



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Procesal

LA FUNA COMO HIPÓTESIS DE EJERCICIO DEL DERECHO AL OLVIDO CHILENO EN REDES SOCIALES.

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

Carlos Vicente Villalobos Cruz

Profesor guía: Jonatan Valenzuela

Santiago, Chile

2024

INDICE

I.	RESUMEN.....	2
II.	INTRODUCCIÓN.....	3
III.	CAPÍTULO 1: REDES SOCIALES Y DATOS PRIVADOS	
	a. LAS REDES SOCIALES	8
	b. DATOS PERSONALES.....	14
IV.	CAPÍTULO 2: EL DERECHO AL OLVIDO Y LA FUNA EN LAS REDES SOCIALES.	
	a. DERECHO AL OLVIDO “CHILENO”.....	19
	b. EJERCICIO EN REDES SOCIALES DEL DERECHO AL OLVIDO.....	24
	c. FUNA COMO HIPOTESIS DE VULNERACIÓN A LA PRIVACIDAD E INTIMIDAD EN REDES SOCIALES.....	27
	d. DERECHO AL OLVIDO FRENTE A FUNAS EN REDES SOCIALES.....	32
V.	CONCLUSIÓN.....	40
VI.	BIBLIOGRAFÍA.....	42

RESUMEN

El propósito fundamental de este trabajo consiste en realizar un análisis general de la aplicación del "derecho al olvido" en redes sociales, y en concreto, sobre una hipótesis de "funa" en Chile. En términos generales, el trabajo se enmarca en el ámbito del derecho a la protección de la intimidad y la vida privada, focalizándose principalmente en su aplicación en entornos tecnológicos.

En función de nuestro objetivo principal, el presente trabajo se ha estructurado en dos capítulos, mediante los cuales se pretende lo siguiente:

En el **CAPÍTULO I**, se pretende analizar las redes sociales como sitios, que han sido denominados por la legislación chilena como "bancos de datos", en los que pueden almacenarse información en forma de "datos personales".

En el **CAPÍTULO II**, analizaremos que es el "derecho al olvido" en Chile, de modo que revisaremos su definición, su objeto de protección que será identificado con los "datos personales", y su forma de ejercerlo. También analizaremos que es la "funa", y si es posible ejercitar el "derecho al olvido" frente a una situación de vulneración de derechos producto de esta.

En síntesis, este trabajo se erige como una descripción general del "derecho al olvido" en Chile, revisando algunas complejidades legales y conceptuales que rodean su aplicación en la legislación nacional, en redes sociales, y en especial, cuando se presenta un escenario de vulneración de datos personales producto de un evento de "funa".

I. INTRODUCCIÓN

La “era digital” es una de las denominaciones que más resuenan cuando queremos referirnos al período en el que actualmente vivimos, suele ser caracterizada como aquella que inició con la llegada de internet y puede ser entendida como la “red de redes” que permite conectar millones de usuarios con origen en “Arpanet”, un sistema creado por militares estadounidenses en 1960 con fines estratégicos y de información militar¹. Este periodo ha traído avances y transformaciones en diversos aspectos de nuestras vidas, entre ellas resaltamos las que han sucedido en nuestras formas de comunicación, en las de realización de transacciones comerciales y bancarias, en las maneras de relacionarnos con la información y en las formas que tenemos de socializar².

En esta época es posible apreciar cómo se producen nuevos avances técnicos y nuevas evoluciones en las formas y en los modos de las tecnologías. Así, la implementación de sistemas digitales y nuevas tecnologías de información ha redefinido los medios de comunicación tradicionales dando paso a la denominación “*new media*”. Una de las características presentes en estos nuevos formatos tecnológicos consiste en que el usuario deja de ser un mero receptor de información o un consumidor sedentario como en los medios tradicionales, sino que en la actualidad adopta un papel activo frente a una oferta completa y heterogénea de contenidos que él mismo puede seleccionar según sus necesidades, en este sentido algunos autores han acuñado el término “*prosumidores*” en tanto el usuario de estos medios consiste en un consumidor que participa en la producción de contenidos³.

En este contexto es que ocurre constantemente una masiva exposición de nuestras vidas a las nuevas tecnologías que han surgido en esta época, lo que a su vez se ha significado una importante dependencia respecto de estas por las comodidades, beneficios y facilidades que estas nos ofrecen. En particular, algunos autores incluso han acuñado términos como “*groundswell*” (mar de fondo) para referirse al cambio en la sociedad que se ha provocado por el uso generalizado de nuevas tecnologías en internet⁴.

La era digital al igual que todo período histórico cuenta con aspectos positivos y negativos susceptibles de ser analizados, en este sentido, será particularmente relevante para nuestro trabajo referirnos a aquellos concernientes a nuestras formas de socializar. Así, la era digital ha puesto a nuestra disposición herramientas de “poder ciudadano” que han permitido la expresión de opinión en forma masiva⁵, sin embargo, la masividad de esta actividad se apareja de problemáticas de regulación y monitoreo del

¹ Conde C. (2005). “La protección de datos personales: Un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad”. P.15.

² Morales U. (2018). “El Ciudadano Digital: Fake news y posverdad en la era digital”. P.17.

³ Jódar J.(2010). “La era digital: nuevos medios, nuevos usuarios y nuevos profesionales”. P.7

⁴ Salvador A.; Gutiérrez M. (2010) “Redes sociales y medios de comunicación: desafíos legales”. P.668.

⁵ Morales U. (2018), “El Ciudadano Digital: Fake news y posverdad en la era digital”. P.17.

contenido publicado en estos medios, tanto desde la perspectiva de las entidades que administran estos medios como desde la óptica de las autoridades encargadas de fiscalizar jurídicamente las actividades desplegadas en estos medios.

En forma paralela a los cambios que han experimentado nuestras formas de socializar, ha surgido de manera reciente el denominado “movimiento de la cultura de la cancelación”⁶, el cual se sustenta en regular comportamientos e ideologías que son condenadas ante sistemas de justicia convencionales que se consideran ineficaces, y que, además, tiene la característica de existir en un mundo globalizado, de modo que debe entenderse como un fenómeno mundial. En la práctica, este movimiento se ha convertido en un medio para sancionar personas por conductas que eventualmente pueden ser consideradas como “negativas” para un segmento de la sociedad, sin la necesidad de constituir delito, de modo que se provocan afectaciones desproporcionadas en garantías como el derecho a ser escuchado y la presunción de inocencia⁷.

Este tipo de actividad injuriosa encuentra su principal medio de ejecución en las denominadas “redes sociales”, las cuales actualmente se estructuran utilizando la forma de “aplicaciones basadas en internet”, edificadas sobre fundamentos ideológicos y tecnológicos de la denominada “web 2.0”, que permiten la creación y el intercambio de contenidos generados por sus usuarios⁸. Asimismo, pueden ser caracterizadas como servicios que permiten a los individuos construir “perfiles públicos” o “semipúblicos” en un sistema delimitado, articular listas de otros usuarios con los que comparten una conexión, y ver e interactuar con estas listas y con aquellos que figuran en este tipo de sistemas⁹.

Las redes sociales presentan particularidades tales como la posibilidad que estos medios entregan a las personas para la colaboración y participación a través de plataformas para que se conecten y se encuentren espacialmente en lugares distintos o pertenezcan a diferentes comunidades. También es posible identificar como finalidad de estas la creación de comunidades en línea mediante la conexión personal de cada usuario¹⁰.

Por otro lado, las redes sociales están organizadas de tal forma que favorecen o generan cambios de conducta de modo que crean nuevos movimientos de opinión, promueven manifestaciones, crean grupos de apoyo para causas concretas o generan modas de incentivo del consumo de productos determinados,

⁶ Cabrera K.; Jiménez C. (2021), “La cultura de la cancelación en redes sociales: Un reproche peligroso e injusto a la luz de los principios del derecho penal”, P.278

⁷ Ibidem

⁸ Salvador A.; Gutiérrez M. (2010) “Redes sociales y medios de comunicación: desafíos legales”. P.668.

⁹ Boyd D.; Ellison N. (2008). “Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship”. *Journal of Computer-Mediated Communication* 13. P.211.

¹⁰ Cabrera K.; Jiménez C. (2021), “La cultura de la cancelación en redes sociales: Un reproche peligroso e injusto a la luz de los principios del derecho penal”, P.279

además han fortalecido a las minorías étnicas al contar con un espacio para compartir sus experiencias culturales. En conjunto con lo anterior, es posible dar cuenta de que las redes sociales favorecen una nueva forma de comunicación que trae ventajas, pero a su vez genera inconvenientes por la constitución de conexiones en temas sensibles y polarizados como la política, la religión, la sexualidad que pueden herir susceptibilidades, generar conflictos y violencia¹¹.

Las características anteriores implicarían que el espacio que se genera en redes sociales es de tal forma que la expresión personal se puede llegar a confundir con la mercantilización de la identidad propia, de modo que esta última se convierte en una suerte de “bien” susceptible de venderse, juzgarse y ponerse en tela de juicio, así, algunos indican que el nacimiento de la cultura de la cancelación se explicaría por cuanto las anteriores características se calificarían como “sinergias” que han permitido la proliferación de los movimientos de cancelación¹².

Ahondando en el contexto en el cual se desarrollan estas expresiones de la cultura de la cancelación, podemos destacar que el nacimiento de las redes sociales y las formas que han adoptado en la actualidad se relacionan con el desarrollo de la telemática, entendida como la conjunción de las telecomunicaciones con la informática y que constituye el conjunto de servicios de naturaleza informática que pueden ser prestados a través de una red de comunicaciones. Este desarrollo presenta de la mano con el progreso que significa, riesgos importantes para el respeto de la vida privada y la intimidad de las personas, particularmente por la capacidad de las nuevas tecnologías para reunir datos, interrelacionarlos, ordenarlos de modo que se han constituido las figuras conocidas como “bases de datos”, lo que implica el tratamiento y acceso a esta información por parte del Estado o de particulares¹³.

En Chile, las expresiones del movimiento de cancelación se han materializado en una figura particular que recibe el nombre de “*funa*”, la cual es evidentemente una actividad que pueden desplegar los usuarios de redes sociales y será tratada en mayor profundidad a lo largo del presente trabajo. A su vez, si consideramos otras actividades más convencionales como publicaciones de fotografías o videos, es posible caracterizarlas desde una perspectiva particular, en función de la presencia de segmentos de información que refieren a las esferas íntimas y privadas de los usuarios, que serán identificados a lo largo del trabajo como “datos personales”. Por otro lado, desde un sentido más general, destaca la masividad de los datos personales correspondientes con los usuarios de estas aplicaciones y la permanencia de sus datos en los sitios.

¹¹ Ibidem. P.280.

¹² Ibidem.

¹³ Nogueira H. (2005) “Autodeterminación informativa y hábeas data en Chile e información comparativa”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. P. 449

De lo expuesto anteriormente, es posible referirnos a una especie de “fiebre informática”, en donde podemos percibir lo riesgoso de actividades convencionales desarrolladas en redes sociales, así como las consecuencias que implican en el ámbito de lo “privado” la realización de actividades como la “funa”, es decir, el tipo de actividades promovidas por la cultura de la cancelación no solo implican vulneraciones a la privacidad y a la intimidad del afectado por las intenciones dañinas de quienes las promueven, sino que también implican riesgos asociados a las características propias del medio en el cual se desarrollan. De esta forma es posible evidenciar graves riesgos de vulneración de derechos fundamentales por afectaciones a los datos personales de las personas, razón por la cual surge una necesidad de regulación por parte de los ordenamientos jurídicos.

En el contexto descrito es que surge el “Derecho informático” o “Derecho de la informática”, la cual corresponde a una materia conformada por el sector normativo de sistemas jurídicos contemporáneos, integrado por el conjunto de disposiciones dirigidas a la regulación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, que son la informática y la telemática, con el objeto de aplicar la tecnología de la información al Derecho. Esta rama del derecho considera sus primeras formas de expresión a fines del siglo XX, que corresponde al período en que las cuestiones tecnológicas propician nuevas cuestiones jurídicas que conllevan cambios trascendentales en el tráfico jurídico, siendo uno de los temas principales a regular el surgimiento de las bases de datos personales¹⁴.

En este ámbito del derecho, encontramos específicamente aquel enfocado en la protección de datos personales, el cual puede ser definido como el conjunto de normas jurídicas destinadas a asegurar a las personas el respeto de sus derechos, considerando especialmente el derecho a la vida privada y a la intimidad frente al tratamiento automatizado de datos personales¹⁵.

A nivel sudamericano, la forma generalmente utilizada para regular este derecho ha sido el establecimiento de medios procesales específicos, así, surge la figura procesal de “*habeas data*” o el uso de figuras constitucionales de amparo o tutela como medios de protección. El caso chileno ha optado por canalizar esta forma de protección en la ley número 19.628 sobre protección de la vida privada¹⁶ y más recientemente, mediante la incorporación de una modificación constitucional en 2018 del numeral 14 del artículo 19, en tanto se consagró el respeto y protección de los datos personales.

¹⁴ Conde C. (2005). “La protección de datos personales: Un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad”. PP.14-15.

¹⁵ Nogueira H. (2005) “Autodeterminación informativa y *habeas data* en Chile e información comparativa”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. PP. 451- 452.

¹⁶ *Ibidem* P.455.

En este contexto es que surgen los derechos “ARCO”, entendidos como una expresión presente en distintos países de la legislación protectora de datos personales. En relación con el aumento de problemáticas relacionadas con vulneraciones de datos personales, ha destacado fuertemente el uso de estos derechos y a su vez ha aflorado el concepto de “*derecho al olvido*” como una forma de referirse al ejercicio de componentes específicos de los derechos “ARCO”.

El presente trabajo tendrá como objetivo analizar las redes sociales desde su perspectiva “espacial”, en la cual existen “datos personales”, lo que se permite por la calificación de “bancos de datos” que la legislación nacional les ha otorgado. Posteriormente se analizará el dato personal como objeto de la legislación de protección de la vida privada en conjunto con una revisión de la forma en que el “*derecho al olvido*” ha sido tratado por la regulación nacional. Luego se revisarán las propiedades que presenta la “*funa*” con particular énfasis en el medio en el cual se desarrollan estas actividades, y finalmente se analizará la posibilidad de aplicación del “*derecho al olvido chileno*” frente a una hipótesis de funa en redes sociales.

II. CAPÍTULO 1: REDES SOCIALES Y DATOS PRIVADOS

a) LAS REDES SOCIALES.

En la actualidad las redes sociales permean irrevocablemente nuestra vida. Destinamos por diferentes motivos, como el esparcimiento, el trabajo, el amor, la amistad, entre otros, grandes cantidades de tiempo y energía en ellas. Las redes sociales existen como “*sitios en la web*” o “*sitios web*”, estos pueden ser definidos como estructuras de información y/o comunicaciones generadas en la web (internet), creados a partir de la aplicación de tecnologías de la información (de creación, mantención y desarrollo de sitios web), en donde se plantean un conjunto de prestaciones a los usuarios que visitan dichos sitios, de modo que puedan satisfacer una o varias necesidades que requieran¹⁷.

Los sitios web deben ser entendidos en el sentido literal de las palabras que componen su significado, para estos efectos, profundizaremos específicamente en el significado de la palabra “sitio”, así, la RAE la define como “*Espacio que es ocupado o puede serlo por algo*”¹⁸. Lo anterior es relevante, dado que, en su entendimiento como espacios, que, si bien no son físicos ni tangibles, es posible desplegar en ellos conductas de forma similar a las que una persona realizaría en un espacio físico convencional.

Otro concepto asociado a los sitios web es el de “**nombre de dominio**”, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual define nombre de dominio como direcciones de internet fáciles de recordar que suelen utilizarse para identificar sitios web¹⁹. Por otro lado, la Comisión Preventiva Central de la Libre competencia ha definido nombre de dominio como aquel que consiste en, “*una “dirección electrónica” o una “denominación” por la cual un usuario de Internet es conocido dentro de esta red para así poder utilizar los servicios ofrecidos por ese medio de comunicación, tales como: páginas Web, correo electrónico (E-Mail), conversaciones instantáneas, etc.*”²⁰

Teniendo presentes los conceptos introductorios de sitio web y nombre de dominio previamente expuestos, nos parece pertinente ahondar en lo que refiere al tratamiento de las redes sociales

¹⁷ Jaime Alonso. (2008). “El Sitio web como unidad básica de información y comunicación. Aproximación teórica: definición y elementos constitutivos”. Revista Científica de Información y Comunicación. P.231.

¹⁸ Real Academia Española: Diccionario de la lengua española, 23. Ed., [versión 23.6 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Fecha de consulta 05/12/2023]

¹⁹ Preguntas frecuentes sobre los nombres de dominio de Internet <[²⁰ Comisión Preventiva Central de la Libre Competencia. \(2000\). “Caso Avon Products Incorporated \(denuncia\) contra Comercial Lady Marlene S.A.” Dictamen. Fundamento 1.2, P.1.](https://www.wipo.int/amc/es/center/faq/domains.html#:~:text=Los%20nombres%20de%20dominio%20como,dominios%20gen%C3%A9ricos%20de%20nivel%20superior.></p></div><div data-bbox=)

propriadamente tal. En este sentido, según algunos autores el término general de “red social” lo habría acuñado Carlos Lozares²¹ definiéndolas como **“un conjunto bien delimitado de actores, individuos, grupos, organizaciones, comunidades, sociedades globales, etc. Vinculados unos a otros a través de una relación o un conjunto de relaciones sociales”**²². Es una definición bastante generalizada y se encuentra escindida del entendimiento de espacio que necesariamente implica una red social en internet, sin embargo, nos permite identificar actores quienes se identifican con el uso de las redes (a los que llamaremos generalmente usuarios, en el caso de los sujetos que utilizan las redes para generar interacciones entre sí; o proveedores, en el caso de los responsables de la red social), y que necesariamente figuran frente a un vínculo que se materializa en relaciones sociales.

Uno de los elementos que según Rallo caracteriza estas relaciones sociales virtuales es que la identidad figura como elemento nuclear, es decir, en el contexto de la **“sociedad de la información la moneda de cambio no puede ser otra que la información personal”**, más aún, **“incluso sin identificar de modo concreto al internauta, aporta información extraordinariamente valiosa si se contextualiza. La persona usuaria, de manera inconsciente, revela preferencias de toda clase, indica qué asuntos le interesan, qué gráficos le atraen o qué publicación prefiere”**.²³ En este sentido, discrepamos respecto de la afirmación del autor en lo que concierne al despliegue de información de manera **inconsciente**, estimamos que el usuario es plenamente consciente de que la actividad que realiza en las redes sociales importa una contribución de sus datos personales para con el proveedor, sin embargo, el usuario no tiene certeza sobre que dato específico estará siendo recabado por el proveedor.

Con el fin de profundizar en otras características que tienen las redes sociales, conviene revisar las siguientes definiciones: el Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29 define servicio de red social (SRS) como, **“plataformas de comunicación en línea que permiten a los individuos crear redes de usuarios que comparten intereses comunes”**²⁴. Además, la Agencia Española de Protección de datos, las ha definido como **“servicios prestados a través de Internet que permiten a los usuarios generar un perfil público, en el que plasmar datos personales e información de uno mismo,**

²¹ Coz J.R., Fojón E., Heradio R., Cerrada J.A. (2012). “Evaluación de la Privacidad de una Red Social Virtual”. Revista Ibérica de Sistemas y Tecnologías de Información, P.60.

²² Lozares C. (1996). “La teoría de redes sociales”. Universidad Autónoma de Barcelona. Departamento de Sociología. Papers 48, P.108.

²³ Rallo A.; Martínez R. (2011). “Protección de datos personales y redes sociales: obligaciones para los medios de comunicación”. Quaderns del CAC, 14 (2), P.42.

²⁴ Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29. (2009). “Dictamen 5/2009 sobre redes sociales en línea”. Adoptado el 12 de junio de 2009, PP.4-5.

*disponiendo de herramientas que permiten interactuar con el resto de usuarios afines o no al perfil publicado”.*²⁵

En este sentido, las redes sociales tienen características especiales que facilitan comportamientos determinados por parte de sus usuarios, lo que significa una importante diferenciación respecto de otras especies de direcciones electrónicas.

Si homologamos este espacio electrónico con uno físico, podríamos hacer un símil con un bar de dimensiones infinitas, donde se sirven todo tipo de tragos, se encuentran todo tipo de sustancias y concurren todo tipo de personas. Específicamente hemos elegido un bar, dado que la gente se comporta de una forma que conlleva una carga distinta, una carga de confianza o de cierta tranquilidad que vuelve más elástica la barra con la que medimos las conductas y las palabras que generalmente ocupamos.

Como en el ejemplo anterior existe un ambiente diferenciado del cotidiano, encontramos también sustancias particulares, como alcoholes que afectan notablemente el comportamiento de quien los consume. Así, en las redes sociales, la distancia que existe entre la vida física y la virtual, modifica el comportamiento “cotidiano” de la persona y provoca el despliegue de ciertas acciones difíciles de replicar en su vida “*presencial*” o “*física*”.

Lo anterior puede ser explicado por la existencia de una importante distancia entre el cuerpo de la persona y la expresión de sí misma en la red social. Podemos identificar esta característica de las redes sociales con el nombre de “**comunicación**”, en tanto, en razón del deseo de querer comunicarse, el usuario de redes sociales sobreexpone ámbitos de su vida privada con el objeto de acceder y participar en este tipo de plataformas²⁶.

Un excelente ejemplo de esta característica es el caso del Ministro de Desarrollo Social y Familia Giorgio Jackson, quien en el año 2022 mediante la plataforma Twitch indicó que su sector político contaba con “*una escala de valores y principios en torno a la política*”, superior a otros sectores. Frente a esta

²⁵ Agencia Española de Protección de Datos; Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (2009), “Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online”, P.7

²⁶ Herrera P. (2016), “El derecho a la vida privada y las redes sociales en Chile”. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, P.93

afirmación, no sólo se disculpó, sino que atribuyó sus expresiones a que se encontraba en una conversación “distendida” a través de la plataforma²⁷.

Retomando el ejemplo de nuestro bar, diremos que es un espacio que se caracteriza por su variedad de actividades, dentro de las cuales resaltan el comercio ambulante, romances, oportunidades laborales, esparcimiento, entre otras situaciones. Esta gran variedad de actividades aparece con mayor intensidad y claridad en las redes sociales, encontrando sus expresiones en distintos canales de las redes sociales, como publicaciones presentadas por un usuario, anuncios personalizados dirigidos al usuario, avisos de difusión impulsados por grupos de usuarios, entre muchas otras situaciones.

Además, hemos indicado que nuestro bar es “infinito” y por tanto será indefinido numéricamente, en el sentido de la inmensa amplitud que abarca el espacio con el cual identificaremos el bar, en consecuencia, si estimamos que le va relativamente bien, podremos también hablar de interminables cantidades de clientes que concurrirán a efectuar interminables cantidades de transacciones.

De forma parecida, las redes sociales permiten la creación de una cantidad indefinida de perfiles que se corresponden con un usuario y por lo tanto, podrán existir a lo menos tantos perfiles de usuarios como personas hay en el mundo por cada red social existente y futura. En este sentido podemos identificar lo que denominaremos en el presente trabajo como “**masividad subjetiva**”.

También resalta la inmensa cantidad de transacciones que suceden en el bar, y las actividades que sus clientes desarrollan en atención a sus necesidades particulares de modo que algunos querrán beber, otros solo comer, algunos otros buscarán conversar con clientes para pasar una pena o por otras motivaciones que variarán de persona en persona.

Sin embargo, en las redes sociales destaca que uno de los objetos que suele estar siempre presente en las actividades en redes sociales son los datos personales de los usuarios, los cuales en este contexto de “*cuasi-infinitud*” se caracterizan por su masividad, lo que identificaremos en el presente trabajo como “**masividad objetiva**”. Herrera hace una breve alusión a la masividad al referirse al elemento que

²⁷ Rivas C. (2022), “Ministro Jackson se disculpa por comentarios sobre superioridad valórica respecto de gobiernos anteriores”. [en línea] Diario Financiero <<https://www.df.cl/economia-y-politica/politica/ministro-jackson-se-disculpa-por-comentarios-sobre-superioridad-valorica>> [consulta 05 de junio 2023].

identifica como **interconectividad**, en tanto “*la comunicación en las redes sociales se desarrolla de forma masiva [...]*”²⁸.

En este sentido, existe una inmensa cantidad de información que se produce en la actividad desplegada por los usuarios mediante el uso de las redes sociales, frente a esta situación las redes sociales especifican la forma en que será tratada la información de cada uno de los usuarios en documentos generalmente denominados como “políticas de privacidad”, “condiciones de servicio” o “políticas de protección de datos”²⁹.

Por otra parte, las cláusulas anteriores tratan de justificar la recopilación masiva de datos. Por ejemplo, la política de privacidad de Facebook de 2014 indica que existiría una necesidad de “*ofrecer una experiencia segura, eficaz y personalizada [...] Gestionar el servicio, ponernos en contacto contigo, ofrecer anuncios personalizados, ofrecer anuncios sociales, complementar tu perfil y hacer sugerencias*”.³⁰

Si bien no existen bares infinitos, la metáfora nos ha permitido presentar varias ideas para conceptualizar las redes sociales. Así, hemos pincelado el contexto en el cual funcionan las redes sociales describiendo el espacio en el cual los usuarios desarrollan conductas y proveen su información personal, la cual identificaremos con el concepto de datos personales. Adelantaremos usando nuevamente una metáfora que la información que se aloja en estos espacios virtuales lógicamente pareciera correspondernos en titularidad.

Por ejemplo, si tomamos el caso de un cliente de nuestro fantástico bar quien al realizar un movimiento brusco deja caer su cédula de identidad en el piso, nos parecerá del todo lógico afirmar que la cédula seguirá perteneciéndole, y que, además, tiene derecho a recuperarla y sustraerla del bar, aunque ocurriera que el administrador del bar retenga su documento.

En los siguientes capítulos del presente trabajo, utilizaremos la lógica previamente expuesta para desarrollar la aplicación del derecho al olvido en Chile, o sea, como una de las herramientas que la

²⁸ Herrera P. (2016), “El derecho a la vida privada y las redes sociales en Chile”. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, P.94.

²⁹ Noain A. (2016), “La protección de la intimidad y vida privada en internet: la integridad contextual y los flujos de información en las redes sociales (2004-2014)” Madrid: Agencia Española de Protección de Datos, P. 306

³⁰ Política de privacidad de Facebook, actualización de 2014.

legislación consideró para proteger los derechos del usuario en las redes sociales frente a determinadas situaciones que vulneren su intimidad y su privacidad.

B) DATOS PERSONALES

Si nos interesa recuperar nuestra cédula de identidad del administrador del bar ficticio, parece bastante conveniente comunicarle que existen buenos motivos y razones para que acceda a devolver nuestro documento. De otra manera podría simplemente negarse y continuar con sus labores de administrador y nosotros sin nuestra preciada cédula de identidad.

En otras palabras, debemos dar cuenta de que existe un derecho sobre el objeto respecto del cual somos titulares, en particular, porque existe legislación que ampara la protección de la intimidad y de la vida privada, de forma que describiremos el objeto y la legislación que lo protege.

Noain ha realizado un extenso y fenomenal trabajo (además del resto de su obra) al esquematizar y conceptualizar los elementos fundantes de este tipo de legislación. Al leerlo, se desprende que necesariamente debemos considerar los conceptos de intimidad y privacidad como ideas necesarias para comprender el objeto susceptible de protección.

Así, al referirse al primer concepto menciona, *“la intimidad del ser humano correspondería a esa realidad de índole inmaterial, relativa a lo más nuclear de la persona y que, además de ser reservada, tiene el valor de algo genuino [...] En este sentido, la idea de intimidad refiere a todos aquellos pensamientos, deseos, sueños, intenciones, fantasías, imaginaciones y creencias que solo una persona sabe o conoce, algo que no se comunica a nadie y que uno se lleva consigo tras su muerte³¹”*.

Por otro lado, respecto del término privacidad, el diccionario de la Real Academia Española lo define como *“Cualidad de privado”* o *“ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión”³²*. En sintonía con lo que Noain propone, podemos concluir que privacidad se entiende en contraposición a lo público, entendiéndose por tal aquello que resulta *“visible u observable, aquello que se realiza ante espectadores, que se expone a todos o a muchos para que sea visto u oído, o para que tengan noticia de ello”³³*.

³¹ Noain. A. (2016), “La protección de la intimidad y vida privada en internet: la integridad contextual y los flujos de información en las redes sociales (2004-2014)” Madrid: Agencia Española de Protección de Datos, P.79

³² Real Academia Española: Diccionario de la lengua española, 23. Ed., [versión 23.6 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Fecha de consulta 27/06/2023]

³³ Thompson J.B. (1998), “Los media y la modernidad: Una teoría de los medios de comunicación”. Barcelona. Paidós, P. 166.

Continuando la idea anterior, la autora refiere a Habermas, en tanto ha conceptualizado la esfera privada como aquella donde se sitúan las relaciones familiares y personales, por contraposición a la pública, que estaría constituida por toda la red de comunicaciones que posibilitan que los individuos anónimos tomen partida en la cultura y en la formación de la opinión pública. De esta manera, podemos considerar la esfera privada como aquella donde los sujetos tienen el máximo control respecto a sus actividades y sus comunicaciones³⁴.

Sintetizando las ideas anteriores, podemos entender vida privada en dos sentidos. En primer lugar, podemos considerar un sentido negativo, al pensarla como una sacralización de la persona respecto de las demás, de modo que se trata de excluir del conocimiento ajeno cualquier cosa que hace referencia a la propia persona. En segundo lugar, podemos pensar la vida privada desde un cariz positivo, como el control que tiene el titular respecto de los datos e informaciones que corresponden a su persona³⁵.

En vistas de la explicación anterior, parece lógico concluir que dependiendo de si la situación que se está refiriendo corresponde a un ámbito de la intimidad, o por otro lado, a uno de la privacidad, existirán formas distintas de referirse a los datos que existen en estas esferas.

Respaldando esta idea, Noain indica, *“los datos privados, son aquellos que pertenecen al ámbito de lo privado de la persona y que por voluntad propia desea mantener en dicho ámbito. Sin embargo, la acumulación de informaciones personales en entornos digitales puede llevarnos a levantar el velo que protege la intimidad y vida privada de los usuarios, convirtiéndose, advierte la AEPD (Agencia Española de Protección de Datos), en «auténticas “identidades digitales” que facilitan un rápido conocimiento de datos de contacto, preferencias, hábitos del usuario» que combinados pueden llegar a desvelarnos su intimidad y vida privada³⁶”*.

En vistas de lo anterior, debemos entender que los **“datos privados”**, se asocian al ámbito de la intimidad descrito por la autora, en cuanto se corresponden con un espacio más restringido, que además se identifica con el fuero interno del individuo.

Por otro lado, el **“dato de carácter personal”** es aquel *“concerniente al individuo, tanto si se refiere a su vida privada, profesional o pública”*, es decir, aquellos aspectos que permiten distinguir al individuo

³⁴ Noain A. (2016), “La protección de la intimidad y vida privada en internet: la integridad contextual y los flujos de información en las redes sociales (2004-2014)” Madrid: Agencia Española de Protección de Datos, P. 87

³⁵ Ibidem

³⁶ Ibidem. P.108

de lo colectivo. Además, añade citando el artículo 8 del Capítulo II de la La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), que *“las normas de protección de datos europeas serán de aplicación cuando una persona pueda ser directa o indirectamente identificada por dichos datos”*³⁷.

Es decir, los datos de carácter personal corresponden a todos aquellos datos que contrariamente a lo que entendemos por público, constituyen lo privado y, por lo tanto, nos permiten identificar y distinguir a una persona.

Por lo tanto, la amplitud maximalista del concepto dato personal, que le confiere su carácter de privado, en relación con los elementos que identifican al usuario y lo distinguen de lo público, es lo que permite entregar consecuentemente una protección amplia para eventuales vulneraciones o afectaciones respecto de estos datos, dado que son muchísimos los elementos presentes en las redes sociales que se asociarán a la identidad de un individuo, y por tanto, serán un dato personal. es así como el uso de este concepto abarca la mayor cantidad de casos hipotéticos que podría considerar la ley por configurarse una eventual afectación a la privacidad y la intimidad. por esto, identificar el objeto básico de protección de la legislación con dato personal, necesariamente provee mayor protección para el usuario, y es la postura que nos parece más adecuada.

Respecto de la normativa vigente, en cuanto al tratamiento que existe en Chile de la protección de los datos personales, su importancia es de tal envergadura, que como señala Contreras, el caso nacional es sumamente excepcional en esta materia, y no es usual que se agregue un derecho fundamental en la Constitución de un país. Así fue, en el año 2018, cuando se consagró explícitamente el derecho a la protección de datos personales, también conocido como autodeterminación informativa, incorporado por una reforma constitucional a través de la Ley N°21.096, que modificó el artículo 19 N°4 de la Constitución.³⁸

En el rango legal, existe la Ley N°19.628 “Sobre Protección de la Vida Privada” (en adelante, “**LPVP**”), cuya aplicación recae sobre todos los tratamientos automatizados o manuales de datos personales que efectúen personas naturales o jurídicas, sean de carácter privado o público.

³⁷ Ibidem. PP. 108-109

³⁸ Contreras P. (2020) “El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución chilena”. Estudios constitucionales vol.18 no.2 Santiago, PP.88-89

En este sentido, la LPVP establece una serie de definiciones relevantes, dentro de las cuales destacaremos, en el artículo 2, letra f), el término dato personal, entendidos como, “[...] **los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales o identificadas o identificables**” (es importante destacar que la LPVP hace sinónimos los términos *datos de carácter personal* y *datos personales*)³⁹.

La LPVP no indica expresamente los derechos fundamentales de los titulares de datos personales que pueden ser vulnerados con motivo de su tratamiento. Sin embargo, el derecho comparado y la jurisprudencia constitucional nacional indicarían que estos son el derecho a la vida privada, a la honra, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica y el derecho de propiedad⁴⁰.

En razón de la noción general que nos entregan los conceptos antes revisados, podemos indicarle al administrador del bar fundadamente que la cédula de identidad que encontró en el piso refiere a nuestra persona, que esta permite identificarnos y que, por lo tanto, constituye un aspecto que no es de público conocimiento, sino que privado y que en particular, da cuenta de nuestros datos personales. Además, podemos indicarle que la legislación chilena sobre protección de la intimidad y la vida privada busca proteger nuestros datos personales, y que incluso la Constitución los protege. Sin embargo, ¿Cuál es el derecho que específicamente tenemos sobre estos datos?

Para responder esta pregunta, debemos dar cuenta de que existe un importante debate respecto de si el derecho que existe por parte de la persona frente a los datos personales que la identifican refiere a la propiedad o a la titularidad. Esta situación ha sido explicada excelentemente por Contreras, quien la ha catalogado como, “*el último dilema relevante en la configuración del derecho a la protección de datos personales*”⁴¹ ”.

En este sentido, indica que la posición referente a la existencia de un “**derecho de propiedad**” respecto de los datos personales y la persona a la cual le corresponden, se ha identificado con lo planteado por Raúl Bertelsen, para estos efectos, parafrasea sus planteamientos indicando que “*conforme a las normas constitucionales vigentes resulta indiscutible que la persona que efectúa operaciones de tratamiento de datos y elabora un registro o banco de los mismos, tiene un derecho de propiedad sobre la base de datos que goza de reconocimiento y protección constitucional*”⁴².

³⁹ Anguita P. (2007). “La protección de datos personales y el derecho a la vida”. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, P.294.

⁴⁰ Ibidem. P.293

⁴¹ Contreras P. (2020) “El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución chilena”. Estudios constitucionales vol.18 no.2 Santiago, P.106.

⁴² Ibidem. P.107.

Añade que esta posición tiene por objeto resguardar la propiedad del responsable del tratamiento sobre el fichero o base de datos y no la relación de dominio, por su parte del titular, respecto de sus datos personales. Además, deberíamos considerar que la posición de Bertelsen debe entenderse superada por la reforma constitucional de 2018, en tanto la historia de la Ley indicaría que el objeto de la reforma fue determinar una relación jurídica de titularidad de la persona respecto de sus datos personales, y que incluso, se habría expresado en diversas partes del debate que la información personal es de titularidad de los individuos.

Por otro lado, la tesis de la titularidad plantearía que la cesión de un dato personal no es irrevocable, y que además existen ciertos deberes que tiene el responsable de los datos en relación con dicha información personal. más aun, esta tesis permite un mejor entendimiento del ejercicio de los derechos “ARCO” (derechos de **A**cceso, **R**ectificación, **C**ancelación y **O**posición)⁴³. Este conjunto de derechos es explicado por Jervis, quien expone que los derechos consagrados en la LPVP son básicamente cuatro y tienen como fin último dar protección al bien jurídico de la intimidad, y más específicamente, a la denominada autodeterminación informativa o libertad informativa⁴⁴.

Concluiremos entonces que al administrador del bar podremos reprocharle que en el país en el que vivimos existe legislación que protege la intimidad y la vida privada y por lo tanto, podemos asegurar que somos titulares de los datos que figuran en la tan nombrada cédula de identidad. También, podremos indicar que no es relevante que esta se encuentre en posesión del administrador o dentro del bar, dado que estos datos siempre serán relacionados a nuestra identidad personal y por esta razón existe una relación inescindible entre los datos presentes en la cédula de identidad y nosotros.

Entonces, por las razones previamente expuestas, podremos exigir al administrador, con todo el peso de la Ley, que nos devuelva la cédula de identidad. En el contexto de la LPVP, la metáfora significaría que somos capaces de ejercer los derechos ARCO, y que en particular, dependiendo de la situación que se presente, podremos ejercer los derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación, los cuales serán tratados en el siguiente capítulo.

⁴³ Derechos que incluso entidades gubernamentales, como da cuenta la página de “Chile Atiende” <<https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/112661-solicitud-de-derechos-arco-proteccion-de-la-vida-privada>> referida a “Solicitud de Derechos ARCHO”, entiende son los que contiene la Ley N° 19.628 [Fecha de consulta 27/06/2023].

⁴⁴ Jervis P. (2003), “Derechos del Titular de Datos y hábeas data en la Ley 19.628”, Revista Chilena de Derecho Informático, P.20.

III. CAPÍTULO 2: EL DERECHO AL OLVIDO Y LA FUNA EN LAS REDES SOCIALES.

A) DERECHO AL OLVIDO “*Chileno*”.

Recapitulando la situación ficticia que hemos planteado a lo largo de este trabajo, la petición que hemos efectuado al administrador para que nos devuelva nuestra cédula de identidad, que fue encontrada en el piso del bar, parece ser del todo razonable. Sin embargo, lo anterior es evidente, y resulta en una aseveración general y poco precisa, por cuanto no ha sido invocado con exactitud ningún derecho concreto.

Si además, le indicamos al administrador del bar que existe legislación que nos habilita para tutelar nuestros datos personales podría simplemente negarse o hacer caso omiso. Por esto, necesitaremos recurrir a una solución que no dependa de la buena voluntad de quien posee nuestros datos, sino que debemos determinar y aplicar la figura que el derecho nacional consideró particularmente para impetrar una acción que permita eliminar de los dominios del bar, aquellos caracteres que nos identifican.

En este contexto, considerando la legislación en materia de protección a la privacidad e intimidad explicada en el capítulo anterior, hemos hecho una breve mención a los distintos derechos que puede activar el titular de los datos personales, particularmente, han sido distinguidos aquellos que emanan del artículo 12 de la LPVP, los cuales en su conjunto han sido abreviados en la sigla “**ARCO**”, dado que se refiere a los derechos de **A**cceso, **R**ectificación, **C**ancelación y **O**posición.

Es en el contexto anterior en el cual los derechos “**ARCO**” permiten referirnos a uno de los principales conceptos que abordaremos en el trabajo, el cual corresponde al “*derecho al olvido*” o “*derecho a ser olvidado*”. Para estos efectos, sugerimos fuertemente al lector tener a la vista la memoria de grado de Acevedo, en cuanto estimamos que realizó un destacado trabajo al explicar el origen histórico, y la caracterización que la doctrina tradicional ha efectuado sobre el concepto de “**derecho al olvido**”, sin embargo, existen algunos aspectos de su trabajo relacionados con la configuración del derecho al olvido en Chile respecto de los cuales estimamos que ha incurrido en errores que serán expuestos en párrafos siguientes.

Sin el ánimo de reiterar sobre los aspectos fundamentales que ya fueron tratados en el trabajo de Acevedo, nos parece pertinente considerar que el tesista explica que el derecho al olvido tiene sus orígenes en el caso español “Costeja”, donde el abogado Mario Costeja González ejerció sus derechos de cancelación y oposición, por el tratamiento de sus datos personales contra el servicio de búsqueda “Google” y el diario “La Vanguardia”⁴⁵.

En el contexto anterior, la Audiencia Nacional Española, previo a resolver un recurso de apelación en el caso, decidió realizar una serie de consultas prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (En adelante, “**TJUE**”). De forma posterior, fallos del TJUE asociados a esta causa permiten definir el derecho al olvido, como “[...] *el derecho de los Titulares de datos personales a exigir la cancelación u oposición al tratamiento de dichos datos realizado por los servicios de búsqueda de internet [...]*”⁴⁶.

Entonces, la figura que la doctrina ha bautizado como el “*derecho al olvido*” merece la siguiente prevención: debemos tener claridad en que nuestra legislación no utiliza la nomenclatura “*derecho al olvido*”, dado que este es un nombre de “*fantasía*” utilizado para referirse conjuntamente a los derechos de (1) “**cancelación**” y (2) “**oposición**”⁴⁷.

A continuación, procederemos a explicar el tratamiento que la legislación chilena ha realizado sobre estos componentes del derecho al olvido, cuyo tratamiento se corresponde particularmente con la LPVP.

(1) Respecto del “**derecho de cancelación**”, este ha sido calificado por Jervis como un derecho **troncal** en el conjunto de los derechos ARCO, además, lo ha definido como la facultad de todo titular de datos para exigir la destrucción de los datos almacenados, cualquiera fuere el procedimiento empleado para ello, cuando el almacenamiento de los datos carezca de fundamento legal o cuando estuvieren caducos⁴⁸. En específico, encontramos una definición legal en el artículo 2, letra H) de la LPVP:

“H) Eliminación o cancelación de datos, la destrucción de datos almacenados en registros o bancos de datos, cualquiera fuere el procedimiento empleado para ello”.

⁴⁵ Acevedo C. (2018), “Derecho al olvido ante los servicios de búsqueda en internet. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales”, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, P. 14.

⁴⁶ Ibidem P.19.

⁴⁷ Ibidem P.20

⁴⁸ Jervis P. (2003), “Derechos del Titular de Datos y hábeas data en la Ley 19.628”. Revista Chilena de Derecho Informático N°2, P. 24.

(2) Por otro lado, respecto del “**derecho de oposición**”, la doctrina nacional considera este elemento como uno accesorio a los troncales⁴⁹, además, debemos especificar que la legislación chilena únicamente considera el derecho de oposición del titular de datos en el artículo 3 de la LPVP (denominaremos este derecho como “derecho de oposición especial”) al referirse a la recolección de datos personales mediante encuestas, estudios de mercado o sondeos de opinión pública. En el contexto antes referido, la ley ha contemplado la siguiente hipótesis de ejercicio de un derecho, “[...] *El titular puede oponerse a la utilización de sus datos personales con fines de publicidad, investigación de mercado o encuestas de opinión*”.

La hipótesis legal descrita es tan específica, que no es posible considerar que la expresión anterior sea la consagración del derecho de oposición (propriadamente tal), sino que corresponde a una variedad “especial” que simplemente utiliza una forma verbal de la palabra “oposición”. Lo anterior no se produce necesariamente por corresponderse con los elementos que tradicionalmente configuran el derecho al olvido, sino que, en realidad, el derecho descrito en el artículo 3 de la LPVP describe la vía de acción del derecho mediante la palabra “oponerse”.

Par sustentar la idea anterior, creemos que es relevante revisar ciertas definiciones tradicionales de lo que se ha considerado como “derecho de oposición”, al respecto, el Reglamento Europeo de Protección de Datos (en adelante, “**RGDP**”), define el derecho de oposición como el derecho del interesado a oponerse en cualquier momento, por motivos relacionados con su situación particular, a que datos personales que le conciernan sean objeto de un tratamiento de datos⁵⁰, así, es destacable de esta definición que la hipótesis que ha sido descrita concurre en la especie por motivos de la situación particular del interesado, lo que difiere bastante del derecho de oposición especial, por cuanto solamente permite su interposición cuando sus datos personales son utilizados con fines publicitarios, en investigación de mercado, o en encuestas de opinión.

Por otro lado, Bordachar define el derecho de oposición (en función del Proyecto de ley que Regula la Protección y el Tratamiento de los Datos Personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales, boletín número 11144-07 refundido con 11092-07), como el derecho del titular de datos a solicitar y obtener del responsable que no se lleve a cabo un tratamiento de datos determinado, destacando la

⁴⁹ Ibidem P.25

⁵⁰ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, artículo 21. P.45.

importancia sobre la voluntad que tiene el titular de los datos en no eliminar sus datos, sino que únicamente, impedir un tratamiento determinado⁵¹.

En vistas de lo anterior, considerar el artículo 3 de la LPVP como una consagración del derecho de oposición necesariamente implica incurrir en un error, dado que la fórmula legal antes expresada solo se indica como una posibilidad en el contexto de operaciones expresamente individualizadas por recolectores de datos. Lo anterior contrasta con las definiciones que tradicionalmente se han otorgado para referir al derecho de oposición:

Así, daremos cuenta en que las definiciones tradicionales del derecho de oposición consideran que este requiere de una aplicación general, lo cual difiere de la hipótesis descrita en el artículo 3 de la LPVP. Por lo tanto, consideramos que Acevedo se equivoca al afirmar que el derecho de oposición se consagra en la ley ⁵², por cuanto creemos que el legislador no consagró la figura del derecho de oposición en este artículo propiamente tal, sino que únicamente utilizó la forma verbal de “*oposición*”, sin reparar en lo que tradicionalmente se entiende como derecho de oposición.

Por otro lado, la LPVP contempla el denominado “**derecho de bloqueo**”, definido en su artículo 2, letra B), de la siguiente forma:

“b) Bloqueo de datos, la suspensión temporal de cualquier operación de tratamiento de los datos almacenados”.

Es decir, el derecho de bloqueo corresponde a una suspensión temporal del tratamiento de datos almacenados, lo cual se distingue del “**derecho de oposición tradicional**”, en tanto este se correspondería con una parálisis permanente del tratamiento de datos del Titular. Sin perjuicio de esto Jervis estima que, si bien la ley define bloqueo de datos como la supresión temporal de cualquiera de las operaciones del tratamiento de datos, lo cierto es que, en la práctica, el bloqueo de datos se traduce en la imposibilidad de comunicar el dato bloqueado a terceros⁵³.

⁵¹ Bordachar M. (2022) “Comentarios al proyecto de ley chileno sobre protección de datos personales: Deficiencias e inconsistencias en los derechos ARCO”. REVISTA CHILENA DE DERECHO Y TECNOLOGÍA. VOL 11 NUM 1. P. 404.

⁵² Acevedo C. (2018), “Derecho al olvido ante los servicios de búsqueda en internet. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales”, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, P. 108.

⁵³ Jervis P. (2003), “Derechos del Titular de Datos y hábeas data en la Ley 19.628”. Revista Chilena de Derecho Informático N°2, P. 24.

En función del contraste que existe entre el derecho de oposición especial y el derecho de bloqueo, consideramos que las características del derecho de bloqueo permiten homologar su figura con el derecho de oposición tradicional. De esta forma, creemos que es del todo correcto concluir que el derecho al olvido chileno (a diferencia del entendimiento tradicional de su composición) se correspondería con una aplicación del derecho de cancelación y de bloqueo, dejando fuera de su composición central la figura del “*derecho de oposición especial*” (sin perjuicio de que pueda ser considerado como una extensión de los elementos principales que lo integran).

Así, podemos afirmar nuevamente que Acevedo ha incurrido en un error, esta vez al estimar que existe identidad entre los efectos del derecho de bloqueo y el derecho de oposición especial de la LPVP⁵⁴, este error es evidente por cuanto el derecho de oposición especial opera respecto de actividades de recopilación de datos, de este modo, el titular podría ejercer sus derechos frente a una amenaza de recopilación, o sobre datos que estén siendo recopilados mediante un proceso ya iniciado. Distintamente, en función de lo señalado en el artículo 12 de la LPVP, el derecho de bloqueo opera únicamente sobre datos ya almacenados por un responsable de banco de datos con independencia de la existencia de un proceso de recopilación. Así, podemos concluir que el derecho de bloqueo necesariamente operará sobre un registro de banco de datos, distintamente, el derecho de oposición del artículo 3, no requerirá de la concurrencia de un responsable de un banco de datos, sino que será procedente su interposición con la mera existencia de un proceso de recolección de datos. Por lo tanto, si las hipótesis legales descritas cuentan con el grado de diferenciación en su naturaleza ya explicitado, necesariamente sus efectos serán distintos.

⁵⁴ Acevedo C. (2018), “Derecho al olvido ante los servicios de búsqueda en internet. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales”, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, P. 108.

B) Ejercicio en Redes Sociales del Derecho al Olvido.

Una vez establecida la composición del derecho al olvido en nuestra legislación, revisaremos su ejercicio jurisdiccional, refiriendo brevemente las figuras de legitimado activo, y enfatizando la figura de las redes sociales como legitimados pasivos.

Al efecto, ya hemos concluido que, en nuestro país, el “*derecho al olvido*” corresponde a un nombre de fantasía para referir al ejercicio de los derechos de bloqueo y cancelación. En este sentido, la doctrina ha referido el ejercicio de estos derechos con el nombre de “**hábeas data**”, Nogueira define el concepto como la acción jurisdiccional de la libertad informática o derecho de autodeterminación informativa (conocimiento y control de datos referidos a la persona) y protección de la vida privada, imagen, honra o reputación de la persona, frente a la recolección, transmisión y publicidad de información que forma parte de la vida privada o intimidad de la persona desarrollada por registros o bancos de datos públicos o privados⁵⁵.

En particular, Nogueira caracteriza el “hábeas data” utilizando las clasificaciones de Puccinelli y Sagües, de forma que distingue entre (1) el informativo, (2) el aditivo, (3) el rectificador o correctivo, (4) el reservador, (5) el disociador, (6) el reparador, (7) el asegurador y, (8) el cancelatorio.

Para nuestro trabajo será relevante referirnos a la última clasificación, la cual es caracterizada como el tipo de *hábeas data* cuya finalidad es eliminar la información almacenada en el registro o banco de datos por tratarse de información sensible, por corresponder a la intimidad de la persona o por no encontrarse autorizado su registro⁵⁶. Así, estimamos que si bien el derecho de **bloqueo** no se corresponde propiamente con la eliminación de información, sus efectos pueden calzar dentro de la definición de este tipo de *hábeas data* por la similitud en los objetivos del legitimado activo.

Para profundizar en el tratamiento que la ley hace del legitimado activo y el legitimado pasivo, debemos tener a la vista el artículo 12 de la LPVP, el cual explica la hipótesis de ejercicio del derecho al olvido, que particularmente menciona:

⁵⁵ Nogueira H. (2005) “Autodeterminación informativa y hábeas data en Chile e información comparativa”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. P. 458

⁵⁶ Ibidem P. 460.

“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 [...] exigir que se eliminen, en caso de que su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando estuvieren caducos.

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

Respecto del sujeto activo del derecho al olvido, el artículo identifica a ***“toda persona”***, en este sentido, Nogueira confirma la lógica del legislador indicando que el sujeto activo en este ámbito es toda persona, nacional o extranjera, la que puede actuar personalmente o a través de su representante legal [...]”⁵⁷. Adicionalmente, la persona que interpone la acción debe haber visto vulnerados sus derechos reconocidos por la ley⁵⁸.

Respecto del sujeto pasivo de la acción, la ley lo identifica como el responsable de un banco (de datos), incluso, provee de una definición legal en la letra m) del artículo 2 de la LPVP, en tanto define:

“m) Registro o banco de datos, el conjunto organizado de datos de carácter personal sea automatizado o no y cualquiera sea la forma o modalidad de su creación u organización, que permita relacionar los datos entre sí, así como realizar todo tipo de tratamiento de datos”.

En este sentido, queremos hacer presente que el tratamiento que actualmente considera la legislación nacional es de una amplitud que excede como único legitimado pasivo a los servicios de búsqueda de búsqueda de internet, (creemos importante dar cuenta de esta situación, por cuanto el mayor tratamiento que la doctrina ha efectuado es precisamente sobre estos sistemas), dado que como fue revisado, es imposible afirmar que este tipo de sistemas son los únicos que permitirían organizar datos de carácter personal y su relación entre sí, por esto, debemos considerar como legitimados pasivos no solo a las redes sociales (en su calidad de responsables de bancos de datos), sino que también a cualquier otro sistema que se configure en la hipótesis legal.

⁵⁷ Ibidem P. 459.

⁵⁸ Ibidem P. 466.

Si analizamos particularmente el caso de Instagram, su configuración de software utiliza el sistema PostgreSQL⁵⁹, el cual corresponde a un sistema que puede ser definido como un gestor de bases de datos orientado a objetos, muy conocido y usado en entornos de software libre. Particularmente, su aspecto de administración se basa en usuarios y derechos, naturalmente, el uso de este sistema implica actividades de gestión de usuarios⁶⁰. En particular este tipo de sistema utiliza un tipo de lenguaje computacional denominado SQL (Structured Query Language), que corresponde a un lenguaje de programación declarativo de definición, manipulación y control de bases de datos relacionales⁶¹.

Así, queremos reiterar que en la web existen infinitudes de sistemas (distintos de los motores de búsqueda) estructurados en base a lenguajes que naturalmente gestionan datos personales y que permiten a su vez, la relación entre ellos, calzando de forma indiscutible en la concepción de banco de datos del artículo 2, letra m) de la LPVP.

Sin el ánimo de ahondar en estas materias propias de la computación y la ingeniería en programación, creemos que es necesario recalcar y concluir que una red social, por las características que requiere considerar para ser entendida como tal (en consonancia con su tratamiento en el capítulo anterior), junto con las formas que el lenguaje de programación ha considerado para su estructuración, implica la configuración de estas como bancos o registros de datos personales en el entendimiento de la LPVP.

⁵⁹ <<https://instagram-engineering.com/sharding-ids-at-instagram-1cf5a71e5a5c>>, fecha de consulta 29/09/2023.

⁶⁰ Ginestà M., Pérez O. (2012), “*Bases de datos en PostgreSQL*”. Universitat Oberta de Catalunya. PP. 5-8

⁶¹ Escofet C. (2002), “*El Lenguaje SQL*”. Universitat Oberta de Catalunya.P.5.

C) Funa como hipótesis de vulneración a la privacidad e intimidad en Redes Sociales.

Retomando nuestro ejemplo de bar ficticio, incitaremos nuevamente al administrador para que nos devuelva nuestra cédula, pero esta vez con bastante desagrado producto de las molestias que nos provoca la situación, lamentablemente en esta ocasión además de negarse a la justa devolución el administrador del bar decide colocar fotografías de nuestra cédula en todos los rincones del bar infinito junto con un mensaje de odio y desprestigio hacia nuestra persona, es decir, el administrador del bar nos ha “*funado*”, de modo que todos los clientes que concurran al local pensarán horriblemente de nosotros.

En este sentido, ya revisados algunos supuestos procesales para el ejercicio del derecho al olvido, pasaremos a revisar otro de los objetos de estudio del presente trabajo que es la **funa** como **hipótesis de hecho que permite ejercer una eventual acción**.

En la actualidad, con el auge de la tecnología y los espacios digitales, el concepto de red social se ha correspondido con una construcción social que genera mejores y más rápidos procesos de comunicación e intercambio de información. En este contexto ha nacido el *movimiento de la cultura de la cancelación*, que tiene como finalidad multiplicar información por distintos medios, como publicaciones, videos o testimonios, para que una persona sea “*cancelada*”, y así, incluso retirar a la persona objeto de la *cancelación* de su vida laboral y espacios sociales, mediante el menoscabo de la reputación producto del reproche de un hecho socialmente incorrecto⁶². En este sentido, el espacio principal en el cual se despliegan las conductas propias de la “*cultura de la cancelación*” son las **redes sociales**.

Así, en nuestro país, una de las principales expresiones de la cultura de la cancelación, se corresponde con la “*funa*”. Schmeisser nos ilustra indicando que el concepto de “funa” proviene del mapundungún, significando “podrido”; a su vez “funan” significa el acto de pudrirse y que actualmente, en Chile, se considera como “funar” cualquier acción de denostación y repudio hacia alguien que se considera ha incurrido en una acción ilegal o injusta⁶³. Es relevante destacar que en el origen histórico del uso de la palabra funa en Chile nace de compartir historias de violencia ejercida por el régimen de Pinochet en

⁶² Cabrera K.; Jiménez C. (2021), “La cultura de la cancelación en redes sociales: Un reproche peligroso e injusto a la luz de los principios del derecho penal”, P.278

⁶³Schmeisser C. (2019), “*La funa; Aspectos Históricos, Jurídicos y Sociales*”, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, P 6.

espacios públicos, invitando a transeúntes a compartir sus experiencias propias, a fin de poner nombres a las cifras de muertos y desaparecidos⁶⁴.

En las implicancias físicas (en contraposición a las virtuales), la autora describe el evento originario de funa como la reunión de manifestantes en un lugar específico, para dirigirse desde ahí al lugar de trabajo o domicilio de la persona a ser “*funada*”, con carteles, pancartas, boletines y folletos en que se detallan las acusaciones y antecedentes de quien se acusa. Así identifica las siguientes características: **(i)** protesta presencial, generalmente pacífica, en un lugar público; **(ii)** ejercida hacia partícipes de la violencia genocida; **(iii)** realizada en Chile desde la década de los noventa; **(iv)** por parte de familiares de detenidos desaparecidos e instituciones afines.⁶⁵

Compartimos la aseveración de la autora en cuanto indica que las características anteriores no reflejan en absoluto el significado o contenido que el concepto tiene hoy día, por cuanto en la actualidad se utiliza la palabra “*funa*” principal y directamente para describir una actividad de denostación por redes sociales, de modo que existe un tránsito de lo físico a lo virtual, significando que el uso original de la palabra “*funa*” ha quedado en desuso.

Lo anterior puede tener su explicación en el mayor despliegue social que ofrece internet, en este sentido, siguiendo el pensamiento de Schmeisser, en las redes sociales existe una ampliación de la esfera de afectación de la funa, de modo que se extiende desde la comunidad físicamente próxima al “*funado*”, hasta una porción amplia de la sociedad que se alcanza por la difusión de la información mediante el alcance de Internet⁶⁶.

En este aspecto la autora conceptualiza la funa virtual en los siguientes puntos: **(i)** una manifestación en redes sociales; **(ii)** ejercida hacia quien ha cometido un acto considerado injusto o ilegal; **(iii)** utilizada desde la proliferación de los medios de comunicación masiva, desde la segunda década de los dos mil; **(iv)** por cualquiera quien considera que se ha visto vulnerado.⁶⁷

Creemos que la autora ha omitido un elemento realmente esencial al conceptualizar la funa, esto es, **(v)** la caracterización de la funa con datos personales que permitan la correcta individualización de la persona que sufre la “*funa*”. Sin perjuicio de omitirlo en el segmento de caracterización de su tesis, la misma

⁶⁴ Ibidem

⁶⁵ Ibidem. P.17.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Ibidem. P.21.

autora indica que en los orígenes de la funa, esta respondía a la supuesta necesidad de desnaturalizar el ámbito de lo privado y politizarlo, para abrirlo al debate público⁶⁸. En este sentido Colina expresa que la persona “*funada*” de hechos supuestos, se convierte en víctima por la deshonra y el descrédito que atentan contra su imagen, su honor y privacidad⁶⁹.

En este sentido, Contreras y Lovera realizan una relación muy inteligente entre el “*doxing*” y la “*funa*”. El primero, se entiende como una forma de acoso cibernético por medio de la cual la información personal de una persona o su quehacer cotidiano es puesta a circulación a través de las redes sociales.

En vistas del concepto anterior, es lógico conectarlo con la “*funa*”, en tanto el apogeo a del internet, de las redes sociales y el acceso libre a ellas abrió posibilidades para el libre ejercicio de la libertad de expresión sin necesidad de intermediarios con capacidad de censura, como un productor, una prensa o una editorial. Además, en comparación con la versión presencial de la “*funa*”, su replicación en redes sociales ahorra costos de transacción y a su vez se confiere un importante alcance social⁷⁰.

Frente a las múltiples conductas que emanan de la cultura de la cancelación que se expresan en redes sociales, en particular la funa, resulta lógico preguntarse si existe algún derecho que el “*funado*” puede ejercer frente a la vulneración que implica la “*funa*” en su privacidad e intimidad. En este contexto Corral indica que ha sido un evento común del último tiempo referirse al “*derecho al olvido*” (**o derecho a ser olvidado**), mediante el cual una persona (usuario) exige eliminar de internet alguna noticia, dato o imagen⁷¹.

Retomando la pregunta previamente enunciada, analizaremos la posibilidad para el afectado por la “*funa*” de defenderse por la vía legal, y en particular mediante el ejercicio del derecho al olvido. Para explicar cómo se puede ejercer este derecho analizaremos las causales que consideró la LPVP. Así, el artículo 12 de la ley refiere lo siguiente:

⁶⁸ Schmeisser C. (2019), “*La funa; Aspectos Históricos, Jurídicos y Sociales*”, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, P. 24.

⁶⁹ Colina, A. (2021). «Funar» por las redes sociales no es un derecho ni una denuncia, es un delito. Diario Constitucional.

⁷⁰ Contreras P.; Lovera D. (2021), “Redes sociales, *funas*, honor y libertad de expresión: análisis crítico de los estándares de la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena”. Revista **Derecho** n°.87 Lima, PP.345-371.

⁷¹ Corral H. (2017), “El derecho al olvido en internet: antecedentes y bases para su configuración jurídica”. Revista jurídica Digital UANDES, PP. 1-20.

“[...]Sin perjuicio de las excepciones legales, podrá, además, exigir que se eliminen, en caso de que su (1) almacenamiento carezca de fundamento legal o (2) cuando estuvieren caducos.

Igual exigencia de eliminación, o la de bloqueo de los datos, en su caso, podrá hacer (3) cuando haya proporcionado voluntariamente sus datos personales o ellos se (4) usen para comunicaciones comerciales y no desee continuar figurando en el registro respectivo, sea de modo definitivo o temporal [...]”.

En una primera mirada superficial, confrontando las características de la “*funa virtual*” con las causales presentes en la norma, podríamos pensar que no existe una hipótesis directa que permita ejercer el derecho al olvido frente a una hipótesis de funa, por cuanto ninguna de las hipótesis de hecho consideradas por la ley consideraría las características propias de una funa.

Para efectos de explicar la idea anterior, analizaremos cada una de las hipótesis que consideró la norma frente a una eventual actividad de “*funa*”:

Si revisamos la hipótesis de la caducidad de datos, es obvio que no se trata de una situación en que el titular de datos personales quiera alegar que los datos presentes en la red social, proveídos por la “*funa*”, refieren a datos “*antiguos*” y lo que se pretende es actualizarlos.

En el caso del uso no deseado de datos personales en comunicaciones comerciales, es evidente que la situación descrita no refiere a una actividad de comunicación comercial.

Sobre la ausencia de fundamento legal, podríamos pensar que no aplica al caso, por cuanto la norma refiere a situaciones donde la ley habilitó expresamente la recopilación de datos, de modo que la fuente normativa o la causa legal que permitía la actividad que permitió la obtención de datos personales en una determinada base de datos ha dejado de existir. Sin embargo estimamos que esta podría ser la causal más acertada para aplicar el derecho al olvido frente a una hipótesis de funa que serán explicados más adelante.

Finalmente, sobre la revocación por parte del titular que entrega voluntariamente sus datos, creemos pertinente reiterar algunas de las características propias de la “*funa virtual*” en tanto es una actividad realizada por un tercero, en una red social, donde la actividad desplegada es caracterizada con datos

personales del funado. De lo anterior destaca que concurren los requisitos de legitimación pasiva y activa en el ejercicio del derecho al olvido.

Respecto del primero aspecto, el “*funado*” se contiene en la voz “*toda persona*” utilizada por el artículo 12 de la LPVP, de modo que no parece discutible la concurrencia de este requisito en la hipótesis de funa virtual.

En segundo lugar, el espacio en donde se encuentran los datos personales que han sido proveídos producto de la funa es en la red social, esto con independencia de la modalidad de publicación que puede ser un comentario, una imagen, formas audiovisuales u otras modalidades alternativas. De este modo, en atención a la explicación antes realizada en este trabajo sobre el funcionamiento de las redes sociales, debemos entender que los datos personales del “*funado*”, aun cuando hayan sido proporcionados por un tercero, significarán una expresión de datos privados de su titular en una base de datos de la red social, de modo que también existe la presencia de un legitimado pasivo que es el encargado de la base de datos.

Independientemente de la concurrencia de los elementos antes descritos, podríamos alegar que el artículo 12 de la LPVP indica que para ejercer esta hipótesis, los datos personales del titular deben ser proporcionados voluntariamente, de modo que debemos descartar la aplicación de esta causal porque los datos que se pretenden eliminar con motivo de la funa, han sido suministrados de forma contraria a la voluntad del titular, y por esto, no podríamos ejercer esta causal que requiere de la concurrencia de la voluntad del titular para revocar los datos otorgados, sin perjuicio de que concurren todos los demás elementos requeridos para ejercer el derecho al olvido.

Estimamos que la lógica previamente expuesta sobre la concurrencia de la voluntad del titular de los datos es errada, por cuanto en realidad los datos del “*funado*” proveídos en una “*funa*” en una red social deben ser considerados como voluntariamente suministrados por su titular, de modo que estimamos que esta última hipótesis también permite ejercer el derecho al olvido frente a una funa, lo cual será demostrado por los argumentos que serán expuestos en el siguiente apartado.

D) Derecho al olvido frente a funa en redes sociales.

En vistas de las causales revisadas en el apartado anterior en lo relativo al ejercicio del derecho al olvido frente a una hipótesis de funa, indicamos que las causales que consideraremos aptas para ejercerlo serán la ausencia de fundamento legal, y la revocación del titular que entrega voluntariamente sus datos.

Sin embargo, antes de ahondar sobre la lógica que debemos aplicar al momento de invocar las causales contempladas en el artículo 12 de la LPVP creemos que es pertinente analizar ciertas ideas relacionadas con la voluntad del usuario, y con el fundamento legal en lo que refiere al tratamiento de datos.

Sobre la expresión de voluntad del usuario, hemos mencionado de forma muy superficial ciertas formas contractuales generalmente denominadas como “**términos y condiciones**”. Sobre esto, nos parece pertinente mencionar a De La Maza y a Momberg en cuanto indican que la regulación del uso de datos personales se realiza a través de documentos disponibles en sitios web que aspiran a disciplinar contractualmente el uso de aquellos en tanto el artículo 4 de la LPVP exige la autorización expresa y por escrito del titular de datos⁷².

En este sentido, la aceptación por parte del usuario del documento electrónico antes individualizado puede ser descrita como una manifestación expresada por el “*click*” del usuario en una casilla que generalmente indica la palabra “*acepto*”, la cual tiene por objeto ser conocida por el proveedor para efectos de utilizar los servicios que se ofrecen en la red social. De este modo se cumplen los requisitos propuestos por Vial para conceder eficacia a la voluntad: (1), por una parte encontramos la manifestación de la voluntad de forma que se pueda conocer, en el caso de las redes sociales se satisface este requisito mediante un gesto electrónico y; (2) la característica de seriedad de la voluntad del usuario, que en este caso se identifica con la voluntad del usuario de acceder a los servicios de la red social cumpliendo con las condiciones propuestas por el proveedor⁷³.

Por otro lado, de la Maza y Momberg indican que la autorización a que se refiere el artículo 4 de la LPVP depende de que se le reconozca valor contractual al documento, pues de otra forma no sería posible afirmar que el titular de los datos ha entregado su autorización, lo que implicaría que la ausencia de un contrato (escrito) implicaría que el uso de los datos personales de millones de personas es ilegítimo por

⁷² De la Maza I.; Momberg R., (2017), “Términos y condiciones: Acerca del supuesto carácter contractual de las autorizaciones para el tratamiento de datos personales en sitios web”, Revista Chilena de Derecho y Tecnología, Vol. 6, número 2. P. 26.

⁷³ Vial. V. (2011) “Teoría General del Acto Jurídico”. P.47

carecer de autorización, así, la causa legal para el tratamiento de datos requiere de la autorización expresa del titular en la forma que el artículo 4 de la LPVP establece.

En vistas de lo anterior, los autores indican que cuando se está frente a un contrato que se informa a través de un hipervínculo se debe atender a los siguientes requisitos: (1) que el hipervínculo que dirige al documento esté ubicado en un lugar prominente de la página que se está visitando; (2) que el tamaño de la fuente utilizada no sea inferior al de los otros contenidos de la página; (3) que el color de la fuente sea tal que no provoque confusión con el fondo de la página; (4) que la expresión que se emplea en el hipervínculo resulte suficientemente indiciaria de la existencia de un contrato⁷⁴.

En este sentido, una forma de entender la concurrencia de la voluntad de los usuarios de redes sociales es identificarla con la suscripción de un acuerdo de “**términos y condiciones**”, la cual, a su vez, manifestada en la forma indicada por el artículo 4 de la LPVP servirá de causa para un tratamiento legal de datos personales.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que los requisitos de información y autorización escrita para el tratamiento de datos personales indicados en el artículo 4 de la LPVP no deberían limitar el ejercicio del derecho al olvido en los términos del artículo 12 de la LPVP, por cuanto es necesario distinguir entre (1) la legitimidad de la actividad de tratamiento de datos perfeccionada por los requisitos indicados en el artículo 4 de la LPVP; (2) el ejercicio de derechos protectores del usuario que considera como requisito que la actividad de suministro de datos personales sea voluntaria.

Sintetizando la idea anterior, nos parece que es legítimo distinguir entre una materia que es la legalidad de la actividad de tratamiento de datos personales, respecto de la cual coincidimos con lo propuesto por los autores de la Maza y Momberg y que no será objeto de análisis profundo en el presente trabajo; y por otro lado, podemos distinguir la materia relativa a los requisitos para el ejercicio de un derecho que tiene como trasfondo el tratamiento de datos personales. Sobre esta última materia, debemos considerar que la LPVP considera que existe una asimetría de poder entre el proveedor y el usuario, de modo que debemos interpretarla en un sentido “pro-usuario”, en este sentido, el artículo 1 de la LPVP indica sobre la forma en que el proveedor realiza tratamiento de datos , “[...] **En todo caso deberá respetar el pleno**

⁷⁴ De la Maza I.; Momberg R., (2017), “Términos y condiciones: Acerca del supuesto carácter contractual de las autorizaciones para el tratamiento de datos personales en sitios web”, Revista Chilena de Derecho y Tecnología, Vol. 6, número 2. PP. 33-51.

ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de los datos y de las facultades que esta ley les reconoce”.

La distinción anterior implica que no parece justo condicionar el ejercicio de los derechos ARCO, a la legalidad del tratamiento de datos que el proveedor realiza, por cuanto condicionar el ejercicio de los derechos establecidos en la LPVP nos podría llevar a situaciones absurdas en que un proveedor genere respecto de un titular de datos el tratamiento ilegítimo de sus datos personales en que el usuario se ve imposibilitado de ejercer la totalidad de las acciones consideradas en la LPVP por no existir un contexto de tratamiento de datos legal.

En vistas de la postura anterior, revisaremos los argumentos que pueden ser esgrimidos por un usuario de redes sociales frente a una funa en dicho medio, considerando la posibilidad de ejercer los derechos contemplados en el artículo 12 de la LPVP con independencia del cumplimiento de las formalidades indicadas en el artículo 4 de la LPVP:

Argumento de la ausencia de causa legal

Creemos que este corresponde al argumento más claro que el titular de un dato personal puede ejercer frente a una situación de funa. Este argumento consiste en indicar que el tratamiento de datos personales requiere expresamente del cumplimiento de los requisitos del artículo 4 de la LPVP por cuanto indica que el tratamiento de datos personales solo puede efectuarse en la forma descrita por la ley. Así, cualquier dato personal suministrados a un banco de datos de una red social producto de una funa en que no se han respetado los requisitos de la LPVP para el tratamiento de datos implicaría la ausencia de un fundamento legal, y por tanto, es posible solicitar su eliminación en función del artículo 12 de la LPVP.

Argumento de la fuente voluntaria.

Otro de los argumentos que podemos utilizar para probar la concurrencia de la voluntad del titular de datos deriva de analizar la situación en que los datos han sido publicados por el mismo en concordancia con todos los requisitos legales, en calidad de usuario de la red social, en instancias distintas a la “funa”.

En este sentido, dando por sentado que existe un dato personal en un banco de la red social y que existe un tratamiento de aquellos de forma legal, nos centraremos en la voluntariedad del suministro del dato, así, si un usuario de una red social publica voluntariamente su correo electrónico y posteriormente es

víctima de una funa en la misma red, de modo que se divulga este dato de forma masiva, debemos notar que existe concurrencia de la voluntad del titular, por cuanto la fuente original del dato publicado es una donde este figura con la concurrencia de la voluntad del titular, y por lo tanto, se habilita el ejercicio del derecho al olvido, esto por cuanto si nos atenemos a la redacción de la LPVP, el ejercicio del derecho de eliminación no está condicionado por eventos posteriores que masifiquen esa información.

Incluso, siguiendo la fórmula legal de la LPVP, podría suceder que exista un evento de funa que provoque la divulgación en forma masiva del correo electrónico del titular, y que posteriormente el titular publique voluntariamente su correo, así, independientemente de que el registro ya cuenta con el dato masificado por la “funa”, nuevamente concurre la existencia de la presencia del dato en el registro de la red social, y el suministro de este de forma voluntaria, pero de forma posterior al evento de funa. Así, debemos tener claridad en que la ley no señaló que para ejercer este derecho el dato que se proporciona no debe ser reiterativo o carente de novedad (como en el caso de una funa), de modo que la concurrencia de los requisitos legales es clara.

Así, queremos destacar que la publicación del dato de forma posterior a la “funa” se presenta más bien como una situación ficticia, dado que el titular del dato siempre podría publicar el mismo dato masificado de forma posterior en la misma red social y por lo tanto, en vistas de esta posibilidad y por una razón de eficiencia, parece razonable afirmar que cuando existe una solicitud de un titular de un dato para ejercer el derecho al olvido en una red social, siempre será posible afirmar la concurrencia de esta causal, por la posibilidad que tiene el titular del dato de suministrar voluntariamente el dato que se pretende eliminar, de forma anterior o posterior a la “funa”.

Argumento de la voluntad tácita e implícita en el uso de redes sociales.

Para explicar el siguiente argumento, nos parece adecuado reiterar que en la actualidad la palabra “funa” refiere a una actividad desplegada en medios digitales, y particularmente en redes sociales, por lo tanto es relevante destacar la caracterización previa que hicimos de las redes sociales, en específico, la característica de “**comunicación**”, que se produce en razón del deseo del usuario de las redes sociales de querer comunicarse, sobreexponiendo ámbitos de su vida privada⁷⁵. La presencia de esta característica particular en las redes sociales permite afirmar que permanentemente existirá una importante cantidad de datos privados que han sido suministrados por el usuario y que figurarán en un determinado banco de

⁷⁵ Herrera P. (2016), “El derecho a la vida privada y las redes sociales en Chile”. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, P.93

datos. Y en paralelo, existirán datos que podrán ser aportados por el sujeto que ejerce la “*fun*” pretendiendo afectar negativamente al “*funado*”.

Adicionalmente, la identidad como elemento nuclear, en su calidad de “característica” de las redes sociales, implica que la información personal funciona como moneda de cambio en la actividad desplegada en redes sociales⁷⁶. Así, ya fue explicado que estimamos que esta característica debe ser entendida desde la perspectiva en que el usuario aporta un flujo de información sobre su identidad cuyo contenido es de difícil determinación para el usuario, independientemente de la conciencia que se tiene sobre el aporte de información que significa el uso de redes sociales.

Por esto, a diferencia de lo que indica Rallo, estimamos que la información del usuario no es aportada de forma inconsciente, dado que lo anterior necesariamente significaría que el usuario al utilizar redes sociales eliminaría totalmente las posibilidades de (1) publicar información personal particularmente determinada por el usuario; (2) acceder a información de terceros ya publicada y; (3) dejar trazos de su información al utilizarlas, lo cual es del todo incorrecto y nos parece una ficción equivocada.

En realidad, el usuario tiene conciencia de que está aportando información personal en su movimiento por Internet. Otra situación distinta es que el usuario promedio carece de conocimiento técnico en lo que respecta a la ingeniería que sostiene el funcionamiento de las redes sociales, y por esto, no tendrá certeza sobre la información particular que estará aportando. Sin perjuicio de lo anterior debemos tener claridad en que la normativa utiliza como criterio para ejercer el derecho al olvido la voluntad y no la conciencia del usuario sobre el dato que aporta.

En este sentido, Rubio comenta sobre el uso de herramientas tecnológicas(en nuestro caso, las redes sociales), el cual implica a su vez la aceptación de un pergamino digital interminable de términos y condiciones, así, una vez aceptados estos términos y condiciones, el sitio electrónico al que se ingresa posee información “*minera*” que crea el acceso a anunciantes de terceros, comercializadores y agencias de análisis que utilizan cookies, balizas, etiquetas de pixeles y otros, que recogen información increíblemente detallada del usuario, con el supuesto de la aceptación libre, voluntaria y consciente. El autor resalta que generalmente los términos y condiciones se le presentan al usuario cuando este se encuentra distraído y descuidado⁷⁷.

⁷⁶ Rallo A.; Martínez R. (2011). “Protección de datos personales y redes sociales: obligaciones para los medios de comunicación”. Quaderns del CAC, 14 (2), P.42.

⁷⁷ Rubio. D. (2019), “Intimidad y autonomía en la formación del consentimiento y la declaración de voluntad dentro del derecho privado tecnológico”, Tesis de grado, Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho. PP.19-21.

En esta línea, entendemos que la participación del usuario en cualquier red social implica la exposición voluntaria de sus datos personales, en un sentido que excede la posibilidad de determinar específicamente que datos se desean compartir. Además, entendemos que en general, la expresión de la voluntad del usuario para el tratamiento y la representación de sus datos en bancos de datos se aparece como la aceptación términos y condiciones en las redes sociales, sin perjuicio de que estimamos que no es necesario que concurra la aceptación de estos para estimar que el usuario voluntariamente despliega su actividad en una red social.

En el caso nacional, nos parece que la forma más proteccionista de entender la concurrencia de la voluntad del usuario, en los términos del artículo 12 de la LPVP, es identificarla con mera concurrencia de la voluntad, de otro modo, deberíamos entender que la aceptación de los términos y condiciones de una red social equivaldría a la voluntad del usuario que usa las redes sociales, de modo que el ejercicio del derecho al olvido estaría condicionado por la aceptación de estos términos, de modo que en ausencia de estos no habría voluntad del usuario, lo cual nos parece del todo erróneo.

Debemos entender que la situación descrita se produce por cuanto las redes sociales no son bienes de primera necesidad, ni implican un uso obligatorio o forzado de sus servicios, en este sentido, es decisión de cada quién participar y exponerse.

A modo de ejemplo, y en consonancia con lo antes expuesto, la página oficial de Instagram, sobre *“Preguntas frecuentes sobre las Condiciones de uso de la comunidad de Instagram”* en un apartado específico denominado *“¿Qué ocurre si no acepto las Condiciones?”* Permite apreciar que la aceptación de las *“condiciones del servicio”* son asociadas por el proveedor a la posibilidad del usuario para ejercer la eliminación de la cuenta y la recuperación de los datos personales mediante la **“descarga”** que estimamos son formas de expresión del derecho al olvido:

*“Las Condiciones definen el servicio que te brindamos y lo que exigimos a los miembros de nuestra comunidad. Abarcan los compromisos que creemos que son necesarios para ofrecer un servicio seguro, inclusivo e innovador. Exigimos a todos que acepten estos compromisos para poder usar el servicio. Si no quieres aceptarlos, puedes descargar tus datos y eliminar tu cuenta cuando lo desees”*⁷⁸.

⁷⁸ Preguntas frecuentes sobre las Condiciones de uso de la comunidad de Instagram <<https://about.instagram.com/es-la/blog/announcements/instagram-community-terms-of-use->

Incluso, las “condiciones de uso” de Instagram indican a los usuarios la siguiente prohibición:

“No puedes publicar información privada o confidencial de otra persona sin su permiso ni realizar acciones que vulneren los derechos de terceros, incluidos los de propiedad intelectual e industrial”⁷⁹

Nos parece que en el ejemplo anterior, el proveedor ha establecido la anterior prohibición en consonancia con la teoría que proponemos de la concurrencia de la voluntad de los usuarios, en otras palabras, la prohibición anterior castiga que la forma en que pudieran figurar los datos personales de un usuario sea distinta a la voluntaria.

Sin embargo, estimamos que la prohibición citada es una hipótesis imposible, dado que existen infinitas situaciones de exposición de datos “*confidenciales*” sin la concurrencia de la voluntad del usuario, como por ejemplo la filiación que puede ser descifrada al apreciar a personas en una fotografía obtenida en la vía pública, o la ubicación de una persona en un momento determinado. Así, la prohibición nos parece “inaplicable” por cuanto gran parte del contenido de Instagram corresponde a información confidencial (entendidas como datos personales o privados) de usuarios que no han consentido en existencia como dato en el registro de la red social. Más bien, la prohibición debería apuntar a que no debe mantenerse una publicación que contenga información privada o confidencial de otra persona una vez expresada su disconformidad con la presencia de la publicación que contiene los datos.

En conclusión, el uso de redes sociales implica la exposición voluntaria de datos personales del usuario de difícil determinación por el usuario. En este sentido, si existe una funa que hace uso de cualquiera de los datos proporcionados voluntariamente por el usuario, independientemente del conocimiento que tenga el usuario de los datos que ha aportado, debería ser procedente la causal de bloqueo o eliminación contemplada en el artículo 12 de la LPVP por cuanto ya ha sido explicado que la mera actividad en redes sociales implicaría la concurrencia de la voluntad del usuario para con el tratamiento de sus datos personales.

Más aun, la normativa chilena no distingue sobre la forma en que deben ser expresados los datos del usuario para el ejercicio del derecho al olvido, únicamente alude a que deben corresponder a datos

[faqs#:~:text=%C2%BFCu%C3%A1les%20son%20mis%20obligaciones%20en,de%20su%20contenido%20sin%20permiso\).>\[consulta 09 de noviembre 2023\].](#)

⁷⁹ Condiciones de Uso de Instagram <https://help.instagram.com/581066165581870/?helpref=uf_share> [consulta 09 de noviembre de 2023].

aportados voluntariamente, por lo anterior, si alguna vez el usuario mediante el uso de redes sociales aportó un dato específico, por ejemplo su domicilio, con independencia del conocimiento que tenga el mismo usuario sobre el nivel de publicidad de este dato, tendrá derecho a ejercer el derecho al olvido respecto del banco de datos cuando un tercero publique en la misma red social el domicilio del usuario, por ser este un dato proporcionado previamente producto de la mera actividad del usuario afectado por la funa.

IV. CONCLUSIÓN

Creemos que mediante la lectura del presente trabajo es posible concluir que la “era digital” puede ser caracterizada por el rol protagónico que las redes sociales juegan en la presente época, las cuales si bien tienen una intención “originaria” de facilitar la comunicación, así como entregar nuevas herramientas para esta actividad, más bien, deben ser evaluadas como espacios donde se resguarda una cantidad masiva de información sensible, lo que respalda la necesidad de reconocer posibilidad alternativas que brinden mayor protección en lo relativo al ejercicio del “derecho al olvido” en los términos considerados por la LPVP.

También ha sido recalcado que las redes sociales son especímenes muy diferenciados en comparación con otros tipos de sitios web, y hemos destacamos el impacto que la actividad en estos sitios genera sobre los datos personales de sus usuarios, en tanto la actividad en estas sobreexpone la privacidad y la intimidad en extremos difusos y poco claros. Estos sitios se corresponden con el contexto espacial en donde ocurre una la expresión más características de la cultura de la cancelación en la realidad nacional, que corresponde a la “funa”. Esta forma injuriosa se permea de algunas características de las redes sociales que trae como consecuencia una afectación a la privacidad y a la intimidad del afectado en tanto se expondrán determinados datos personales en forma masiva, por lo tanto, estimamos que es del todo correcto concluir que siempre que se esté frente a una hipótesis de funa, será posible relacionarla con la legislación de protección a la vida privada, fundamentalmente por las implicancias que tiene el medio en el cual ocurre.

En este sentido, es esencial entender las redes sociales en su calidad de “banco de datos”, dado que esta calificación permite extender la aplicación de los derechos contemplados en la LPVP a las situaciones en que ocurran eventos que afecten la privacidad y la intimidad de sus titulares en estos medios, y por lo tanto, se permite también el ejercicio del derecho al olvido en estos contextos.

Estimamos que si bien, existe una forma de analizar el ejercicio del derecho al olvido que condiciona una parte de sus componentes al “tratamiento legítimo de datos personales”, hemos planteado la posibilidad de considerar que en el caso nacional la recopilación de datos del usuario se provoca por una situación voluntaria, y que acentuar el ejercicio del derecho al olvido frente al tratamiento ilegítimo de datos permite ampliar la protección que la LPVP entrega. En este sentido, debemos reiterar incansablemente que la navegación y la actividad en redes sociales implica por sí misma una afectación grave a la privacidad e intimidad del usuario a la que se accede voluntariamente, por esto mismo, el ordenamiento prevé la posibilidad de eliminar la información suministrada por el usuario cuando esta actividad es ejercida en presencia de su voluntad, lo cual corresponde a un derecho que, en los términos

del artículo 13 de la LPVP no admite limitación por medio de ningún acto o convención, de modo que son irrenunciables.

Frente a nuestra posición no faltarán quienes esgriman que la propuesta sitúa al usuario en una posición de vulnerabilidad por cuanto implica responsabilizarlo directamente frente a situaciones de afectación de la privacidad y la intimidad. Respondemos que frente a las herramientas que brinda nuestro ordenamiento jurídico, abordar el comportamiento del usuario desde un enfoque en que concurre siempre su voluntad es en verdad una visión proteccionista, considerando principalmente que nuestra interpretación de la actividad en redes sociales abarca una mayor cantidad de posibilidades de ejercitar el derecho al olvido.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse presente que el presente trabajo aborda un enfoque principalmente teórico y que en la práctica existen notorias deficiencias en lo que respecta al ejercicio del derecho al olvido. En este sentido, Nogueira subraya respecto de la LPVP que el legislador no reguló el establecimiento de un órgano de control independiente en el cual las bases de datos registren su existencia, de modo que el titular cuente con un recurso a su favor al momento de probar la legitimidad pasiva, este es uno de los motivos que permite caracterizar como “débil” el sistema de protección estructurado⁸⁰. Tampoco existe un registro de banco de datos privados y algunos califican la regulación de los registros de bancos de datos públicos como “deficiente” por no contemplarse una “sanción efectiva” a esta obligación⁸¹.

⁸⁰ Nogueira H. (2005) “Autodeterminación informativa y hábeas data en Chile e información comparativa”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. P.465

⁸¹ Reyes P. (2016) “Regulación de la protección de datos personales en Chile a la luz de los estándares internacionales. Deficiencias y Desafíos”. PP. 198-200.

BIBLIOGRAFÍA

Acevedo C. (2018), “Derecho al olvido ante los servicios de búsqueda en internet”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales”, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, PP. 1-176.

Agencia Española de Protección de Datos; Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (2009), “Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online”, P.7.

Anguita P. (2007), “La protección de datos personales y el derecho a la vida”. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, PP.1-627.

Bordachar M. (2022) “Comentarios al proyecto de ley chileno sobre protección de datos personales: Deficiencias e inconsistencias en los derechos ARCO”. REVISTA CHILENA DE DERECHO Y TECNOLOGÍA. VOL 11 NUM 1. PP.397-414.

Boyd D.; Ellison N. (2008). “Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship”. Journal of Computer-Mediated Communication 13. PP 210-230.

Cabrera K.; Jiménez C. (2021), “La cultura de la cancelación en redes sociales: Un reproche peligroso e injusto a la luz de los principios del derecho penal”, PP.277-299.

Casares A. (2020). “Derecho al olvido en internet y autodeterminación informativa personal: El olvido está lleno de memoria”. PP 401-437.

Colina, A. (2021), «Funar» por las redes sociales no es un derecho ni una denuncia, es un delito. Diario Constitucional.

Comisión Preventiva Central de la Libre Competencia. (2000), “Caso Avon Products Incorporated (denuncia) contra Comercial Lady Marlene S.A.” Dictamen, P.1.

Conde C. (2005). “La protección de datos personales: Un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad”. PP.13-114.

Contreras P.; Lovera D. (2021), “Redes sociales, *funas*, honor y libertad de expresión: análisis crítico de los estándares de la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena”. Revista *Derecho* no.87 Lima, PP.345-371.

Contreras P. (2020), “El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución chilena”. Estudios constitucionales vol.18 no.2 Santiago, PP 87-120.

Corral H. (2017), “El derecho al olvido en internet: antecedentes y bases para su configuración jurídica”. Revista jurídica Digital UANDES, PP. 1-20.

Coz J.R.; Fojón E.; Heradio R.; Cerrada J.A. (2012). “Evaluación de la Privacidad de una Red Social Virtual”. Revista Ibérica de Sistemas y Tecnologías de Información, P.60.

Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29. (2009). Dictamen 5/2009 sobre redes sociales en línea. Adoptado el 12 de junio de 2009, PP. 4-5.

Herrera P. (2016), “El derecho a la vida privada y las redes sociales en Chile”. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*. PP. 87-112.

Jaime Alonso. (2008). “El Sitio web como unidad básica de información y comunicación. Aproximación teórica: definición y elementos constitutivos”. Revista Científica de Información y Comunicación. P.231.

Jervis P. (2003), “Derechos del Titular de Datos y hábeas data en la Ley 19.628”. Revista Chilena de Derecho Informático N°2, PP. 19-33.

Jódar J.(2010). “La era digital: nuevos medios, nuevos usuarios y nuevos profesionales”. PP. 1-12

Lozares C. (1996). “La teoría de redes sociales”. Universidad Autónoma de Barcelona. Departamento de Sociología. Papers 48, P. 108.

Martínez R. (2007), “El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas.” Revista de Internet, Derecho y Política, 5, PP. 47-61.

Morales U. (2018), “El Ciudadano Digital: Fake news y posverdad en la era digital”. PP 9-195.

Noain A. (2016), “La protección de la intimidad y vida privada en internet: la integridad contextual y los flujos de información en las redes sociales (2004-2014)” Madrid: Agencia Española de Protección de Datos, PP. 1-535.

Noain A. (2015), “La privacidad como integridad contextual y su aplicación a las redes sociales”. ZER: Revista De Estudios De Comunicación = Komunikazio Ikasketen Aldizkaria, 20(39), PP. 163-175.

Nogueira H. (2005) “Autodeterminación informativa y hábeas data en Chile e información comparativa”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. PP. 449- 471.

Rallo A.; Martínez R. (2011), “Protección de datos personales y redes sociales: obligaciones para los medios de comunicación”. Quaderns del CAC, 14 (2), PP. 41-52.

Rivas C. (2022), “Ministro Jackson se disculpa por comentarios sobre superioridad valórica respecto de gobiernos anteriores”. [en línea] Diario Financiero <<https://www.df.cl/economia-y-politica/politica/ministro-jackson-se-disculpa-por-comentarios-sobre-superioridad-valorica>> [consulta 05 de junio 2023].

Reyes P. (2016) “Regulación de la protección de datos personales en Chile a la luz de los estándares internacionales. Deficiencias y Desafíos”. PP. 188-200.

Rubio. D. (2019), “Intimidad y autonomía en la formación del consentimiento y la declaración de voluntad dentro del derecho privado tecnológico”, Tesis de grado, Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho. PP.19-21.

Salvador A.; Gutiérrez M. (2010) “Redes sociales y medios de comunicación: desafíos legales”. PP.667-674.

Schmeisser C. (2019), “*La funa; Aspectos Históricos, Jurídicos y Sociales*”, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, PP. 6-62.

Thompson J.B. (1998), "Los media y la modernidad: Una teoría de los medios de comunicación".
Barcelona. Paidós, P.166.