucionarlo, ya sea, adhiriéndose a las tendencias de derecho comparado o bien, sólo reformando lo preexistente en función de las necesidades planteadas.

### **3.5 LA LEY DE PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA EN CHILE VS. EL DERECHO AL OLVIDO DE LA UNIÓN EUROPEA**

Habiendo analizado ambas legislaciones, nos parece preciso realizar una comparación a fin de que sus diferencias o similitudes sean más notorias y mejor entendidas.

Como ya hemos dicho, el derecho al olvido es aquella facultad que tiene el interesado para exigir la supresión de sus datos personales al responsable de su tratamiento. Y hemos descubierto, a raíz de la jurisprudencia estudiada que “suprimir” significa “eliminar”, y esta supresión se traduce generalmente en la desindexación de la información de los motores de búsqueda, que son los que usualmente son requeridos de realizarla. Por su parte, la ley

---

<sup>114</sup> ibid.

chilena establece lo que es el derecho de eliminación o cancelación, así como los de bloqueo y modificación, en contra de los registros o bancos de datos de organismos públicos o particulares. En este primer punto, la ley chilena parece más amplia, pues contempla más opciones para los titulares, además de la eliminación, siendo una alternativa en casos en que esta última no sea procedente.

En cuanto a las circunstancias en las que estos hechos son procedentes, ambos contemplan una serie de estas. El derecho al olvido tendrá lugar cuando los datos dejen de cumplir con la finalidad para los cuales fueron recopilados; cuando el interesado retire el consentimiento o derechamente se oponga al tratamiento; los datos hayan sido tratados ilícitamente; la supresión sea necesaria para el cumplimiento de una obligación legal o 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 del Reglamento, es decir, el tratamiento de datos sea de aquellos de un menor de 16 años. Por otro lado, en el caso chileno, la información se eliminará cuando su almacenamiento carezca de fundamento legal o estuvieren caducos, en este caso no agregaremos los requisitos de la modificación o bloqueo, pues son derechos diferentes al de eliminación, que es el único realmente comparable con el olvido. Mientras que en el párrafo anterior establecimos que en el caso de Chile hay más opciones para manejar el tratamiento de sus datos, cuando se trata estrictamente de la eliminación de la información, las circunstancias facultativas para su aplicación, son menores que aquellas contempladas por el Reglamento de la Unión Europea, quedándose sin contemplar la circunstancia importantísima del interés o voluntad del interesado, que solo se considera cuando sus datos fueran entregados por él de manera voluntaria o cuando ellos se usen para comunicaciones comerciales y no desee continuar figurando en el registro respectivo (artículo 12 inciso 4 de la Ley), sin dejar abierta la posibilidad a situaciones en donde sus datos fueran obtenidos sin su consentimiento, caso en el que solo quedaría probar que aquellos carecen de fundamento legal, lo cual podría ser más engorroso.

Por último, en cuanto a sus requisitos, hemos llegado a la conclusión de que el derecho al olvido procede cuando existe una información veraz publicada en la red que causa perjuicio al interesado, y que ya no cuenta con un interés público a causa del paso del tiempo, aunque cabe destacar que estos requisitos han sido determinados jurisprudencialmente, pues el artículo 17 del Reglamento de la Unión Europea no se refiere a ellos. Por su parte, los requisitos del derecho de eliminación o cancelación de la ley chilena se confunden con sus

circunstancias, es decir, la falta de fundamento legal y la caducidad de los datos son circunstancias y requisitos a la vez.

En conclusión, al comparar ambos derechos nos damos cuenta de que, si bien la legislación chilena contempla más opciones para los titulares de los datos, cuando se trata estrictamente de la posibilidad de eliminación o cancelación, esta se demuestra deficiente en cuanto a sus circunstancias y/o requisitos que permiten el ejercicio de este derecho.

#### **IV. CAPÍTULO 4: CONSIDERACIONES ACERCA DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO AL OLVIDO EN MATERIA PENAL**

En este punto, cuando ya se han establecido las bases teóricas y los alcances prácticos del ejercicio del derecho al olvido, estamos en condiciones de sumergirnos en un tema más especializado dentro de la materia.

Cuando hablamos de la capacidad de olvidar información, ya sea a través de la supresión de los datos desde la propia fuente que se encargó de publicarlos, o de la desindexación de la información en los motores de búsqueda, tendemos inmediatamente a imaginarnos las consecuencias prácticas que aparece el ejercicio de este derecho, en los ámbitos más importantes de la vida dentro de una sociedad democrática. Dentro de aquellos aspectos más relevantes, hayamos al derecho penal; su importancia radica en el carácter de última ratio que le asiste, o sea, se refiere a la condición que solo puede ser “el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otra forma de control menos lesivas” formales e informales”.<sup>115</sup>, por lo tanto, si se puede solucionar un conflicto por medio de conductos menos gravosos, la sociedad y el Estado debe preferir aquellos; a fin de cuentas, es el último recurso para proteger un determinado bien jurídico, que es “un bien vital de la comunidad del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente”<sup>116</sup>, por ejemplo, la vida, la indemnidad sexual, la salud pública o la seguridad e intereses económicos de los consumidores, etc.

Sucede que cuando uno de estos bienes jurídicos es afectado, y corresponde al derecho penal sancionarlo, detrás siempre queda una persona que vio vulnerado sus derechos, lo

---

<sup>115</sup> José Martínez, “El principio de intervención mínima o última ratio en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.”, Inmueble: Revista Sector Inmobiliario, 2015, 34-38.

<sup>116</sup> Mario Garrido, “Derecho Penal. Parte General. Tomo I”, Editorial Jurídica de Chile, 2010.

que, por supuesto trae aparejado un impacto emocional y, aunque se dice que el tiempo lo cura todo, es solo el transcurso del tiempo el que ayuda a sobrevenir las situaciones adversas. En este sentido, es mucho más simple olvidar que disculpar, es por ello que nace la pregunta sobre ¿Es correcto aplicar el derecho al olvido o de cancelación, al derecho penal?

Se trata de una interrogante compleja, dado que, en la actualidad, ni siquiera se ha reconocido la procedencia del derecho al olvido en los escalones más básicos, por lo que considerar su aplicación en temas de relevancia penal se encuentra lejos en el horizonte, sin embargo, sentar las bases para su futura discusión es nuestro propósito.

Ahora bien, una de las problemáticas en el ámbito penal está representado por la consagración de un "Habeas data penal", lo que sin duda puede causar controversia, en la medida que significa disponer datos penales y subyugarlos a la memoria o el olvido, la publicidad de la información o su supresión. Dentro de los fundamentos que se podrían sostener en una postura negativa de nuestra interrogante, podemos encontrar que el proceso penal está empapado de la aplicación del principio de publicidad, en la medida que todo proceso debe ser público, un ejemplo de esto, es el conocimiento que debe existir de la identidad del imputado, acusado condenado<sup>117</sup>, pero ¿qué sucede cuando el proceso se encuentra concluido?, ubiquémonos en el caso que se ha dictado sentencia y posterior al cumplimiento de la condena, se podría barajar la posibilidad de eliminar los registros noticiosos y públicos, que le permitan al individuo conseguir el perdón de la sociedad y, aliviar del peso de un error.

En lo tocante al ejemplo expuesto, el sujeto ya ha cumplido una pena judicial efectiva, Por lo tanto la finalidad de la pena se encuentra satisfecha. Por su lado, la pena se concibe como una herramienta que "en caso de un incumplimiento a una norma jurídica penal, se tenga una consecuencia que dé como resultado una coacción que a su vez sancione, pero que también cumple con unas finalidades, ya que la misma no es sólo la respuesta del estado un injusto únicamente, sino que la respuesta profunda y compleja por parte del estado, la que va más allá de un interés expiativo"<sup>118</sup>, según las teorías relativas de la pena, esta "está condicionada a través de determinadas necesidades sociales, ya sean dirección a una influencia positiva en el autor o de otros miembros de la sociedad (...) el hecho es nada más

---

<sup>117</sup> Oscar Zabala, "Derecho al olvido frente a la pena en el derecho penal", dos tres mil, diciembre 2019, 11-15

<sup>118</sup> ibid

que un motivo externo y su legitimidad ya sea en su significado para el futuro”<sup>119</sup>; en función de esto, el objetivo es que la persona no sea eternamente castigada por el juicio de la sociedad, sino que luego pueda resocializarse. Sin embargo, el obstáculo que podemos encontrar en esta idea, es el fantasma perpetuo a causa de la eternización de la información e internet, por consiguiente, no podría haber una resocialización efectiva, dado que siempre tendrá que cargar con los prejuicios sociales que acarrea haber sido parte acusada y condenada en un proceso penal.

La sentencia T-512 de 2016 de la Corte Constitucional de Colombia, sostuvo que:

“La información sobre los antecedentes penales que reposan en bases de datos debe someterse a un riguroso tratamiento que respete los principios de finalidad, necesidad, utilidad y circulación restringida. Este conjunto de principios define la senda por la cual se debe conducir la administración de dicha información y permiten fijar límites y competencias precisas para quienes acceden y administran las bases de datos sobre antecedentes penales. Como lo indicó la Corte, este conjunto de principios permite a la vez garantizar los derechos y libertades de los sujetos titulares de la información: *‘En términos normativos, son la concreción legal y jurisprudencial del mandato del inciso 2º, del artículo 15, de la Constitución que establece que [e]n la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución’*. “.

Podemos detectar un germen que tiende a la privacidad de los datos, en la medida que recomienda una reducción o cuidado de la circulación de la información, así como, una discriminación reservada de aquellos que pueden tener acceso y uso de los datos.

En la otra cara de la moneda, encontramos la realidad que vive la víctima del delito, persona que puede ser objeto de lo que se conoce como “revictimización” o “victimización secundaria”, que son “las consecuencias psicológicas, sociales, jurídicas y económicas negativas que deja las relaciones de la víctima con el sistema jurídico penal, supone, un choque frustrante entre las legítimas expectativas de la víctima y la realidad institucional, involucrando una pérdida de comprensión acerca del sufrimiento psicológico y físico que ha causado el hecho delictivo, dejándolas desoladas e inseguras y generando una pérdida de fe en la habilidad de la comunidad, los profesionales y las instituciones para dar respuesta a las

---

<sup>119</sup>Nicolas Cordini, “La finalidad de la pena es, según Kant, ¿puramente retributiva?”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2014.

necesidades de las mismas.”<sup>120</sup> , como una segunda acepción, encontramos que se entiende como “ una segunda experiencia víctimal que resulta con alguna frecuencia siendo más negativa que la primaria, y puede llevar a incrementar el daño causado por el delito con otros de dimensión psicológica o patrimonial”<sup>121</sup>. Para efecto de este análisis, recogeremos la segunda definición.

Dentro del extenso universo de delitos cuya comisión puede ocurrir, la doble victimización del afectado, eso a todas luces un impacto negativo en el individuo. Esta situación, ocurre con gran frecuencia en los delitos de índole sexual, en que indirectamente conlleva a que la víctima sea revictimizada por los operadores jurídicos, exponiéndose a sufrir un mayor daño que el proporcionado por el delito en sí.<sup>122</sup>

En este punto es que se torna indispensable la protección de las víctimas, que queriendo olvidar lo ocurrido, superar los hechos que les han causado daño, no pueden porque la publicidad de la información no se los permite.

#### **4.1 Antecedentes en Chile: Ley N°19.962 que dispone la eliminación de ciertas anotaciones prontuariales**

Es una ley que fue dictada con el objetivo de “contribuir al delicado proceso de curación de las heridas producidas por las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990. Con esta norma se pretendía la eficaz reparación social que el estado de Chile prestará a las víctimas que habían sido, entre dichos años, objeto de procesos penales ante Tribunales Militares en tiempo de Guerra, por la aplicación de la Ley de Seguridad Interior del Estado, también conocida como Ley Antiterrorista.

Su artículo 1° establece que “las anotaciones prontuariales que consten en el Registro General de Condenas (...) referidas a condenas impuestas por Tribunales Militares u Ordinarios, por hechos acaecidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de

---

<sup>120</sup> Kreuter, 2006; Soria 1998; Landrive, 1998).

<sup>121</sup> Berril y Herek, 1992; Beristain, 1995, 1999; García-Pablos, 2003; Landrove, 1998; ONU, 1999; Wemmers, 1996)

<sup>122</sup>Mantilla, 2015, p. 6).

1990, y sancionados en las leyes N°12.927, sobre Seguridad del Estado, N°17.798, sobre Control de Armas y N°18.314, que Determina Conductas Terroristas y Fija su Penalidad, o en los decretos leyes N°77, de 1973 o N° 3.627, de 1981, serán eliminados a partir de la fecha de publicación de la presente ley, si se hubiera cumplido la condena o se hubiera extinguido la responsabilidad penal por cualquier otro motivo.”

Sobre los aspectos procedimentales, su artículo 2° señala que la eliminación de las anotaciones prontuariales se efectuará automáticamente por el Servicio de Registro Civil e Identificación. La excepción a la eliminación de los antecedentes, están derivados de la comisión de delitos contra la vida y la integridad física, y delitos comunes.

Es una norma relevante, en la medida que las anotaciones prontuariales son consecuencias jurídicas de las sanciones penales, y por su naturaleza favorecen condiciones de estigmatización, discriminación y menoscabo social<sup>123</sup>, más aún, si las sentencias dictadas en tiempos de dictadura militar se caracterizaron por fundarse en procesos, con ausencia de garantías procedimentales básicas, que imposibilitaban la presencia de un debido proceso.<sup>124</sup>

---

<sup>123</sup> Historia de la Ley N° 19.962, p. 13.

<sup>124</sup> Ibid, p24



## CONCLUSIONES

El reconocimiento del derecho al olvido en la Unión Europea ha significado un tremendo avance en materia de protección de datos, dando paso a una concurrida discusión doctrinal sobre el tema. Su importancia radica en la urgencia de la protección de información de los privados (de acuerdo a la función del ejercicio del derecho fundamental a la autonomía informativa), por causa de los continuos y acelerados cambios y transformaciones que significa la evolución de las relaciones interpersonales y sociales en internet. Desde luego que la eternización de la información que trae aparejada el uso de la realidad digital, es una problemática compleja de abordar, dado que el perjuicio por la información disponible en las distintas páginas web, significa que el daño es constante, no da lugar al perdón o el olvido; la persona cuyos datos e información es compartida tendrá que cargar siempre con el estigma y el peso de los hechos sucedidos en el pasado, por tanto tiempo como los datos permanezcan públicos.

En este sentido, siendo conscientes de la importancia de regular esta problemática, en tanto significa el resguardo del derecho fundamental a la privacidad de la que todas las personas son titulares, luego de analizar tanto el derecho al olvido, como el derecho de cancelación estimamos que ambas son buenas técnicas, pero a la vez incompletas. En cuanto a nuestro país respecta, **en primera instancia**, llegamos a la conclusión de que sería beneficioso contar con una regulación explícita del derecho al olvido para aquellos casos en que la información se encuentra de manera pública en forma de noticias u otras menos convencionales como, por ejemplo, reportajes u otros formatos cinematográficos, contemplando siempre los requisitos del perjuicio y el paso del tiempo, junto con el derecho a la reinserción. Aunque también ponderando qué derecho fundamental prevalece en cada caso concreto, si el olvido o el derecho a la información, en especial cuando este último sea una necesidad para la protección de la ciudadanía, por tratarse de afectación a derechos más delicados y de relevancia que el derecho al olvido del interesado, como sería en casos de atentados contra la vida o la integridad física de otras personas llevados a cabo por el interesado, así como la integridad o libertad sexual, que nos parecen derechos en que la publicidad debería primar siempre, por cuestiones de seguridad. Sin embargo, estas son sólo consideraciones iniciales.

El primer aspecto relevante, para arribar a una conclusión que responda qué derecho debe primar en el ordenamiento jurídico nacional, está dado por la jurisprudencia recopilada de nuestros tribunales superiores de justicia. Las decisiones y criterios de acuerdo a los que fallan son eminentemente contradictorias, provocando que en Chile no exista jurisprudencia uniforme sobre el derecho al olvido. Si bien en el año 2015, la causa **Rol N° 22.243-2015**, reconoció la procedencia del derecho al olvido, sentando una base inédita; posteriormente la sentencia **Rol N°36.739-2017** desconoció los criterios desarrollados en el fallo anterior, enunciando como ganador el derecho de libertad de información, por sobre el derecho a la privacidad y a la honra. Sucedió lo mismo en las causas **Rol N°4.317-2019** y **Rol N°54-2020**. Las últimas 3 sentencias tienen en común que prefirieron el derecho a la información sobre la autodeterminación informativa, en función que la información que se publicó era verídica, se estableció que el transcurso del tiempo era un elemento muy relevante al momento de considerar la procedencia de este derecho, y siempre que concurría en conjunto con la pérdida del interés público. Con esto revelan una rigidez superior que la que podemos encontrar en la Unión Europea, existiendo una reticencia respecto a la adopción del derecho al olvido, una desconfianza con la que coincidimos.

Los lineamientos a los que se apegan la gran parte de las sentencias analizadas nos parece correcto, ya que demuestra una preocupación y una alta estima al derecho de la sociedad a permanecer informada, en tanto es un aspecto fundamental en una sociedad democrática. Es decir, se le da la relevancia que la ponderación de derechos fundamentales requiere. Ante esto, consideramos que adoptar el derecho al olvido en el ordenamiento jurídico nacional, sería erróneo, dado que significa un camino más largo, porque adaptar un ordenamiento jurídico por completo a criterios internacionales, nos parece más trabajoso que simplemente mejorar las bases del derecho a la cancelación de datos que ya se considera en Chile, llegando al mismo resultado con menos desgaste de la legislatura y el órgano jurisdiccional.

Sin embargo, esto no significa, bajo ningún concepto, que aprobamos por completo la ley actual. Para que el derecho a cancelación subsista, será necesario que la Ley 19.628 sea expuesta a una reforma sustancial, en la cual se recojan los criterios jurisprudenciales desarrollados en los fallos revisados, y mencionados anteriormente, es decir: El transcurso del tiempo, la pérdida del interés público de la información, y la prevalencia de la reinserción social en casos específicos, donde su estudio nos da la seguridad de que el individuo está intentando reinsertarse en la sociedad, dejando atrás su pasado antisocial.

Este último aspecto es especialmente relevante cuando se trata del derecho penal, materia que, a nuestro juicio, tiene especial interés en esta regulación, ya que la consagración de un derecho a cancelación evolucionado, podría traer grandes beneficios, como también grandes amenazas. Hay que ser muy precavido al momento de considerar que se pueda borrar información de relevancia penal de los registros de acceso público, ya que estos posibilitan que las personas puedan conocer los modos de comisión de delito, los responsables de ello, y la época en que se llevó a cabo.

Por lo tanto, a pesar de estar a favor de la eliminación de datos, para favorecer la reinserción social, proponemos limitaciones a este derecho, que dicen relación con la imposibilidad de ejercer la cancelación de los datos en el supuesto que el interesado en borrarlos hubiera sido condenado por delitos que vulneren los siguientes bienes jurídicos: la vida y la integridad o libertad sexual, esto, siempre que haya sido cometido con dolo directo, pues nos parece que la información constituye una forma de protección para las personas, por lo tanto, permitir la eliminación de la misma implicaría dejar en indefensión a la población.

Por último, sostenemos que la mejor manera de decidir cuándo se aplicará la cancelación o eliminación de los datos, es a través de un órgano independiente y controlador, que establezca ciertas directrices, las cuales deben ser públicas para la ciudadanía, con el fin de cubrir el proceso de la transparencia necesaria.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina:

- Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, "<https://www.boe.es/organismo/>" (consultado el 03 de diciembre 2022)
- Aguilar, Luis. 1993. "Los límites de los derechos fundamentales", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm.14: 9-34.
- Álvarez, Íñigo. 2014. "Universales, absolutos e inalienables: los derechos indestructibles". *Revista de Humanidades de Valparaíso*: 63-80.
- Cazorro, Víctor. 2020. "Antecedentes y fundamentos del Derecho a la protección de datos", J.M Bosch: 1-152
- Corral, Federico. 2017. El derecho al olvido en internet: antecedentes y bases para su configuración jurídica. *Revista jurídica Digital UANDES*: 1-20.
- Consejo para la transparencia. 2021. "Recomendaciones del Consejo para la transparencia sobre protección de datos personales por parte de los órganos de la administración del Estado".
- Contreras, Pablo. 2020. "El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución chilena". *Estudios constitucionales*: 87-120.
- Cordini, Nicolás. 2014. "La finalidad de la pena es, según Kant, ¿puramente retributiva?". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 3: 671-701.
- Council Of Europe, "medios de comunicación", Council of Europe, <https://www.coe.int/es/web/compass/media#> (consultado el 05 de diciembre 2022)
- Cruz, Pedro. 1989. "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25: 35-62.
- Garrido Montt, Mario. 2010. "Derecho Penal. Parte General. Tomo I". Editorial Jurídica de Chile.

- Gonzales Hoch, Francisco. 2001. "Modelos comparados de protección de la información digital y la ley chilena de datos de carácter personal" en su: "Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada, BERTELSEN, Cuadernos de extensión jurídica, U. de los Andes : 153-178.
- Global Freedom of Expression. *Ver\_ Google Spain SL v. Agencia Española de Protección de Datos.* Columbia University. <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/google-spain-sl-v-agencia-espanola-de-proteccion-de-datos-aepd/?lang=es> ( consultada el 16 de mayo de 2022)
- Jervis, Paula. 2003. "Derechos del Titular de Datos y habeas data en la Ley 19.628". *Revista Chilena de Derecho Informático.*
- Klein, Rahel. Derecho al olvido, el "borrador digital" de Europa. <https://www.dw.com/es/derecho-al-olvido-el-borrador-digital-de-europa/a-55704884#:~:text=Todo%20ciudadano%20de%20la%20UE,olvido%20puede%20afectarnos%20a%20todos> (consultada el 11 de julio de 2022)
- Leturia, Francisco. 2016. "Fundamentos jurídicos del derecho al olvido. ¿Un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos derechos fundamentales?", *Revista Chilena de Derecho vol. 43:* 91-113.
- Martínez, Jose. 2015. " El principio de intervención mínima o última ratio en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.", *Inmueble: Revista Sector Inmobiliario:* 34-38.
- Martínez, Monica. 2017. "Los nuevos límites al derecho al olvido en el sistema jurídico de la Unión Europea: la difícil conciliación entre las libertades económicas y la protección de datos personales", *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público:* 139-176.
- Martínez-Villalba, Juan-2014. La cuarta ola de derechos humanos: Los derechos digitales", *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos.* La cuarta ola de derechos humanos: Los derechos digitales", *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos:* 15-45.
- Moreno, Ángela. 2019. "El derecho al olvido digital: una brecha entre Europa y Estados Unidos". *Revista de Comunicación:* 259-276.
- Moreno, Ángela. 2021. "Avances y retrocesos del derecho al olvido digital en Estados Unidos". *Revista Ius Et Praxis:* 180-194.
- Navarro, Enrique. 2012. "35 años del Recurso de Protección, notas sobre su alcance y regulación normativa". *Estudios Constitucionales:* 617-642.

- Pazos, Ricardo. 2015. El mal llamado derecho al olvido en la era de internet. *Boletín del Ministerio de Justicia* (noviembre): 1-88.
- Platero, Alejandro. 2016. El derecho al olvido en internet. El fenómeno de los motores de búsqueda. *Opinión Jurídica*: 243-260.
- Rajevic, Enrique. 2011. "Protección de datos y transparencia en la administración pública chilena: Inevitable y deseable ponderación". *Expansiva*: 137-158.
- Roberts, Raimundo. 2018. "Reporte: Consulta experta sobre Ley de Protección a la vida Privada de las Personas", Asesoría Técnica Parlamentaria, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile/BCN.
- Rodriguez, Antonio y Velasco, Alejandro. 2003. "Uso de 800 mg de Misoprostol para inducir el aborto temprano", *Revista Cubana de Obstetricia y Ginecología* 29(2). 0-0
- Sánchez Arribas, Helena. 2020. El alcance espacial de la doctrina del TJUE Google Spain. Tesis doble grado en Derecho y Dirección de empresas., Facultad de Derecho Universidad de Valladolid.
- Sánchez, Miguel. 2001. "Derecho Romano y Common Law". *Anuario de Derecho Civil*: 287-297.
- Terwangne, Cécile. 2012. Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política* (febrero): 53-66.
- Turégano, Isabel. 2020. "Los valores detrás de la privacidad". *Cuadernos de Filosofía del derecho*: 255-283.
- Valderrábano Montañés, Guillermo. 2012. Estudio y aplicación práctica de técnicas de optimización para el posicionamiento en motores de búsqueda. Proyecto fin de carrera, Escuela Politécnica Superior de la Universidad de San Carlos III de Madrid.
- Zabala, Oscar. 2019. "Derecho al olvido frente a la pena en el derecho penal", *dos tres mil*, 22: 1-21.

### **Jurisprudencia:**

#### Chile:

- CS, 4.11.2015, Rol 22.243-2015, "GRAZAIANI LE-FORT ALDO CONTRA EMPRESA EL MERCURIO S.A.P"
- CS, 10.8.2017, Rol 36.739-2017, "VALVERDE/FUNDACIÓN DE INVESTIGACIÓN PERIODÍSTICA"

- CS, 18.2.2019, Rol 4.317-2019, "MOYANO/MINISTERIO PÚBLICO FISCALÍA LOS ÁNGELES"
- CS, 2.1.2020. Rol 54-2020, "Castillo/Google Inc."

Europa:

- TJUE, 13.5.2014, C-131/12, "Google Spain, S.L y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González".
- Audiencia Provincial de Barcelona, 17.07.2014, Sentencia 364/2014.
- Tribunal Supremo de España, 15.10.2015, Sentencia 4132/2015.