



UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER CON MENCIÓN EN DERECHO PRIVADO



TESIS DE MAGÍSTER DE LA CARRERA DE DERECHO

**“EL DERECHO AL OLVIDO EN INTERNET: UN DESAFÍO PENDIENTE PARA
NUESTRO PAÍS”**

Magíster en Derecho —Escuela de Derecho— Universidad de Valparaíso

Profesor guía: Rodolfo Herrera Bravo

Candidato: Omar Wittwer Salinas

Entregado: Marzo de 2022

Índice

ABREVIATURAS	4
RESUMEN	5
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I: MARCO CONCEPTUAL, ORIGEN Y FUNDAMENTOS NORMATIVOS DEL DERECHO AL OLVIDO EN INTERNET	9
1.- Consideraciones preliminares.....	9
2.- Internet, reflexiones sobre su naturaleza y paradigmas: ¿es tierra de nadie?.....	16
3.- Concepto, naturaleza jurídica y fundamento del derecho al olvido digital.....	24
3.1.- Definiciones.....	24
3.2.- Naturaleza jurídica: ¿qué es el derecho al olvido?.....	30
3.3.- Fundamento del derecho al olvido digital: desde la privacidad hacia la protección de datos personales.....	36
3.3.1.- El derecho al olvido digital desde la protección a la vida privada.....	37
3.3.2.- El derecho al olvido digital desde el derecho a la autodeterminación informativa.....	40
4.- El necesario conflicto entre derechos fundamentales.....	45
CAPÍTULO II: REQUISITOS PARA LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA Y REMEDIOS DEL DERECHO AL OLVIDO EN INTERNET	49
1.- Los sujetos dentro de la relación jurídica.....	50
1.1.- Legitimado activo.....	50
1.2.- Legitimado pasivo.....	61
1.2.1.- Titular del sitio <i>web</i> o URL.....	62
1.2.2.- Motores de búsqueda.....	67
1.2.3.- Hemerotecas digitales.....	79
1.2.4.- Breve análisis sobre el caso de las redes sociales.....	84
2.- El factor cronológico.....	85
2.1.- El tiempo como factor de cambio de paradigma.....	87
2.2.- Necesidad que la información no tenga un interés público actual.....	91
2.3.- El principio de finalidad como base sustantiva del derecho al olvido digital.....	95

2.4.- El establecimiento de un plazo determinado: ¿un imperativo o un riesgo innecesario?.....	98
3.- Remedios del derecho al olvido en Internet.....	102
3.1.- Aplicación gradual caso a caso: el equilibrio es la clave de la solución.....	103
3.2.- Hipótesis inmunes al olvido: el “derecho a la memoria” como contrapartida.....	107
CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL EN TORNO AL DERECHO AL OLVIDO DIGITAL.....	112
1.- Derecho al olvido y legislación nacional.....	112
1.1.- Constitución Política de la República.....	113
1.2.- LPVP.....	118
1.2.1.- Normas relacionadas con la estructura del derecho al olvido.....	119
1.2.2.- La interpretación amplia de los derechos ARCO hacia Internet.....	124
1.2.3.- Razones de inaplicabilidad de la LPVP: el derecho al olvido no subyace en su contenido prescriptivo.....	127
1.2.3.1.- Campo o ámbito de aplicación.....	127
1.2.3.2.- El limitado alcance de los derechos ARCO como soluciones efectivas.....	129
1.2.3.3.- Deficiencias de la LPVP.....	131
1.3.- Ley N° 19.733 Sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo.....	135
2.- Perspectivas y desafíos para el futuro.....	140
CONCLUSIONES.....	144
BIBLIOGRAFÍA.....	147

Abreviaturas

AEPD: Agencia Española de Protección de Datos.

ARCO: Derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición.

CNIL: *Commission nationale de l'informatique et des libertés.*

EEUU: Estados Unidos de Norteamérica.

LPVP: Ley N° 19.628 de 1999 Sobre Protección de la Vida Privada.

RGPD: Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea o Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

RESUMEN: La irrupción del fenómeno Internet ha traído consigo cuantiosos beneficios, como son la democratización del acceso a la información y la posibilidad de manifestarnos globalmente de forma sencilla y expedita. Empero, también se ha transformado en campo fértil para graves problemáticas respecto a la exposición ilimitada de datos personales. En aquel contexto, el derecho al olvido ofrece soluciones eficientes, existiendo varios fallos sobre la materia en nuestra judicatura. Sin embargo, no puede advertirse una consolidación de este derecho a raíz de lo disímil de los fundamentos que se esgrimen. El presente trabajo realiza una aproximación a esta institución desde la autodeterminación informativa, postulando que se trata de un derecho subjetivo distinto a los demás derechos sobre protección de datos, como el de cancelación, franqueando argumentos en torno a la necesidad del reconocimiento positivo del derecho al olvido digital para garantizar el control de datos personales en Internet.

Palabras clave: derecho al olvido, Internet, datos personales, autodeterminación informativa, derechos fundamentales.

Introducción

La *International Network of Computers*, más conocida como Internet, ha transformado radicalmente la forma en como nos comunicamos. La posibilidad de acceder a cantidades ingentes de información de manera extremadamente sencilla y sin límites aparentes ha generado un contexto propicio para el desarrollo y expansión del conocimiento. Las nuevas tecnologías de la información volcadas hacia Internet han consolidado este *status quo*, en donde el paradigma del mundo digital es la libertad de acceso y difusión de datos, siendo la información un bien que no reconoce dueño y circula campante sin mayores restricciones. Es correcto entonces hablar de un verdadero fenómeno, que ha marcado radicalmente las últimas décadas y que puede estudiarse no sólo desde la perspectiva de la tecnología; no estando el derecho exento de su necesaria intervención.

En tal contexto, no es de extrañar que existan graves problemas asociados a la libertad en el acceso y transmisión de la información, que tiene una importante manifestación en lo que respecta a la diseminación de datos de carácter personal dentro de Internet. La información referente a una persona permite la creación de un “perfil” de la misma, fácil de encontrar y que puede avanzar dentro del ciberespacio como una onda expansiva, teniendo presente que las redes sociales posibilitan que cualquier persona, y no sólo los medios de comunicación tradicional, puedan intervenir en el traspaso de información que eventualmente resulta comprometedor. Este fenómeno es maximizado por la actividad de los motores de búsqueda, que funcionan como una verdadera puerta hacia la *web*, reflejando en sus resultados contenido subido al ciberespacio por terceros en redes sociales, páginas o plataformas, pero que es relativamente sencillo de hallar por la eficiente labor que ejercen estos buscadores.

Esta situación expone el gran óbice que tiene la Red para el desarrollo de la sociedad: la facilidad de la transmisión masiva de datos personales y su eventual perennidad dentro de ella. Aquella vicisitud ha generado todo tipo de debates, desde aspectos técnicos hasta morales, en cuanto a los costos que debemos soportar en aras de la libertad y neutralidad de esta herramienta. Existe entonces, una sociedad que nunca olvida, que graba la información para nunca desprenderse de ella, donde “Internet y la web 2.0 son el paradigma de un nuevo proceso de comunicación pública, en el que la divulgación de la información se produce horizontalmente, sin jerarquía, a nivel global y con cierto anonimato. En un amplio abanico de

cambios sociales incentivados por la innovación tecnológica, destaca la conversión de la frágil memoria humana en la poderosa memoria digital” (Simón 2012).

La proliferación de la información *online* encuentra su sustento normativo en todos aquellos derechos que plasman la libertad de emitir opinión y de informar, lo que de antemano nos coloca en una posición compleja de encontrar figuras jurídicas basadas en fundamentos contundentes para optar a morigerar o afectar tales libertades. Es aquí donde el derecho al olvido se erige como un instrumento útil para permear la memoria infalible que posee Internet, en la medida que reconozcamos que no pueden existir derechos absolutos. A través del derecho al olvido las personas pueden hacer efectivo el control de sus datos personales en el ciberespacio, impidiendo la difusión u obstaculizando el acceso a datos, noticias o cualquier información, cuando estos últimos han devenido en obsoletos, excesivos, inútiles o descontextualizados por el transcurso del tiempo.

En ese orden de cosas, información o noticias anacrónicas se enquistan dentro del mundo virtual, transformándose en un dilema de corte mayor para las personas involucradas en ellas, que experimentan una exposición desmesurada de sus datos personales. El quid del análisis al cual nos afrontamos estriba en encontrar límites o restricciones a esa difusión que puedan considerarse proporcionales y equilibradas.

En Chile nos encontramos en una situación especialmente complicada por no existir un reconocimiento legal expreso del derecho al olvido digital, además, la legislación referida a la protección de datos personales es susceptible de variadas críticas, habida consideración de las deficiencias de las cuales adolece la LPVP, que en la práctica regula el tratamiento de los datos de carácter personal. También debemos considerar que el reconocimiento a nivel jurisprudencial ha sido de forma errática y con fundamentos heterogéneos, que imposibilitan darle a este instituto un contenido normativo definido¹.

El desafío consiste entonces, en franquear líneas argumentativas en torno a la necesidad de reconocer expresamente en nuestro país el derecho al olvido en Internet, con el objetivo de dotar a este

¹ Para comprender todos los alcances y matices de nuestro objeto de estudio, es necesario abordar las decisiones que nuestra judicatura ha tomado en la especie, para lo cual, dentro de los fallos que citaremos en este trabajo se hará una sucinta pero detallada explicación del asunto en concreto, toda vez que, a mi juicio, resulta fundamental para el lector entender los casos o hipótesis de procedencia del derecho al olvido, indistintamente de la solución propiamente tal que dictaminen los tribunales de justicia. Con todo, los fallos citados que no tengan una narración de sus hechos no dicen relación con aquella hipótesis fáctica basal del derecho al olvido y, por consiguiente, se omitirán.

derecho de un contenido concreto y delimitar su campo de aplicación, pero, sobre todo, establecer claramente cuál será su fundamento jurídico, en el entendido de que para aceptar que estamos ante un derecho con entidad propia, previamente es necesario descartar que sea solamente una extensión de otros derechos ya existentes, como el de oposición, rectificación y cancelación de datos personales ya establecidos en la LPVP.

Al efecto, propondremos bases para entender al derecho al olvido digital como uno derivado del derecho de autodeterminación informativa, pero diferente a los que nuestra legislación ya reconoce. La configuración y aplicación del derecho al olvido en Internet tiene directa relación con el fundamento que le reconozcamos y, por consiguiente, es importante la distinción prístina entre el derecho a la privacidad por un lado y, por otro, el derecho de autodeterminación informativa.

Esta temática adquiere ribetes de alta complejidad, habida consideración que, en la mayoría de los casos, los datos personales se encontrarán insertos dentro de noticias o información sobre hechos o acontecimientos que ameritan el interés público, lo que ha de suscitar un eventual conflicto entre derechos fundamentales.

Por un lado, las libertades de expresión e información, esenciales para la conservación y desarrollo de un Estado democrático. Por otro, la privacidad e intimidad de las personas, que tienen la legítima expectativa de vivir en un entorno donde exista un respeto a todo aquello que quieren reservar del escrutinio público, base sustantiva para el reconocimiento de la dignidad del ser humano. Pero este último derecho o punto de conflicto, según postularemos, no debe entenderse desde su concepción clásica, dado que parece más acertado visualizarlo bajo la óptica de la protección de datos personales, específicamente, en lo referido al derecho de autodeterminación informativa o libertad informática, un derecho que se ajusta plenamente a los desafíos que plantea Internet y las nuevas tecnologías, ya que es un verdadero derecho de decisión del titular de los datos personales respecto al destino de los mismos, con el objetivo de garantizar el control de estos dentro del mundo digital.

I. Marco conceptual, origen y fundamentos normativos del derecho al olvido en Internet

1.- Consideraciones preliminares

El derecho al olvido digital, al no contar con un reconocimiento legal expreso, ha sido solucionado por los tribunales superiores de justicia recurriendo a diversos criterios, lo que ha traído un clima de incertidumbre en la materia. La mayoría de estos litigios se han incoado mediante la acción de protección, con lo cual también se deja de manifiesto la precariedad del sistema al no contar con un procedimiento específico ventilado dentro de un órgano especializado e independiente. En efecto, “desde el año 2015 hasta la actualidad, hay numerosas sentencias de la Corte Suprema y de diferentes Cortes de Apelaciones que hablan del tema del derecho al olvido. El problema que existe es que, al no haber una legislación actualizada al respecto, en algunos casos los fallos son contradictorios, y no queda claro la responsabilidad de los motores de búsqueda” (Moreno 2020: p. 130). De ahí surge la necesidad de unificar criterios para determinar el contenido y el alcance del tópicico investigado, pero con la especial consideración de las características y limitaciones inmanentes de nuestro ordenamiento jurídico.

Lo primero que debemos dejar establecido es que el derecho al olvido no es una figura nueva o de reciente creación. Sus orígenes se remontan dentro de la primera mitad del siglo pasado², en el célebre caso *Melvin v. Reid* (1931), donde una mujer que en su pasado había ejercido la prostitución y fue acusada de homicidio, pero que fue absuelta y posteriormente llevó una vida de bajo perfil y tranquilidad, demandó al productor de un largometraje llamado *The Red Kimono* (1925), cuya trama revelaba su historia — incluso su verdadero nombre—, la que hasta ese entonces era desconocida para sus seres queridos (Corral, 2000: p. 337).

² Reusser, adoptando una postura crítica a la discusión de la existencia de un derecho al olvido propiamente tal señala: “Y se empieza discutir si se trata de un derecho nuevo, como si el olvido lo hubiéramos inventado en el siglo XXI, cuando en realidad es el padre de las más antiguas tradiciones jurídicas, que incluyendo la prescripción, la caducidad, la amnistía y otras figuras relativamente más recientes, como la eliminación de antecedentes penales y el derecho de cancelación de datos en materia de protección de datos personales” (2018: p. 82). El autor no razona en torno a la hipótesis basal del derecho al olvido: noticias relativas a hechos pasados que, por el transcurso del tiempo, pierden la calidad de “noticiables”, no existiendo una finalidad de interés público actual en la información. Bajo esta idea se ha ido construyendo, a lo largo de los años, un “derecho al olvido”, siendo posible detectar una evolución con hitos específicos en la materia dependiendo del medio en donde se encuentren tales registros. En este trabajo nos proponemos demostrar la existencia de un desarrollo y evolución histórica del derecho al olvido, para arribar a la era actual: Internet.

El juicio tuvo un resultado favorable para la demandante, ya que la Corte de California reconoció la vulneración que había sufrido la víctima bajo la siguiente consideración:

El derecho a perseguir y obtener la felicidad está garantizado para todos por la ley fundamental de nuestro Estado. Este derecho, por su propia naturaleza, incluye el derecho a vivir libre del ataque injustificado de otros a su libertad, propiedad y reputación. Toda persona que lleve una vida recta tiene derecho a la felicidad, que incluye la libertad de ataques innecesarios a su ser, posición social o reputación.

El uso del verdadero nombre de la recurrente en relación con los incidentes de su vida anterior en la trama y los anuncios fue innecesario y poco delicado, y un desprecio voluntario y lascivo de la caridad que debería impulsarnos en nuestras relaciones sociales y que debería impedirnos mantener innecesariamente a otra persona en desdén y desprecio de los miembros rectos de la sociedad³.

Sin perjuicio de que ese caso fue resuelto en base al incipiente desarrollo del derecho a la privacidad que existía en ese entonces, resulta interesante que se haya reconocido por parte de la Corte un derecho a la felicidad centrado en el trascurso del tiempo y la posibilidad de comenzar de nuevo, como una nueva oportunidad de escoger que deseamos para nuestra vida. En palabras de Moreno: “este se convirtió en uno de los casos más emblemáticos en esta materia, ya que se puede considerar que es un reconocimiento jurisprudencial del derecho al olvido, del derecho a tener una segunda oportunidad, donde se pueden olvidar los hechos del pasado cuando ya no tienen relevancia para la conformación de la opinión pública del presente, y guardando el delicado equilibrio que es necesario mantener entre los derechos de la personalidad y el derecho a la información” (2020: p. 126).

De lo anterior estriba el hecho de que este caso se considere como uno de los principales antecedentes del derecho al olvido (Orza y Ruiz, 2011: p. 374; Corral, 2016: p. 4), sin perjuicio de la evolución histórica que suministraremos en las páginas sucesivas de este trabajo.

Según Corral⁴, este derecho tiene su génesis cuando en 1960 William Prosser, analizando los casos de violación de la privacidad que había producido el artículo de 1890 publicado por Warren y Brandeis en *Harvard Law Review*, se refiere a la disyuntiva de volver a publicar hechos pretéritos dentro del

³ Melvin v. Reid, 112 Cal. App. 285, 297 Pac. 91 (1931). La traducción es nuestra. Sentencia disponible en: <https://casetext.com/case/melvin-v-reid>. Fecha última consulta: 7 de marzo del 2022.

⁴ Seguiremos la doctrina del autor, que realiza un análisis pormenorizado del origen y evolución de este derecho, identificando tres periodos: el derecho al olvido en los medios; en los sistemas de procesamiento de datos; y finalmente en Internet.

contexto de las limitaciones de la prensa de informar hechos privados de figuras públicas. Ese autor se plantea lo que denomina “una pregunta complicada” en cuanto a resolver lo que sucede con aquellas figuras públicas cuando, producto del transcurso del tiempo, se vuelven anónimas. No obstante que puede identificarse a Prosser como el primer autor en referirse a la hipótesis de procedencia del derecho al olvido, de todas formas, concluye que un personaje público jamás podrá escapar del escrutinio de la sociedad (2017: p. 3).

Dentro de Europa, podemos señalar a Francia como epicentro del desarrollo de este derecho, el cual fue desarrollado por la jurisprudencia mediante la protección de la privacidad por sobre el interés de la sociedad de conocer ciertos aspectos de la vida del afectado, cuando el transcurso del tiempo hacía prudente darles amparo a las personas en su pretensión de pasar desapercibidas o de salir del examen público. Dentro de los casos más célebres podemos mencionar “al reclamo presentado por una ex amante del asesino en serie Henri Landru relativa a su mención en una película, se aceptó la alegación de que ello correspondía a un periodo muy antiguo y dramático de su vida privada y que quería dejar atrás. El mismo criterio se utilizó frente a la publicación de la autobiografía de un famoso delincuente (Mesrine), frente al reclamo de una ex pareja que alegaba que el texto perjudicaba la reinserción social que había logrado. El retirado cantante Jean Ferrat, recibió protección judicial luego de protestar por la revelación, por medio de la prensa, de su nombre y domicilio” (Leturia 2016: p. 93). Los casos anteriores darían cuenta de la primera etapa del desarrollo del derecho al olvido, con la característica de que “son tan solo algunos de los ejemplos de la importante y sólida jurisprudencia que se sentó en Francia relativa al olvido en el caso de informaciones protagonizadas por personas privadas que se han convertido en irrelevantes debido al paso del tiempo, por lo que sus protagonistas tienen derecho a volver a comenzar” (Moreno 2020: pp. 127 - 128).

La segunda etapa del desarrollo de este derecho estaría marcada por los sistemas de procesamientos de datos, que son anteriores a las legislaciones de protección de datos dentro de bancos de datos, particularmente referidas al área del registro de condenas penales y antecedentes comerciales. En nuestro país, destacan el D.L. 409, de 12 de agosto de 1932, mediante el cual se podían borrar antecedentes penales y el Decreto Supremo N.º 950, Ministerio de Hacienda, de 28 de marzo de 1928 que marca la aparición del boletín comercial, en cuyo texto original se contemplaba la posibilidad de la pérdida de vigencia de los datos consignados. Una vez que las tecnologías permitían el procesamiento automatizado de datos y

la recolección y almacenamiento de ellos de forma masiva, surge la preocupación por la regulación de los bancos de datos, como un verdadero “fenómeno normativo”⁵. Destaca en esta época la Directiva 95/46/EC del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Como uno de los últimos hitos respecto a esta segunda etapa es menester mencionar a la ley N° 19.628 de 1999, sobre protección de la vida privada (Corral 2017: pp. 4 - 6).

Asentado lo anterior, el derecho al olvido consiste en una institución de largo recorrido y evolución, cuyos orígenes se asocian a la creación y establecimiento del derecho a la privacidad, y que reporta una sorprendente utilidad y eficacia para solucionar un problema moderno bajo la lógica de que las personas pueden impedir la difusión ilimitada de todos los antecedentes, noticias e información en general que diga relación con sus datos personales y que están subidos a Internet, y de esta forma tener el poder de generar la imagen que deseen en el entorno digital. El derecho al olvido es la pretensión de independencia de las personas respecto a su pasado, bajo la idea fundamental de que repugna a la razón definir a un ser humano únicamente por hechos pretéritos. Este derecho, ejercido dentro del ámbito digital, corresponde a una manifestación de una facultad de decisión del titular de los datos personales, en cuanto permite elegir la suerte que tendrá la información referente a aquel titular. Esta facultad le permitirá rehacer su vida dentro de un ambiente que no lo juzgue por circunstancias acaecidas con anterioridad, entendiendo que poseer el control de los datos personales nos permite tener el control de nuestra propia vida, escapando de ese aforismo que reza “tu pasado te condena”.

La tercera etapa de evolución de nuestro objeto de estudio se materializó luego de dos hitos que lo catapultaron a ser un tema bastante debatido dentro de la ciencia jurídica y judicatura en el mundo, donde Chile no fue una excepción. En primer lugar, la sentencia del 13 de mayo de 2014 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el caso *Google Spain S.L. y Google inc. contra Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González*, C 131/12⁶, la que puede catalogarse de sorpresiva, puesto

⁵ La expresión es de Cerda (2003: p. 57).

⁶ Sentencia disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>. Fecha última consulta: 7 de marzo del 2022.

El proceso comienza por el ejercicio por el actor del derecho de oposición al tratamiento de sus datos personales contra el periódico La Vanguardia Ediciones y Google Spain, debido a que mediante una búsqueda exhibía como resultado una noticia relacionada con un embargo por deudas a la Seguridad Social que, al momento de accionar, ya no eran exigibles. Así, en palabras del propio afectado: “según Google sigo siendo deudor y casado”. Los demandados desestimaron la solicitud, ante lo cual el afectado interpuso una reclamación ante la AEPD para obligarlos a eliminar los datos desactualizados. La Agencia concedió este derecho de oposición únicamente contra Google Spain, desestimando la petición respecto a La Vanguardia Ediciones ya que la publicación se justificaba, en cuanto generar una mayor publicidad a la subasta al objeto de conseguir una

que estableció que Google, el motor de búsqueda más importante, tenía la calidad de banco de datos y consecuentemente estaba sujeto a la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, sobre tratamiento de datos personales, dando lugar a la solicitud del demandante en cuanto a ocultar los resultados de una búsqueda asociada a su nombre (Corral, 2016: p. 2).

La sentencia también reconoce la necesaria labor de ponderación dentro del contexto donde tiene lugar el derecho al olvido digital, puesto que es fundamental considerar que “podría darse el caso de que el interesado pudiera en determinadas circunstancias ejercer los derechos de cancelación y oposición respecto del gestor de un motor de búsqueda, pero no contra el editor de la página web donde aparece originalmente publicada la información, y donde seguirá apareciendo. Todo ello, en respeto de la libertad de expresión y la libertad de prensa” (Muñoz 2015: p. 150). Esto relacionado con los límites al derecho al olvido digital, por cuanto no puede afectarse la función y ejercicio del periodismo, relacionado además con la información de interés público, que justificaría la intromisión en los derechos fundamentales del titular del dato personal.

Otro punto interesante que resalta la sentencia es que, en la configuración jurídica del derecho al olvido, los legitimados activos “no deben alegar perjuicio económico ninguno, sino simplemente la existencia de una información que no respeta su derecho fundamental a la protección de datos personales” (Platero 2016: p. 255).

El segundo antecedente que marca un punto de inflexión sobre la discusión del derecho al olvido en Internet —y que es consecuencia del primero que hemos señalado— dice relación con el RGPD, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos, que entró en aplicación el 25 de mayo de 2018, y que en su artículo 17 consagra expresamente este derecho, estableciendo una sinonimia entre este con el de supresión de datos.

mayor concurrencia de licitadores a la misma. Google Spain, no satisfecho con la resolución, solicitó su nulidad. En el análisis del caso en cuestión, la Audiencia Nacional considera que se debe elevar una cuestión prejudicial para resolverlo, ya que existen varias dudas en la aplicación de los preceptos de la Directiva 95/46. En la sentencia del TJUE (Tribunal de Luxemburgo) resolvió las siguientes consideraciones fundamentales: (i) que la actividad de los motores de búsqueda debe ser incluida dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva en cuestión; (ii) que la directiva antes aludida era aplicable a ese motor de búsqueda, no obstante que su sede principal se encuentra en EEUU; (iii) y en tercer lugar, el Tribunal considera que los derechos de oposición y cancelación deben interpretarse de forma que se permite solicitar la eliminación de datos personales contenidos en la Red, aunque la información sea originalmente veraz, cuando los datos personales son inadecuados, no pertinentes o son excesivos en relación con estos fines y el tiempo transcurrido (Platero 2016: pp. 249 - 255).

Nuestro objeto de análisis concita una amplia gama de discusiones. Incluso la denominación ha sido objeto de críticas y reparos señalando que, en rigor, no puede existir un “derecho al olvido”, toda vez que no puede exigirse a las personas recordar o relatar hechos que desean olvidar. Parece más acertado referirlo como un “derecho a favorecer al olvido”, en la medida que busca evitar el acceso ilimitado a información del pasado (Corral 2017: p. 14). Mieres hace la siguiente reflexión respecto a la denominación, que es compartida por este trabajo: “Sin embargo, aunque el olvido digital no sea totalmente practicable, mantener la denominación de derecho al olvido tiene la ventaja de que, por la carga emotiva que conlleva la palabra, es capaz de atraer la atención de la opinión pública sobre los intereses subyacentes merecedores de protección. Además, esta terminología es la que se emplea en otros países (*right to be forgotten, droit a l’oubli, diritto a l’oblio, Recht auf Vergessenwerden*)” (2014: p. 9).

Pero resulta más importante la controversia relativa al cuestionamiento de su existencia⁷. La principal crítica al derecho al olvido estriba en que puede transformarse en una herramienta para reescribir la historia, alterando la objetividad de los hechos para acomodarlos a la sensibilidad de las personas, además de servir como medio de censura a la libertad de expresión e información⁸. No obstante dichas críticas, el derecho al olvido no supone arrasar con tales libertades, más bien procura establecer límites que permitan construir un debido balance entre los intereses en conflicto, bajo la premisa de que ningún derecho es absoluto (Mieres 2014: p. 25 - 27). También es notoria la diferencia de criterios con relación a la tradición jurídica de los continentes o países que afrontan este desafío. Mientras que naciones anglosajonas, cuyos sistemas corresponden al *common law*, le dan prevalencia a la libertad de expresión resistiendo al derecho al olvido, Europa continental (especialmente en los sistemas de origen romanista) se inclina a la férrea protección de los datos personales y, por tanto, no es de extrañar que el derecho al olvido en Internet haya tenido su origen en la labor de las agencias de protección de datos de los Estados de la Unión, particularmente la española (Moreno 2019: pp. 264 - 273).

⁷ Según Azurmendi: “las críticas más repetidas contra el derecho al olvido es que, de aplicarse, se estaría facilitando un tipo de censura sutil, en la medida en que, si se permite a todas las personas eliminar sus datos personales según su deseo, dejarían de estar accesibles datos relevantes y, en consecuencia, podría darse lugar a una falsificación de la realidad” (2015: p. 298).

⁸ Reusser previene que “la libertad de expresión abarca tanto el derecho a informar como el derecho de emitir opinión, y que este último tiene características diferentes al primero pues, respecto de opiniones, no puede probarse su veracidad u objetividad, no tiene un necesario contraste con los hechos y, desde luego, las opiniones son difíciles de analizar bajo parámetros objetivos”. (2018: p. 27). No obstante ser conceptos diferentes, ya que la libertad de expresión se relaciona a los juicios de valor, mientras la libertad de información tiene que ver con la veracidad de los hechos, para efectos de este trabajo los trataremos de forma equivalente, al no existir razones suficientes para hacer lo contrario.

Dentro de las críticas al derecho al olvido digital, se han esgrimido razones de carácter técnico para dotar a la información de una caducidad programada, producto de la cual pueda ser destruida o bloqueada luego del transcurso del tiempo, de manera tal que la solución se encontraría en la tecnología y no en el derecho, creando un derecho al olvido en la web “por defecto” o “automático”. Esta solución tendría la ventaja de proteger a los titulares de datos personales que ignoren la existencia de su información dentro de la Red (De Terwangne 2012: pp. 60 - 61). Aun así, esta lógica supone inclinar la balanza de forma desmesurada a favor del derecho al olvido, el cual no tendría límites más allá del solo factor cronológico, atentando gravemente a las libertades de expresión y de información. Visto desde este último grupo de intereses, la solución técnica de “privacidad por diseño” supone hablar de una libertad de información y expresión destinada a ceder ante la autodeterminación informativa, conclusión que no se apega al objetivo del derecho al olvido, por cuanto busca equilibrar los intereses en conflicto dando una solución al caso concreto, remedio que será obtenido luego de la necesaria ponderación de los derechos colisionados.

El derecho al olvido digital sólo procederá cuando se verifiquen todos sus requisitos, siendo el tiempo uno más de ellos. En definitiva, establecer una “temporalidad de los datos” mediante un plazo que, luego de vencido, de cabida *ipso facto* al derecho al olvido en Internet —sin requisitos adicionales— importa antagonizar los principios que gobiernan a esta última, neutralizando informaciones importantes, junto con instaurar un desequilibrio peligroso en contra de las libertades de expresión y de información (Azurmendi 2015: pp. 295 - 299).

Finalmente, es necesario señalar que el derecho al olvido digital que estudiaremos en este trabajo parte de una hipótesis básica: noticias o informaciones publicadas por terceros dentro del ciberespacio que contienen datos personales, ya sea en páginas *webs*, hemerotecas o cualquier otra plataforma digital, incluidos los motores de búsqueda, que en principio son legítimas por ser manifestaciones de la libertad de expresión y de información, pero que con el transcurso del tiempo tal legitimidad deviene en una ilicitud, toda vez que los datos personales contenidos en la noticia han dejado de cumplir su finalidad y, por ende, no resulta adecuado mantener dicha publicación o información, en razón de que su publicidad o exposición perpetua erosiona gravemente el derecho de autodeterminación informativa. Este escenario corresponde a lo que llamamos derecho al olvido propiamente tal, y lo diferenciaremos de aquella situación en donde el titular del dato personal por sí mismo —o consintiendo que un tercero lo haga—

sube información propia a la red y posteriormente desea eliminarla, que generalmente ocurre en las redes sociales.

Como puede apreciarse, son hipótesis bastante disímiles que, si bien se refieren a la protección de datos personales en Internet, la primera de ellas (derecho al olvido propiamente tal) se relaciona profundamente con (i) el principio de finalidad de los datos personales, (ii) el transcurso del tiempo como requisito *sine qua non* para la configuración jurídica del derecho a olvidar y (iii) con el conflicto de derechos o garantías constitucionales, solucionables con una interpretación ponderativa de aquellos, aplicando el principio de proporcionalidad. En cambio, en la segunda situación no podemos advertir la existencia de estos requisitos o consideraciones, más bien, se tratan de casos relacionados con la revocación del consentimiento⁹ y responden a la retractación de la publicación de los datos (podríamos hablar entonces de un derecho al olvido “impropio”)¹⁰.

Planteadas las consideraciones básicas para adentrarnos al estudio pormenorizado de esta institución, a continuación, nos referiremos a su contexto o ámbito de aplicación, con el fin de dilucidar si realmente esta figura puede tener cabida en Internet.

2.- Internet, reflexiones sobre su naturaleza y paradigmas: ¿es tierra de nadie?

La Red presenta una serie de consideraciones relevantes en cuanto a sus especiales características, toda vez que es comúnmente considerada como un espacio donde prima el libre acceso a la información en tiempo real y la democratización de sus contenidos, ya sea para consumirlos o generarlos. Es así como en diversas plataformas o redes sociales se ha vuelto usual la proliferación de fuentes de información o noticias, produciéndose una descentralización o pérdida de la hegemonía que tienen —o tenían— los

⁹ El principio de consentimiento en el tratamiento de datos personales vertido en Internet tiene, a nuestro juicio, graves problemas de aplicación. En efecto, el paradigma de la Red corresponde a la libertad en el traspaso y acceso de la información, situación que *a priori* resulta beneficiosa, pero cuyo ejercicio ilimitado trae graves problemáticas, de ahí estriba el surgimiento y necesidad del derecho al olvido digital. Con todo, pretender el consentimiento del titular del dato personal en todas las publicaciones que se suben a la Red (ya sea en páginas web, hemerotecas digitales o motores de búsqueda) involucra un detrimento a las libertades de información y expresión, cambiando el paradigma de Internet hacia uno mucho más restrictivo, en el cual incluso podemos hablar de censura previa. Compartimos el criterio de la AEPD en la materia, organismo que ha sostenido lo siguiente: “requerir el consentimiento individualizado de los ciudadanos para incluir sus datos personales en Internet o exigir mecanismos técnicos que impidieran o filtraran la incorporación inconstitucional de datos personales podría suponer una insostenible barrera al libre ejercicio de las libertades de expresión e información a modo de censura previa (lo que resulta constitucionalmente proscrito)”. Resolución R/00598/2007 en el Procedimiento N.º: TD/00266/2007. Disponible en http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,1424/. Fecha última consulta: 7 de marzo del 2022.

¹⁰ Simón también identifica estas dos hipótesis, sin embargo, para el autor el derecho al olvido procede en ambas sin distinción alguna (2011: pp. 395 - 396).

medios de comunicación tradicionales, algo a nuestro juicio positivo en la medida que contribuye a la generación de medios plurales que sean manifestación de las diversas corrientes filosóficas, culturales, económicas y políticas que tiene la sociedad.

Claro está, no todo es bueno. La inmensa dependencia que genera entre los usuarios¹¹ o la exposición a contenido inapropiado para menores de edad son, entre otros, los riesgos que encierra. Este trabajo pretende ocuparse de uno de ellos: el tratamiento de datos personales en la Red.

Bajo aquellas condiciones estimamos que, antes de abordar de lleno el análisis conceptual y dogmático del derecho al olvido, es prudente y útil examinar Internet, identificando con nitidez sus características para despejar dudas respecto a la necesidad de su regulación, incluso para ratificar de que es posible hacerlo.

En primer lugar, debemos conceptualizar que es el ciberespacio. El profesor Herrera sostiene que “La Real Academia Española define al ciberespacio como un ámbito artificial creado por medios informáticos, reconociendo así un concepto que el novelista WILLIAM GIBSON desarrolló en su obra *Neuromancer*, en el significativo año 1984, para referirse a una alucinación mediante la cual se podía sentir como real un espacio generado computacionalmente, sin contar con un correlato en el mundo físico. Además, se trata de una expresión que etimológicamente deriva de la cibernética, esto es, del estudio de las analogías entre los sistemas de control y comunicación de los seres vivos y los de las máquinas; en particular, de las aplicaciones de los mecanismos de regulación biológica a la tecnología” (2003: p. 16)¹².

Por su parte, Pérez Luño lo entiende como un “microcosmos digital en el que no existen fronteras, distancias ni autoridad centralizada” (2011: p. 292).

¹¹ Durante el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública a raíz de la pandemia por el COVID-19, la implementación de audiencias telemáticas ha colaborado sustancialmente en la tramitación de los procesos judiciales. Sin embargo, los tribunales de justicia exigen a los operadores jurídicos contar con una “conexión segura y estable” a Internet, requisito que en su ausencia ha fundamentado los escritos de suspensión de vistas de las causas incoadas en los tribunales superiores de justicia, ejerciendo el derecho establecido en el artículo 9 de la Ley N.º 21.226, “alegando cualquier impedimento generado por la calamidad pública o por la emergencia sanitaria, ocasionadas por la enfermedad COVID-19”. Esto demuestra que Internet es pieza fundamental para la superación de las dificultades que la humanidad enfrenta, pero no puede obviarse que la calidad del servicio también es un tópico importante a considerar.

¹² Complementando la idea del autor, él sostiene que existe una ambivalencia en el ciberespacio, donde la tarea compleja consiste en identificar aquellas circunstancias que requieren de intervención del derecho sobre otras que pueden obtener una solución brindada desde la tecnología, cuya dificultad radica en la calificación de la licitud de las acciones de control dentro de la Red (Herrera 2003: p. 16). Esta idea también es compartida por Pérez Luño (2011: p. 302).

La clave de su éxito y consolidación se encuentra en su arquitectura, por cuanto Internet fue diseñada para concretar dos principios: por una parte, la descentralización, por el cual tiene un orden horizontal, donde no existen entes que monopolizan el poder y control de la Red; y el principio de neutralidad, mediante el cual, tanto los usuarios como el contenido circulante no pueden ser objeto de discriminaciones, en donde Chile se destaca al ser el primer país en reconocer legalmente este principio en la Ley N° 20.453 (Viollier y Velasco 2021: p. 78).

Siguiendo esas ideas, estaríamos frente a un mundo distinto del “real”, con márgenes virtuales creados por procesos tecnológicos, pero que tienen una repercusión o producen efectos concretos fuera de ellos. Por ende, la generación de circunstancias riesgosas para las personas es prácticamente imposible de evitar. La utilización de los datos personales en este universo compromete la privacidad de las relaciones y comunicaciones que se trazan dentro de él. Nuestra información tiene el potencial de generar una identidad que puede exponerse de forma ilimitada, dejando huellas digitales y condicionando o comprometiendo la reputación (Boix 2016: pp. 57 - 61)¹³.

Enfrentados a este escenario, compartimos la aprehensión que hace el profesor Herrera respecto a la regulación jurídica del ciberespacio: en primer lugar, la eficacia de estas medidas, “las cuales pueden resultar menos útiles tras compararlas con otras alternativas” y, en segundo, la legitimidad de la respuesta adoptada, “en el sentido que propenda a restablecer los equilibrios entre intereses que coexisten detrás de la regulación” (Herrera 2003: p. 16).

La consideración “anárquica” de la Red por cuanto, supuestamente, favorecería la anomia al ser el Estado incapaz de asegurar la eficacia de su regulación jurídica es un desacierto. Nos alejamos de este pensamiento toda vez que Internet ha experimentado una evolución, pasando de tener una arquitectura comercial en sus orígenes, a una que compatibiliza el control de la identidad de los usuarios y del contenido a su disposición. La dificultad que pueda tener la aplicación del derecho en la Red no dice

¹³ El autor agrega lo siguiente: “Por último, en esta acelerada tipología, aparecen otro tipo de riesgos, que son los que nos interesan a nosotros, relacionados con las consecuencias puramente expresivas y en términos de pluralismo de este incremento de la capacidad de los sujetos de interrelacionarse de forma mucho más sencilla y masiva, pero, también, mucho más expuesta al escrutinio público y a la indelebilidad de los mensajes emitidos, que se almacenan y quedan (¿o no?) no solo en la memoria colectiva sino en la memoria digital de servidores y redes. Así, la aparición y consolidación de Internet como canal de comunicación al alcance de todos los ciudadanos y la generalización de las redes sociales, con una descomunal capacidad de penetración en todas las capas de la población facilitada por un uso extraordinariamente sencillo y al alcance de cualquier teléfono móvil, nos han aportado posibilidades hasta hace pocos años insospechadas: podemos recibir, siquiera sea potencialmente, información de casi cualquier punto del planeta emitida por millones de personas; de forma simétrica, somos también emisores con capacidad para que la expresión de nuestras ideas y opiniones, e incluso de meros exabruptos, llegue a toda la población a golpe de *click*” (2016: p. 60).

relación con un vacío o laguna normativa, producto de la cual no existan normas jurídicas para aplicar, por el contrario, es la existencia de una amplia gama de cuerpos normativos diversos y diseminados de forma inorgánica lo que hace compleja la tarea (Herrera 2003: pp. 19 - 20).

Y aún en el caso de que nos equivocáramos respecto a la visión “romántica” de total libertad en el ciberespacio, el *statu quo* del mismo nos hace concluir que los mayores favorecidos de un sistema sin regulación —o con una normativa deficiente o incompleta— son los intermediarios o sujetos más fuertes, como las empresas transnacionales o incluso el propio Estado, los que condicionarían el desenvolvimiento en Internet según el beneficio de sus propios intereses (Pérez Luño 2011: p. 302 - 305)¹⁴.

Hechas las consideraciones del caso, cabe hacer hincapié en que el problematismo de Internet que nos ocupa es uno específico y que ya hemos explicado: la exposición de datos personales contenidos en informes noticiosos o crónicas de aquella naturaleza que, producto del transcurso del tiempo, pierden legitimidad en su divulgación, al menguar el interés público en la información. Como puede apreciarse, esta vicisitud es bastante disímil a otras que se advierten en Internet, en las cuales la legitimación de la intervención del derecho en su regulación pueda resultar más evidente, como son todas las materias que por regla general se refieren a menores de edad.

Tampoco debe soslayarse una circunstancia que torna más difícil la respuesta a la pregunta de si es necesaria y legítima la regulación jurídica en la hipótesis del derecho al olvido, en cuanto a que la publicación en su origen era lícita al circunscribirse en el ejercicio de las libertades de opinión e información, lo que dentro del ciberespacio puede significar una reformulación o replanteamiento del ejercicio de estas libertades en función de las características que hemos expuesto, especialmente lo descrito a las apreciaciones ácratas del ciberespacio.

¹⁴ El profesor Herrera hace la siguiente afirmación, que compartimos totalmente: «Para los gobiernos de turno, la existencia de límites poco claros frente a la utilización que ellos pueden hacer con los datos de la ciudadanía, los nubla con el poder. Nuestros datos son el combustible para mover políticas públicas y planes de gobierno. Sin embargo, veo un enorme riesgo por el apetito que puede despertar en las autoridades el control que puede ejercer sobre la ciudadanía, a través de sus datos personales. Es muy fácil justificar excesos de competencias y medidas arbitrarias contra las libertades, en aras del "bien común y nuestra propia seguridad", lo que tarde o temprano pasa la cuenta a la democracia. No olvidemos que muchos gobiernos totalitarios o autoritarios mutaron desde sociedades democracias que acabaron durmiéndose.

Para la ciudadanía, los mercados ilegales de datos personales y los perfiles arbitrarios que generan las grandes empresas aumentan las brechas sociales, económicas y tecnológicas; las diferencias entre ricos y pobres, entre los pocos que trabajan y lucran con nuestros datos y la mayoría de quienes les regalamos nuestra información, queriéndolo o no» (2019).

En efecto, publicaciones abiertamente difamatorias (las que no necesariamente deben configurar la tipicidad penal de los delitos de injurias y calumnias) como son los discursos de odio, funas¹⁵ o la subida de material pornográfico de venganza¹⁶, por nombrar sólo algunos ejemplos, no tienen amparo en la libertad de expresión y, por consiguiente, adolecen de una ilicitud de origen, volviendo aquellas situaciones en vulneraciones flagrantes a otros derechos fundamentales, como el de la vida privada y honra. En palabras de Nogueira: “Fuera de dicho ámbito, como es el de los relatos de hechos o acontecimientos falsos o rumores, la falta de adecuada contrastación o actuación de mala fe en la transmisión de información o involucramiento de ámbitos de la vida privada de las personas en ámbitos que no dañan a terceros o que no afectan el orden público y no tienen trascendencia pública, no corresponden al ejercicio de un derecho, están al margen del ordenamiento jurídico y la sociedad puede formular el reproche social que considere adecuado” (2004).

Continuando con las particularidades que reviste la discusión del derecho al olvido, debemos destacar que una fase fundamental para la protección de datos personales en Internet es al momento de su recogida, por lo que el fortalecimiento de los sistemas de control en aquella oportunidad es de corte fundamental para su seguridad (Corripio 2001: p. 2918). Un problema grave del tratamiento de datos personales en la Red consiste en la facilidad con la que son recolectados, por la eficiencia y baja onerosidad de los medios informáticos, donde el titular quizás nunca tome conocimiento del tratamiento.

Sin embargo, en la hipótesis basal del derecho al olvido es precisamente esta etapa la que no tiene un claro resguardo, puesto que el ejercicio de las libertades de información u opinión harán ceder el

¹⁵ El principal fundamento para proscribir esta conducta radica en el rechazo de la autotutela, en contraste de la necesidad del debido proceso y la presunción de inocencia. La judicatura ha tomado esta postura, de forma acertada a nuestro parecer, y como ejemplos podemos citar las siguientes sentencias de segunda instancia de la Corte Suprema en sede de acción de protección: la recaída en la causa Rol N° 38.424-2021, que confirmó la de primer grado emitida por la Corte de Apelaciones de Rancagua en la causa Rol N° 3.492-2021; en la causa Rol N° 29.259-2019, que confirmó en fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago en causa Rol N° 63.746-2019; en la causa Rol 56.107-2021, que confirma la dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en sus autos Rol N° 96.162-2020; y en la causa Rol N° 56.302-2021, que confirmó la dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en los autos Rol N° 34.181-2021.

¹⁶ Lo característico de esta figura consiste en dos elementos: primero, la conducta efectuada por el agente en contra de la víctima, donde material de contenido sexual, generalmente videos o fotografías, es subido a una plataforma de Internet, usualmente foros de discusión o *blogs*, —las redes sociales suelen tener políticas de privacidad para la eliminación de contenidos sexuales— sin el consentimiento del segundo sujeto. Por lo que el acto sexual puede o no ser consentido, pero lo determinante es que la difusión del contenido no es realizada de consuno o con la aprobación de los involucrados. Es un comportamiento reprochable jurídicamente que lesiona el derecho fundamental a la intimidad y el de la honra, incluso el de integridad psíquica si consideramos que puede interpretarse como un acto de violencia sexual. En segundo término, los sujetos; es indispensable que la víctima sea mayor de edad, en el caso contrario nos encontraríamos frente a tipos penales referidos a la creación, almacenamiento o difusión de material pornográfico infantil donde, además, se lesiona el bien jurídico protegido de la indemnidad sexual del menor.

derecho de protección de datos personales en un principio, habida consideración que el titular deberá soportar la difusión de ellos en aras de la libertad de expresión, desde el momento de publicación hasta que la noticia conserve su valor informativo y concite el legítimo interés público. Por otro lado, el conocimiento del tratamiento de los datos personales en la hipótesis del derecho al olvido es un requisito para su procedencia, bajo la lógica que el titular, para accionar, debe conocer de la exposición de sus datos de carácter personal.

Con todo, las ideas que serán plasmadas a lo largo de este trabajo, particularmente las que dicen relación a que no es concebible la existencia de derechos absolutos, fuerzan a sostener que el ejercicio de los derechos debe encontrar limitaciones que procuren el correcto balance entre los intereses que puedan entrar en pugna. El derecho, como ciencia reguladora de la conducta humana, debe cubrir la necesidad de regulación en esta materia entendiendo que “el control de los datos personales se perfila como la base de todo el sistema jurídico de protección de la persona frente a los riesgos inherentes a las nuevas tecnologías, por lo que también en Internet el sistema de protección de datos debe articularse con este contenido positivo de control, lo que se traduce en la necesidad de introducir procedimientos y sistemas mediante los cuales el titular de los datos que navegan o son accesibles por la red, pueda realizar efectivas actividades de control e invocar normas y utilizar procedimientos que involucren a los responsables de los tratamientos de datos personales en Internet” (Corripio 2001: p. 2915).

El reto es mayúsculo, habida consideración de la distorsión del proceso de olvido que representa la *web* para las personas. Olvidar es propio del ser humano. Como ser finito, ya sea de forma voluntaria o espontánea, las ideas, recuerdos y hechos pasan a formar parte del pasado como cimientos del futuro. En cambio, el ciberespacio causa un recuerdo constante de hechos que repercuten como ecos de otras épocas, que pueden condicionar nuestro presente. Como magistralmente lo expone Simón: “La persecución del pasado, el recuerdo constante y la permanencia de la información puede, más allá de suponer el fin del olvido, envenenar el presente y bloquear el futuro. Es fácil que en el pasado se hayan dicho o pensado cosas y más tarde uno se arrepienta de las mismas. Las personas cambian, evolucionan, maduran e incluso se contradicen a lo largo de su trayectoria vital. Por eso, frente a las ingentes posibilidades que ofrece la informática, el derecho al olvido pretende garantizar la privacidad, el libre desarrollo y la evolución de las personas, evitando la persecución constante del pasado” (2011: pp. 394 - 395).

Habiendo arribado a la conclusión de que es necesaria la aplicación del derecho a la materia en estudio, es pertinente reflexionar sobre la proporcionalidad o la respuesta represiva que debe disciplinar la hipótesis basal del derecho al olvido. Según Boix, nuestro punto de partida al acometer la regulación de asuntos dentro de Internet debe tener como base aquellos lineamientos ya establecidos para otros canales, esto es, la normativa aplicable a la Red, en esencia, no es distinta a la aplicable a otros medios donde se expresen las libertades de información y opinión (2016: pp. 61 - 67)¹⁷. Esta cavilación se condice perfectamente con las diversas versiones que tiene el derecho al olvido ya estudiadas, por cuanto la idea matriz de esta figura jurídica se manifiesta en sus 3 facetas de igual manera: se trata de una herramienta que permite al titular del dato personal lograr su control y disposición, ya sea en medios escritos o análogos, en bases o bancos de datos o en la *web*, en virtud del transcurso del tiempo y otros criterios que disminuyen el interés público de la información. Por consiguiente, no antagoniza a la lógica que la principal fuente o directriz sean criterios ya asentados para resolver casos en medios anteriores a Internet.

Siguiendo con ese razonamiento, el autor señala que las respuestas del derecho al fenómeno Internet deben encontrarse encaminadas al equilibrio de los diversos intereses que se controvierten. El ordenamiento jurídico, en base a un sistema constitucional, debe garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las personas en el ciberespacio, por lo que la libertad de expresión debe ser tutelada adecuadamente para garantizar un Estado de Derecho robusto y sano. Sin perjuicio de lo anterior, es innegable que mediante las plataformas y sitios de Internet es posible cometer hechos punibles que afecten bienes jurídicos protegidos relativos a la privacidad y la honra, como son los delitos de injurias y calumnias. Por consiguiente, una respuesta adecuada a la regulación de los derechos fundamentales en las redes sociales pasa por entender que el derecho penal, tal como la doctrina lo ha asentado hace mucho tiempo atrás, es una regulación de *ultima ratio*, que no debe ser preferente y debe ser de corte excepcional.

¹⁷ Destacamos la siguiente afirmación del autor, que explica de forma sucinta la idea de que el parámetro para la regulación del ciberespacio debe extraerse de las respuestas ya dadas en conflictos entre las libertades de opinión e información y la protección de datos personales en otros contextos: “La expresión en Internet y las redes sociales es, sencillamente, una forma más de expresión donde el canal empleado puede suponer ciertos matices, como veremos, pero no altera en lo sustancial la posición constitucional ni el análisis jurídico de los intereses en conflicto. Su mayor capacidad de penetración, multiplicada cuando nos referimos a redes sociales que difunden y rebotan de usuario en usuario todo tipo de contenidos, es simplemente la concreción de sus particulares bondades como mecanismo para ser un eficaz instrumento comunicativo al servicio del pluralismo. Los contenidos de un mensaje disidente, por mucho que este pueda molestar u ofender, si históricamente habían sido tenidos como constitucionalmente admisibles, no deberían pues poder dejar de serlo (constitucionalmente admisibles) por el simple hecho de que, gracias a las redes, exista ahora el «riesgo» de que puedan ser más conocidos o difundidos. Porque ese supuesto «riesgo», en puridad, no es tal sino, antes al contrario, el efecto deseado por un ordenamiento jurídico que considera no solo deseable sino directamente necesario que este tipo de mensajes tenga derecho a tener su espacio y a participar, siquiera sea para ser conocido y poder ser mejor refutado, del debate público” (Boix 2016: p. 64).

Es así como el establecimiento de responsabilidades civiles, en principio, puede ser una solución que aporte una medida restrictiva proporcional y racional, alejándonos de una normatividad que instaure una política criminal para perseguir y sancionar penalmente a los cibernautas (Boix 2016: pp. 67 - 97)¹⁸.

No debemos perder de vista que Internet, al igual que los avances tecnológicos que la precedieron, trae consigo debates interdisciplinarios que no se agotan en la técnica. Las nuevas herramientas brindadas por el progreso tecnológico tienen una faceta benévola, contribuyendo al desarrollo y bienestar del ser humano. Pero, en general, el proceso de adecuación de esos instrumentos suele ser un camino pedregoso, habida cuenta que las soluciones y respuestas a las encrucijadas que representan no necesariamente son de carácter binario, esto es, no se agotan con un “sí” o un “no”. Pero una conclusión de corte axiomático es necesaria recalcar: todo descubrimiento tecnológico, incluso las mismas tecnologías de la información y comunicación deben estar supeditadas al respeto irrestricto de los derechos humanos, conquistas que la historia ha enseñado que fueron difíciles de lograr.

Para finalizar este apartado, cabe precisar que la autorregulación de las plataformas de Internet no es suficiente para garantizar la protección de datos personales que fluyen en ellas¹⁹. En efecto, recordemos que los responsables del tratamiento de datos, ya sean hemerotecas, motores de búsqueda o simples páginas *web* tendrán un interés lícito en salvaguardar la información expuesta bajo el fundamento que están ejerciendo legítimamente sus libertades por lo que, a nuestro juicio, disminuye la posibilidad de

¹⁸ El autor concluye correctamente lo siguiente: “A efectos de lograr emplear las redes sociales como un agente dinamizador del pluralismo conviene perfilar límites a la expresión que se realiza en las mismas que actualicen, adaptadas al nuevo entorno social y tecnológico, los principios constitucionales que informan nuestro sistema. Ello requiere, como hemos tratado de demostrar, dejar al derecho penal para aquellas manifestaciones que sean realmente graves y supongan riesgos sociales ciertos y obvios, por mor del cumplimiento del principio de intervención mínima y del de ofensividad, pero también porque, sencillamente, no es realista pretender ordenar la expresión en las redes sociales y «civilizarla» a golpe de sentencia penal. Es preciso también, en paralelo, fortalecer y aclarar las reglas que determinan los ilícitos civiles, a fin de convertir esta vía en el mecanismo idóneo para solventar los problemas que puedan surgir entre particulares, lo que requiere, por último, acabar de acotar las reglas sobre responsabilidad (esencialmente civil) de las propias redes sociales a base de perfilar cada vez mejor cuál es el estándar de «efectivo conocimiento» de una violación cometida empleando sus plataformas que, caso de ser ignorado, deriva en responsabilidad” (Boix 2016: pp. 106).

¹⁹ Corripio al respecto asevera lo siguiente: “aunque no es exclusiva de este entorno, la autorregulación juega en Internet un papel importante, dado su gobierno anárquico, su carácter internacional y la dificultad de regular los comportamientos en la red mediante leyes o reglamentos convencionales. La particular fisonomía de Internet ha favorecido el empleo de sistemas de autorregulación, principalmente a través de dos instrumentos: los códigos de conducta y las políticas de privacidad de los sitios *Web*” (2001: p. 2.915). Lo anterior podría ser aplicable a las redes sociales, las cuales efectivamente presentan una mayor regulación en cuanto a la publicación de contenido en ellas. Sin embargo, todas las demás plataformas o aplicaciones de las cuales se vale Internet no guardan el mismo rigor en la implementación de estas reglas como, por ejemplo, sucede en *blogs*, que por regla general quedan a la entera disposición de quien sube la información.

obtener soluciones en este caso que provengan netamente de los mismos usuarios o responsables de los medios donde se publican o diseminan la información²⁰.

Por ende, el reconocimiento de un derecho al “ciber olvido” es un imperativo afín a las necesidades y desafíos en la materia, puesto que “es posible que en la actualidad una explicitación del mismo facilite la labor judicial y el logro de los objetivos buscados, siguiendo una tendencia especificadora que es posible ver también en muchos otros derechos, donde su positivización reconoce una realidad jurídica ya ampliamente aceptada, pero no por ello su mención, lejos de ser redundante, acarrea una serie de beneficios operativos: permite reducir y ordenar el debate, establecer criterios claros y objetivos, realzar ciertos objetos de protección, confirmar los supuestos en el tipo de lógica en que el sistema de derechos debe ser interpretado, explicitar su contenido y operatividad, entre otras” (Leturia 2016: p. 92).

En esa línea, una reflexión elemental consiste en erradicar del imaginario colectivo que la *web* no es susceptible de regulación. Aunque la labor sea compleja, debemos «descartar la idea de que Internet sea “tierra de nadie” (...)» (Herrera 2003: p. 16).

3.- Concepto, naturaleza jurídica y fundamento del derecho al olvido digital

3.1.- Definiciones

La doctrina nos ofrece un amplio espectro de definiciones que son notoriamente marcadas por el fundamento jurídico que se le pretenda dar a este derecho. Así, existen aquellos autores que, constituyendo una posición minoritaria, se inclinan a percibir el derecho al olvido en Internet desde una perspectiva de protección a la privacidad, intimidad u otros derechos emanados de la personalidad.

Dentro de aquellos juristas encontramos a Corral que, derivándolo de la privacidad, lo entiende como aquel “por el cual una persona exige eliminar de Internet alguna noticia, dato o imagen que, por el transcurso del tiempo, ha perdido actualidad y, sin embargo, sigue siendo fácilmente accesible para cualquiera que consulte por el nombre de la persona aludida” (2016: p. 1), agregando que el derecho al olvido “permite exigir que las diversas plataformas de la web eliminen información del pasado de alguna

²⁰ La extralimitación en el ejercicio de las libertades de información u opinión puede ir en ambos sentidos: los responsables de los medios de comunicación pueden negarse arbitraria e injustificadamente a la pretensión de olvido arguyendo su legítimo interés en el ejercicio de aquellas libertades. Pero, por el contrario, para evitar resultados indeseados, como acciones o recursos tendientes a responsabilizarlos, podrían acceder de forma desprolija a las solicitudes de olvido, produciendo un “sobrecumplimiento”, lo que afectaría el derecho de recibir aquella información de los internautas (Viollier y Velasco 2021: pp. 88 - 91).

persona que, aunque siendo veraz y legítimamente obtenida, se considera que, tras el transcurso de un tiempo, ha devenido en inútil para el público y perjudicial para el interesado” (2017: p. 6).

Murga entiende que se trata de un derecho novedoso, que tiene la finalidad de “solicitar, en definitiva, que en determinados casos se cancelen datos personales que circulan por Internet ante el riesgo que ello supone en la vulneración de los derechos de la personalidad (particularmente, los derechos al honor e intimidad)” (2017: p. 184). Similar postura toma Simón, sostiene que “el derecho al olvido pretende garantizar la privacidad, el libre desarrollo y la evolución de las personas, evitando la persecución constante del pasado. Así, cuando hablamos de «derecho al olvido» hacemos referencia a posibilitar que los datos de las personas dejen de ser accesibles en la web, por petición de las mismas y cuando estas lo decidan; el derecho a retirarse del sistema y eliminar la información personal que la red contiene” (2011: p. 395)²¹.

Mieres lo define como “la respuesta a la amenaza que supone para el libre desarrollo de la personalidad el almacenamiento permanente en Internet de información personal cuya difusión, pasado el tiempo, puede afectar negativamente a la persona, al producirse un desajuste entre el dato publicado y la realidad actual” (2014: p.6).

Otros autores le dan un contenido y fundamento más amplio, tratando de alcanzar la protección de distintos tipos de bienes jurídicos. Dentro de esta postura encontramos a Anguita, que entiende por derecho al olvido como “la facultad que tienen los titulares de los datos personales —luego de transcurrido un determinado lapso de tiempo—, para requerir la eliminación de informaciones que circulan en Internet que lo identifican o pueden identificar, ya sea que haya aparecido en una página web, blog o bien un motor de búsqueda, y cuya motivación para tal petición puede ser un mero desagrado, o bien por constituir expresiones injuriosas, calumniosas, referirse a su vida, o por infringir los principios de la protección de datos personales, al ser inexactos, inadecuados, excesivos o no pertinente ” (2016: p.21).

²¹ Si bien, ambos autores reconocen que en el fondo el verdadero fundamento jurídico del derecho al olvido en Internet es el derecho de protección de datos (Murga 2017: p. 185; Simón 2011: p. 396), a nuestro juicio resulta erróneo dotar a esta figura de diversos fundamentos, ya que la discusión de su contenido se torna errática al no precisar de forma más certera el verdadero sustento normativo que posee. Recordemos que delimitar su alcance y su fundamento no es baladí, toda vez que la configuración jurídica o la concreción en la práctica de esta prerrogativa dice directa relación a la fuente que le reconozcamos.

Finalmente, también se ha concebido este derecho desde la perspectiva de la protección de la identidad, como si fuera un instrumento jurídico de control para deconstruir y construirla, concibiéndose al derecho al olvido en Internet como “el derecho a ser diferente no solo de los demás, sino de uno mismo, del individuo que fuimos en el pasado. El derecho al olvido, como tal, pone de relieve el proceso de deconstrucción de la identidad por el que se pueden eliminar viejas identidades y se pueden formar otras nuevas. Además, el derecho a ser olvidado también equivale al derecho a un nuevo comienzo, el derecho a empezar de nuevo desde cero y el derecho a la autodefinición, que evita que el pasado condicione (de una manera excesiva) nuestra vida presente y futura” (Gomes 2012: p. 80).

Por otra parte, existen los que perciben este derecho como uno derivado del derecho de protección de datos o autodeterminación informativa. Entre los principales autores podemos destacar a Muñoz, que lo define de la siguiente forma: “aquella facultad que surge de la reunión de dos presupuestos: i) el acceso de forma limitada en el tiempo a información digital que contenga datos personales; y, ii) el derecho del titular de los datos a exigir la eliminación, cancelación, desindexación o, en su caso, bloqueo de dicha información (cuando, por ejemplo, la vigencia de los datos sea dudosa), al menos de los motores de búsqueda, cuando la publicidad de dichos datos ya no se encuentra justificada o se hayan cumplido los fines para los cuales éstos fueron publicados. Todo ello, teniendo como límite el respeto de garantías fundamentales, tales como la libertad de expresión y de información, y la libertad de prensa” (2015: pp. 216-217).

De Terwangne lo concibe como “el derecho de las personas físicas a hacer que se borre la información sobre ellas después de un período de tiempo determinado” (2012: p. 54).

Zárate lo asocia directamente a los derechos subjetivos emanados de la protección de datos personales. Serían los denominados derechos “ARCO”²² proyectados a la Red. Así, franquea la siguiente definición: “El contenido esencial del derecho al olvido consiste en un derecho a no diseminar información personal pasada que, siendo inexacta o habiendo dejado de cumplir su finalidad, es capaz de producir un

²² Corresponderían a los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. Con todo, cabe hacer dos apreciaciones: (i) en primer lugar, dicha sigla se utiliza con frecuencia para indicar la totalidad de los derechos referidos a la protección de datos, sin embargo, deja afuera a derechos igual de importantes como el de revocación, bloqueo, indemnización, entre otros; y (ii) en segundo lugar, en el caso particular de nuestro estudio, el derecho de acceso sería del todo inaplicable, ya que el derecho al olvido propende a impedir la difusión de la información.

daño en la persona, que motiva el ejercicio de los derechos de cancelación, rectificación y oposición” (2013: p 9).

Para Leturia, esta institución no alcanza a estar dotada de la fisonomía propia de un derecho, más bien consistiría en una herramienta útil para resolver el conflicto de derechos fundamentales dados en la materia, señalando que es “el fundamento jurídico que permite que ciertas informaciones del pasado no sean actualmente difundidas cuando son capaces de provocar más daños que beneficios” (2016: p. 96)²³.

En la sentencia de la Corte Suprema, de fecha de 21 de enero de 2016, recaída en la causa rol N.º 22.243-2015 (que en posteriores referencias denominaremos causa EMOL), que tiene la relevancia de ser la primera sentencia donde se reconoce expresamente el derecho al olvido en Internet por parte del máximo tribunal (Corral 2017: pp. 2 - 3), se señala que este derecho “se refiere sustancialmente a que una persona pueda aspirar a la eliminación de una información desfavorable sobre sí misma que le provoque perjuicios actuales y que se contenga en los sistemas informáticos disponibles, y ello por una razón plausible” (cons. tercero)²⁴. Podemos advertir importantes aportes²⁴ de esta sentencia —más allá de ser el primer fallo de la Corte Suprema en esta materia, que es un mérito en sí mismo—²⁵, como el reconocimiento del principio

²³ Resulta importante hacer la prevención que este autor no reconoce la existencia de un derecho al olvido en Internet propiamente tal, por lo que esta definición no dice relación concretamente con su versión digital.

²⁴ Sentencia de la Sala Tercera (Constitucional) Corte Suprema (2016). Causa rol N.º 22.243-2015. De inmediato, destacaremos que omitiremos otorgar la carátula de la causa y nombre del recurrente para no generar el denominado “efecto Streisand”, que corresponde a un fenómeno en el que un intento de encubrir o censurar alguna noticia deviene en el resultado contrario, generando mayor interés por conocerla. En palabras de Corral: “(...) los que recurren a la justicia buscando protección a la intimidad pueden obtenerla, pero a costa de ver incrementados los niveles de difusión y publicidad de su caso. El título proviene de una demanda de la actriz y cantante Barbra Streisand pidiendo que se retirara de Internet una fotografía de su casa en Malibú que hasta entonces había tenido muy pocas visitas o descargas, y que después de la publicidad que se dio al juicio llegó a tener más de 400.000 visitas al mes” (2017: p. 2).

En lo relativo al caso, este consistió en la apelación de una acción de protección presentada por un ex funcionario de Carabineros de Chile, que fue condenado por abuso sexual de menores. El 14 de agosto de 2004 el diario EMOL (El Mercurio Online) publicó la noticia de su procesamiento por estos delitos. Luego de contactarse con el periódico y solicitar la eliminación del artículo, el demandante obtuvo una respuesta insatisfactoria, porque dicho medio le exigía documentación para acreditar su sobreseimiento y una renuncia de acciones legales. En ese contexto, el actor ejerce una acción de protección alegando vulneración del derecho a la integridad psíquica, del derecho a la honra y la vida privada, suya y de su familia. El diario recurrido presenta una defensa en orden de la libertad de emitir opinión, de informar y función del ejercicio periodístico. En primera instancia, la Corte de Apelaciones de Santiago desestimó la acción por considerar que la información era veraz y que el transcurso del tiempo no modificaba esta circunstancia. La Corte Suprema, en fallo dividido, revoca esta decisión acogiendo parcialmente la acción y ordena al diario eliminar el registro informático de la noticia impugnada.

²⁵ También se ha hecho referencia como primer hito del reconocimiento del derecho al olvido digital la sentencia de Corte de Apelaciones de Valparaíso de 30 de julio de 2012, Rol N.º 228-2012. Sin embargo, dicha causa no se relacionaba con nuestro objeto de estudio, sino con la protección de otros bienes jurídicos relacionados a la honra del actor. Sin embargo, la sentencia de fecha 29 de octubre de 2014, de la de Corte Suprema, Sala Tercera (Constitucional) recaída en la causa N.º 21.607 - 2014, sede apelación de acción de protección, tuvo la posibilidad de ser la primera de ellas. Lamentablemente, por un error en el

de finalidad de los datos personales, señalando lo siguiente: “El contenido esencial de ese derecho [...] no es otro que evitar la diseminación de información personal pasada que, habiendo dejado de cumplir su finalidad, es capaz de producir un daño en la persona”. Reconoce también la relevancia del transcurso del tiempo, haciendo un parangón con la eliminación de las sanciones penales en los registros públicos (cons. cuarto).

Sin embargo, adolece de muchas imprecisiones. Podemos catalogarla como una manifestación vaga e inexacta del derecho al olvido digital. Las críticas van desde (i) las fuentes que tuvo el Tribunal en consideración para emitir su veredicto, al señalar la Propuesta de Reglamento General de Protección de Datos Personales de la Comisión Europea del año 2012, en ese entonces un proyecto en estado de tramitación y discusión, mas no una norma aprobada y vigente (Pica 2016: p. 315)²⁶, (ii) como también sostener que en el derecho al olvido no existe un conflicto de derechos fundamentales (cons. quinto), (iii) además de criticarse la fórmula para establecer la vigencia de la noticia y computar el plazo desde el cual había cumplido su finalidad de informar, puesto que el transcurso del tiempo en realidad era bastante menor, con lo cual, se debió contabilizar desde el cumplimiento de la pena y no desde que el recurrente cometió el delito, como hizo la Corte.

El fallo de mayoría obvió un antecedente fundamental, omitiendo considerar la naturaleza de los hechos, constitutivos de delitos sexuales donde las víctimas eran menores de edad y, en tal circunstancia, por su gravedad y su gran connotación social, es plausible considerar que el derecho al olvido no tenga cabida (Corral 2017: p. 11)²⁷. Con todo, el voto disidente de la ministra María Eugenia Sandoval sí tomó en consideración estos aspectos.

planteamiento de la acción, al no demandar a quién publicó la información y a las empresas que tienen la responsabilidad de los motores de búsqueda (considerandos sexto y séptimo) el Tribunal omite pronunciamiento respecto del derecho al olvido, aunque si lo nombra expresamente (considerando octavo).

²⁶ El autor sostiene lo siguiente: “No deja de llamar la atención que para determinar el contenido esencial de un derecho se use un proyecto de norma –no vigente– del sistema jurídico supranacional de la Unión Europea, que se encuentra fuera de nuestro sistema de fuentes, sin que se pueda encontrar metodología o conexión positiva con ella, más aún si se señala que el contenido esencial de este derecho es lo que dicha propuesta de norma dice (cons. 4º). Éste es quizás el aspecto más flaco de esta sentencia, en la medida en que una de las garantías del debido proceso es el derecho a una sentencia fundada en el sistema de fuentes vigente”.

²⁷ Reusser manifiesta un ácido comentario a los críticos de la sentencia, bajo el siguiente tenor: «Esta sentencia generó gran debate entre los “adalides” del derecho a la información, destacando entre los detractores a Anguita, quien afirma que el plazo de 10 años debía contarse desde la fecha en que se cumplió la sentencia de condena, sin justificar las razones para ello, y que los hechos eran de interés público por tratarse de un caso de gran impacto, como fue el caso SPINIAK, sin mencionar que para la opinión pública la existencia del recurrente era desconocida o irrelevante» (2018: p. 140). No siendo de nuestro interés defender a los autores aludidos, si es necesario mencionar que las afirmaciones de Reusser son, por decir poco, aventuradas. En primer lugar, desestimamos su postura bajo el sentido de que tanto la dictación de la condena como su propio cumplimiento

A partir de las definiciones presentadas, estamos en condiciones de extraer los elementos esenciales que configuran esta institución: (i) se trata de una facultad del titular de los datos personales, basada en un legítimo interés que amerite el amparo del ordenamiento jurídico, concebido en sentido amplio y descartando la necesidad de que exista algún perjuicio —cualquiera sea su naturaleza—²⁸, toda vez que el mero ejercicio de la prerrogativa de control de datos es justificación suficiente²⁹; (ii) se necesita del transcurso del tiempo para que una noticia o información se torne desde legítima y relevante en su origen a descontextualizada, excesiva o ilícita al momento de impetrar la acción de olvido³⁰, en donde su publicidad deje de encontrar amparo en las libertades de información, expresión o ejercicio de la labor periodística, basando dicha conclusión en el principio de finalidad de los datos personales³¹ que sostiene que la justificación del tratamiento del dato estriba en el fin con el cual fue recolectado y, cumplido dicho objetivo, la legitimación de conservar o difundir esa noticia *online* deja de existir; (iii) lo anterior, luego de efectuada una necesaria ponderación de los derechos fundamentales en conflicto.

El derecho al olvido es un control *a posteriori* del tráfico de los datos personales en Internet, porque involucra un ejercicio reactivo del titular tendiente a solicitar el ocultamiento o inaccesibilidad de la información. De lo contrario, se le impondría al sujeto pasivo la obligación general de procurar que los datos no se diseminen, lo que envuelve, *prima facie*, una vulneración categórica de las libertades de

son hechos de interés noticioso. Es legítimo para la ciudadanía conocer las repercusiones de la comisión de un delito, ya sea para saber la situación del país en materia de cumplimiento de sentencias en casos de alto interés público, o bien, para formar una opinión crítica si aquel cumplimiento es suficiente “para hacer justicia”. En segundo lugar, el actor en el caso EMOL fue un ex funcionario de Carabineros condenado por abuso sexual de menores. Encontramos dos criterios que refuerzan el interés público en la noticia, el agresor era un funcionario público y el ofendido era un menor de edad, lo que legitima aún más la necesidad de conocer del pasado del actor, por las especiales características del delito y el resguardo de personas que requieren de una especial protección.

²⁸ Los perjuicios sólo serían necesarios de acreditar en el evento de que se busque su indemnización, tal como lo señala Corral (2017: p. 15).

²⁹ Esto, por supuesto, verificándose los demás requisitos copulativos que tiene este derecho, de lo contrario se transformaría en un mero capricho. La idea central descansa en concebir su causal de procedencia en termino amplios, “cuya motivación para tal petición puede ser un mero desagrado” (Anguita 2016: p. 21).

³⁰ En todo caso, encontramos algunos autores que consideran que no es necesaria la caducidad o antigüedad del dato, pudiendo aplicarse el derecho al olvido en Internet sobre información reciente, pero que sea inexacta o falsa (Platero 2016: p. 249).

³¹ Corresponde a un principio fundamental que gobierna el tratamiento de datos personales y que implica que estos sean tratados con fines u objetivos determinados, no permitiendo que dicho tratamiento se aparte de aquellos objetivos. Esta directriz tiene un reconocimiento positivo expreso en la LPVP, en su artículo 9. Con todo, será desarrollado extensamente en el capítulo II de la presente tesis, en función de su relevancia en la configuración jurídica del derecho al olvido en Internet.

expresión e información³². En lo sucesivo desarrollaremos detalladamente la necesidad de la existencia de un conflicto de derechos fundamentales y su pertinente solución mediante el ejercicio de ponderación³³.

Una de las principales posturas que sostendremos en este trabajo consiste en que no es correcto entender al derecho al olvido en Internet como un derecho de cancelación general de datos. Concebirlo como tal sería una visión demasiado reduccionista, que no se condice con el complejo panorama dentro del cual el derecho al olvido se discute, dado principalmente por el conflicto de derechos fundamentales en la materia. Se trata de una institución mucho más compleja, llamada a dar soluciones modernas a una gran variedad de problemas relacionados a la diseminación de datos personales en la Red (Moreno 2020: p.125). Pero para demostrarlo, primero debemos intentar dilucidar su naturaleza jurídica y determinar si efectivamente se trata de un derecho propiamente tal.

3.2.- Naturaleza jurídica: ¿qué es el derecho al olvido?

El presente tópico corresponde a uno de los temas más controvertidos que presenta el objeto de estudio. No existe consenso respecto a cómo debemos entender al derecho al olvido, existiendo posturas que no lo consideran como un derecho *per se*, hasta aquellos que sostienen que se trata de un derecho subjetivo complejo, que va más allá de ser una expresión del derecho de cancelación, oposición o rectificación de datos personales, posición que comparte este trabajo.

Como punto de partida, puede resultar interesante la perspectiva de Leturia sobre el tema. En primer lugar, rehúye de hablar de un verdadero derecho al olvido en Internet, porque su contenido no se condice con los bienes jurídicos que protegen los derechos de rectificación o borrado de datos (2016: p.

³² Sobre este punto en particular, compartimos cabalmente lo señalado por Mieres: “Con todo, más allá de la determinación de los sujetos obligados por el derecho al olvido, la doctrina de la AEPD ha buscado un equilibrio entre la protección de la libertad de expresión y la tutela del derecho al olvido al rechazar claramente un tipo de control preventivo, como sería obligar a los operadores a filtrar los datos que resulten inadecuados o impertinentes por el coste que supondría para la libre circulación de la información. Por el contrario, el remedio adecuado para proteger el derecho al olvido es el control *ex post*, promovido por el afectado, consistente en la cesación de la difusión de esos datos. Un mecanismo de tutela *ex post* comporta que el derecho al olvido pueda ser infrutilizado por varias razones, por evitar lo que se ha dado en llamar efecto Streisand, esto es, un aumento no deseado de la publicidad del dato cuya difusión se pretende hacer cesar, o por el olvido del propio derecho al olvido, si se desconoce que sus datos están siendo objeto de difusión en la red. Pero este coste de infraprotección del derecho es, sin duda, mucho menor que el que supondría someter la divulgación de datos personales a través de la red a un sistema de control preventivo” (2014: p. 21).

³³ Resulta preocupante lo establecido en el Reglamento de Protección de Datos Personales Del Parlamento Europeo y Del Consejo, que en su considerando 66 estima que el derecho al olvido, entendido como derecho de supresión de datos, debe interpretarse de tal manera que involucre una conducta activa del responsable del tratamiento que haya hecho públicos datos personales en tomar todas las medidas pertinentes para que los receptores que también hagan tratamiento de esos datos procedan a eliminar sus copias o enlaces. Pensamos que esta consideración inclina la balanza de forma desproporcionada hacia el derecho al olvido, el que solo debe decretarse y ser procedente luego del análisis de cada caso en concreto.

92). Este autor agrega lo siguiente: “[...] en las últimas décadas se ha agregado de manera desequilibrante una problemática asociada a los nuevos desarrollos tecnológicos y al mundo de Internet, transformando esta problemática en un asunto masivo y cambiando las estrategias para abordarlo. No obstante, en estos desarrollos más tardíos se han incorporado situaciones que merecen protección e intervención jurídica, pero donde el factor temporal propio del derecho al olvido está ausente (borrado de datos, rectificación de información, etc.)” (2016: p. 108). De forma correcta, identifica al factor cronológico como elemento esencial del derecho al olvido, pero no percibe tal requisito dentro de su versión *online*. A nuestro juicio, existe una confusión respecto a las dos hipótesis que pueden existir en la temática y que ya formulamos en la introducción de esta investigación, en vista de que en el derecho al olvido que hemos denominado como impropio efectivamente se prescinde del transcurso del tiempo y obedece a otros criterios o principios.

En segundo lugar, y como lo adelantamos en el título anterior, este autor entiende al derecho al olvido como un fundamento o criterio para resolver el conflicto de derechos fundamentales, inclinando la balanza hacia el derecho de privacidad y limitando la libertad de expresión (2016: p. 97). Sin embargo, el derecho al olvido sí presenta una entidad suficiente en virtud de la cual se le puede concebir como un derecho propiamente tal, y aunque en la práctica sea funcional a la solución del conflicto de derechos fundamentales, “ello no quiere decir que no pueda ser considerado como una facultad para exigir de otra persona una determinada conducta, que es la estructura básica de todo derecho” (Corral 2017: p. 12).

La difícil calificación jurídica de este derecho lo ha llevado a ser definido como un verdadero “derecho a borrar”, acentuando su carácter instrumental en cuanto a su propósito de eliminar datos. De este modo, sería una herramienta que reemplaza la habilidad de olvidar, bajo la premisa que los datos personales son una extensión de nuestra personalidad digital y, en consecuencia, deberían estar a nuestra entera disposición (Conley 2010: p. 58). Esta postura parte de consideraciones totalmente lógicas y acertadas, sin embargo y tal como lo enunciamos, no es correcto entender al derecho al olvido digital únicamente a partir de una de las soluciones que plantea, la cancelación o supresión de datos, toda vez que tal respuesta es insuficiente para dar solución a los distintos problemas que se presentan en la materia.

De forma más sofisticada y pragmática, se erige una postura que podemos identificar como mayoritaria, que entiende al derecho al olvido como un derecho subjetivo a la cancelación, rectificación

y oposición de datos personales en la Red (Derechos ARCO)³⁴, en el sentido de que “no es más que la aplicación de las normas de protección de datos personales a los entornos de información digital.” (Reusser (2018: p. 98). Su naturaleza consistiría en la de “un derecho de cancelación de un dato personal, con lo que se confirma que el título de «derecho al olvido» es en realidad un derecho consistente en la pretensión de olvidar o ser olvidado, por lo que el «derecho al olvido» no debe considerarse más allá de un término de fantasía para calificar un derecho a la cancelación, rectificación u oposición (Zárate 2013: p. 3)³⁵. Para reforzar este encaje interpretativo, se señala que sería un derecho especial³⁶, “de este modo, los derechos de cancelación y oposición proyectados sobre Internet permiten proteger el interés de las personas a obtener el olvido digital de datos pasados que les pueden perjudicar. Así lo han venido reconociendo diferentes autoridades nacionales de protección de datos en Europa” (Mieres 2014: p. 19).

Aquellos autores realizan una interpretación amplia de los derechos de cancelación, rectificación y oposición de datos personales para alcanzar con su contenido prescriptivo a Internet. Conforme esta postura, en virtud de las nuevas amenazas a los datos personales en un nuevo contexto como es la web, los derechos clásicos de protección de datos ostentan la idoneidad necesaria para impedir la difusión indiscriminada de la información personal. En ese orden de ideas, estos derechos cobran una relevancia mayúscula al ser aplicados en un contexto donde, originalmente, no fueron concebidos.

La Corte Suprema también lo entiende de esta manera, como lo deja asentado en la sentencia de la causa EMOL que ya comentamos y que se pronuncia por primera vez respecto al derecho al olvido digital. Basándose en lo que en ese tiempo era la Propuesta de Reglamento General de Protección de Datos Personales (2012) de la Comisión Europea afirma lo siguiente: “el «derecho al olvido» –en verdad derecho a la cancelación, rectificación u oposición respecto de la utilización informática de un dato personal– está

³⁴ En este sentido encontramos a Zárate (2013), Muñoz (2015), Simón (2011), De Terwangne (2012), Azurmendi (2015), Mieres (2014), Cotino (2015), Rallo (2014) y Reusser (2018).

³⁵ Para Zárate, el derecho al olvido *online* se materializa con el ejercicio de los derechos “ARCO”, excluyendo al derecho de acceso puesto que la hipótesis de procedencia necesariamente involucra la posibilidad de que ya exista acceso a la información (2014: p. 4).

³⁶ Como lo sostiene Azurmendi: “Estas facultades del individuo, tal y como se describen en el Borrador del Reglamento [de Protección de Datos Personales], son diferentes a las de un simple derecho de cancelación, rectificación y oposición. Porque ¿qué significa tener derecho a obtener de alguien que limite la difusión de unos datos personales? Cuando el artículo 17 de la versión actual del Borrador del Reglamento de Protección de Datos Personales incluye en ese llamado «derecho de suprimir» el derecho del individuo a obtener de terceros el borrado de enlaces a, o la copia o la réplica de sus datos personales, es evidente que está reconociendo un nuevo haz de prerrogativas para la protección de los datos personales, unas posibilidades de acción especialmente adecuadas para el tipo de específico de vulneración que provocan sólo los motores de búsqueda en Internet, al constituirse en auténticos motores de diseminación y multiplicación perdurable en el tiempo de información que contiene datos personales” (2015: pp. 281 - 282).

intrínsecamente vinculado a su utilización, en términos que si en un momento fue legítima, luego del transcurso de un tiempo determinado ha dejado de serlo; y cuyo efecto ineludible a su expiración es que debe ser borrado” (cons. cuarto)³⁷.

En un fallo más reciente la Corte Suprema ha sostenido: “Que, el derecho al olvido que invoca el recurrente no está establecido en nuestra legislación con aquella denominación, pero su fuente se encuentra, por una parte, en el derecho a la cancelación de datos personales contemplado en los artículos 2 y 6 de la Ley N° 19.628, que consiste en la forma de hacer efectiva la autodeterminación informativa, en términos que el derecho a controlar los propios datos deviene en imposible si no existe la facultad de exigir jurídicamente la supresión de los mismos”³⁸.

Sin duda, los argumentos más fuertes que sustentan esta teoría se encuentran en la doctrina impulsada por la AEPD, organismo que ha experimentado cambios de criterios importantes, debido a que en un principio no consideraba a los motores de búsqueda como responsables de tratamiento de datos

³⁷ En palabras de Pica: “Esta conceptualización transforma al derecho al olvido en una analogía web de la vieja limpieza de antecedentes, reconociendo quizás su finalidad, pero restándole especificidad en torno a la web como espacio informativo en el cual el motor de búsqueda refresca una memoria humana que ya había olvidado, revirtiendo el paso del tiempo en la memoria, para transformarlo en una suerte de «derecho de cancelación especial»” (2016: p. 313)

³⁸ Sentencia Corte Suprema de 19 de mayo de 2020 en causa Rol N.º 41.260-2019, que reproduce el fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia de fecha 9 de diciembre de 2019 en la causa Rol N.º 5.262-2019 (cons. Quinto). Es importante destacar que la Corte Suprema, haciendo suyo el fallo de primer grado, hace eco de las críticas efectuadas por Reusser (2018), ya que la cita transcrita es extraída de su obra.

Respecto a la causa, el fallo fue en sede de apelación de una acción de protección, bajo el fundamento de que la mantención en los motores de búsqueda de Internet de una noticia de fecha 21 de abril de 2016, en que el Diario Austral de Valdivia publicó que la recurrente era investigada por ejercicio ilegal de la profesión de abogada, sin que en dicha época se hubiera producido formalización, no obstante que en la causa RIT 1744-2010 del Juzgado de garantía de Valdivia se arribó a una suspensión condicional del procedimiento y, posteriormente, fue sobreeséda definitivamente con fecha 4 de agosto de 2011, lo que afectaba gravemente el ejercicio de su profesión, daña su imagen y atenta contra su integridad psíquica. La recurrida respondió negando la existencia de un actuar ilegal o arbitrario en la publicación de una noticia, en el ejercicio de la garantía consagrada en el artículo 19 N.º 12 de la Constitución Política de la República, sin haber perdido actualidad por el paso del tiempo, al referirse a materias de interés público al tenor de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley N.º 19.733.

personales (Orza y Ruiz, 2011: pp. 375 - 378); y el artículo 17 del RGPD³⁹, que establece una sinonimia entre derecho al olvido y derecho de supresión de datos personales⁴⁰.

Dentro del medio nacional destaca el autor Reusser, quien tiene una postura radical en la interpretación del derecho al olvido digital. Lo podemos ubicar dentro de la postura mayoritaria, en razón que identifica al derecho al olvido como el ejercicio de los derechos clásicos de protección de datos personales en Internet, pero lo circunscribe a la aplicación del derecho de cancelación o borrado de datos (2018: pp. 113 - 115). En ese sentido, el autor señala que “el derecho al olvido no es una categoría jurídica o derecho nuevo distinto de los ya contemplados y, salvo que en el futuro o el legislador decida reconocerlo con dicha denominación o especificarlo para el caso concreto de las publicaciones en Internet, el nombre al uso es el *derecho de cancelación de datos personales*, recogido en el artículo 2 letra h) de nuestra Ley N° 19.628 [...]. Se trata, desde luego, de uno de los derechos ARCO a los que nos referimos anteriormente” (2018: p. 114).

La visión excesivamente limitada que se hace del derecho involucra señalar que, en todos aquellos casos donde no es proporcional aplicar la cancelación de datos (como en hemerotecas digitales y en registros públicos comerciales, que a lo largo del trabajo demostraremos) no tiene cabida el derecho al olvido. La cancelación de los datos es un recurso absolutamente extraordinario, no es la única ni tampoco la primera solución que debe intentarse, puesto que la coexistencia de los derechos fundamentales en conflicto exige que antes deben pensarse medidas de ocultamiento de la noticia o información.

Además, reducir el derecho al olvido a la cancelación tiene como consecuencia imbuir de confusión el asunto. Partiendo de la premisa que la cancelación de datos personales es excepcional, es forzoso concluir que en la gran mayoría de los casos serán adecuadas otras medidas restrictivas de la

³⁹ Cabe mencionar que este instrumento jurídico se dictó para derogar a la Directiva 95/46 de 1995, instrumento que había caído en obsolescencia, tal como lo dejó de manifiesto el caso Costeja. La principal diferencia entre un Reglamento y una Directiva —conforme a la nomenclatura del Derecho Comunitario Europeo— es que el primero contiene normas legislativas vinculantes que deben aplicarse íntegramente a todos los Estados de la Unión, mientras que la segunda corresponde a legislaciones donde se establecen principios que cada Estado consagrará de forma independiente en cada uno de sus respectivos ordenamientos jurídicos (Reusser 2018: p. 100). Por otro lado, el RGPD “se aplica a los responsables del tratamiento de las redes sociales, pero no a las actividades que sean exclusivamente domésticas o personales, es decir, para peticiones que los usuarios hagan en materia de pedir la eliminación de ciertos datos que aparezcan en las redes sociales. Esta cuestión se regula en las legislaciones nacionales de cada uno de los Estados miembro” (Moreno 2020: p. 133).

⁴⁰ Sin embargo, cierta doctrina interpreta lo contrario, bajo la idea de que este instrumento reconoce el derecho al olvido no solo como un derecho, también como un deber. En esa lógica, «lo que hace este derecho diferente y autónomo a las demás facultades de control del interesado, los conocidos derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición), en particular los derechos de cancelación y oposición, es precisamente la obligación jurídica impuesta sobre los responsables del tratamiento de hacer “olvidar” datos de carácter personal» (Martínez 2017: p. 23).

difusión de los datos y, por tanto, de las libertades de expresión e información. Entonces, el derecho al olvido como sinónimo de cancelación es una construcción deficiente, en consideración que en la práctica será obviado por otras medidas menos gravosas. En ese orden de cosas: ¿por qué denominarlo derecho al olvido, si el olvido se logrará (o se intentará) mediante otras alternativas?⁴¹

El razonamiento anterior nos conduce a la idea de que el olvido como cancelación supone dejar de lado el ejercicio de ponderación de los derechos fundamentales. Si la pretensión es cancelar, al mismo tiempo no puede argüirse que el sentenciador debe hacer un trabajo de favorecer la convivencia de la libertad de expresión e información con la autodeterminación informativa. Por el contrario, se está buscando la máxima afectación de aquellas libertades, no dejando espacio para otras fórmulas que puedan ser proporcionales para evitar la difusión ilimitada de la información. Parece que esta postura entiende la aplicación del derecho al olvido mediante una subsunción de los casos a la normativa de cancelación de datos, lo que es un error, toda vez que las soluciones se deben acoger caso a caso y luego de efectuada la correspondiente ponderación⁴².

Con todo, plantear que el derecho al olvido digital es una manifestación de los derechos de cancelación, oposición y rectificación indefectiblemente implica restarle una estructura propia. Según Murga, “su existencia puede derivarse desde antiguo de los clásicos derechos en materia de protección de datos, tales como señaladamente el derecho a la oposición, rectificación y cancelación reconocidos en la LOPD (arts. 5.1. d) y 16), lo que hace que llegue incluso a dudarse de su naturaleza de derecho subjetivo autónomo” (2017: p.184)⁴³. En efecto, el derecho al olvido sería entonces el resultado del ejercicio de estos derechos y no un derecho por cuenta propia. Es que no es fácil determinar su naturaleza jurídica, por cuanto los derechos subjetivos de protección de datos personales, en principio, parecen dotar a este derecho de un contenido suficiente y completo en aras de configurar una herramienta eficaz para impedir

⁴¹ Reconozcamos que el autor atribuye el nombre a como es conocido por el público de Internet (Reusser 2018: p. 114). Agrega el autor que es “el nombre mediático de la cancelación, pero no es propiamente un derecho o categoría jurídica (...)” (2018: p. 128).

⁴² Luego, el autor también señala que la ponderación puede ser el camino para resolver el conflicto, y digo puede, debido a que se muestra escéptico, explicando así su visión: “Ahora bien, no creemos que exista una solución jurídica para ese tipo de conflictos, se trata de una controversia entre derechos fundamentales de la misma jerarquía, por lo que en los hechos entendemos que la solución es política: los jueces conservadores votarán de determinada manera y los jueces progresistas lo harán de modo distinto” (Reusser 2018: p. 132).

⁴³ Incluso se le ha catalogado como un derecho “híbrido” basado en el derecho de protección de datos personales y manifestado a través de los derechos de cancelación y oposición (Mate 2016: p. 190).

la diseminación de datos personales en la Red. Solo bastaría concebirlos con un alcance más amplio y, de esa manera, entenderlo como “especial”, pero subordinado a estos derechos, negando su entidad propia.

La autora De Terwagne, no obstante pertenecer a la antedicha postura mayoritaria, reconoce que una interpretación demasiado apegada a la consideración tradicional de los derechos “ARCO” podría derivar en una legislación no apta para afrontar los desafíos planteados por el derecho al olvido digital (2012: p. 64)⁴⁴.

Proponemos al derecho al olvido como uno que ha experimentado un desarrollo y evolución histórica y que, en la era digital, se manifiesta con características especiales que lo alejan del tenor clásico de los derechos de protección de datos personales tradicionales. Es un derecho subjetivo especial que debe adaptarse al vertiginoso avance de las tecnologías de la informática y comunicaciones. Estimamos que circunscribirlo como una manifestación de los derechos de cancelación, oposición y rectificación menoscaba dramáticamente su campo de aplicación y las soluciones que se requieren. Como ejemplo puede tomarse el caso de la desindexación de la información cuando se encuentra como resultado de un buscador de Internet, solución que en rigor no se relaciona o no es manifestación propiamente tal de los derechos de cancelación, oposición o rectificación de datos personales en su versión tradicional. El derecho al olvido presenta distintos remedios en atención al campo dentro del cual se ejerza —páginas web, motores de búsqueda, hemerotecas digitales⁴⁵—, adecuándose a las necesidades del caso, siendo este el camino que las legislaciones de los países europeos comenzaron a adoptar (Moreno 2020: p. 146).

3.3.- Fundamento del derecho al olvido digital: desde la privacidad hacia la protección de datos personales

El derecho al olvido, como hemos dejado de manifiesto, ha experimentado una evolución importante según el medio donde se ejercía. Su gestación se dio dentro de un contexto en el cual, por primera vez, los medios de comunicación vorazmente se inmiscuían dentro del fuero íntimo de las personas, con lo cual se

⁴⁴ En palabras de la autora: “[...] las proposiciones están muy delimitadas y presentan el riesgo, si se aplican en la legislación de protección de datos, de proporcionar respuestas muy concretas a cuestiones específicas de tecnología, lo cual no es garantía de una legislación duradera o la ampliación plantea problemas por la restricción que crea a la libertad de expresión, al derecho a la información pública y al interés histórico y pedagógico”.

⁴⁵ En el caso específico de las hemerotecas digitales, no obstante que serán un tema a desarrollar en el segundo capítulo de este trabajo en lo relativo al ejercicio del derecho al olvido digital, podemos adelantar que en conformidad a la jurisprudencia y normativa europea se han entendido como una manifestación del derecho de la libertad de expresión y, por tanto, no puede ejercerse el derecho de cancelación de datos sobre aquellas, lo que también puede tomarse como ejemplo para sostener que el derecho al olvido no puede asimilarse exclusivamente al derecho de cancelación de datos.

necesitaba una herramienta que permitiera invisibilizar información perjudicial de la privacidad o intimidad, cuando aquella se descontextualizaba producto del trascurso del tiempo.

Esto explica la razón de que la protección a la privacidad e intimidad fuese el aliciente para el derecho al olvido y se identificara de forma tan clara como su fundamento dentro de su primera etapa. Sin embargo, el derecho al olvido en Internet tiene lugar en una época donde otros derechos provenientes de la personalidad han ido encontrando su espacio dentro del catálogo de derechos fundamentales a través del desarrollo otorgado por la doctrina y jurisprudencia, y que encajan de forma mucho más eficiente dentro de su contenido normativo, como es el derecho de autodeterminación informativa, perfectamente idóneo para dar sustento por sí mismo al derecho al olvido en la *web*.

De estos antecedentes deriva la fundamental consideración que nos franquea Mieres: “A la hora de fundar el derecho al olvido, en lugar de optar por configurarlo como derecho autónomo, existen dos alternativas: bien construirlo como proyección de ciertos derechos de la personalidad, en particular, los derechos a la intimidad o a la vida privada, en la terminología del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y al honor; bien como proyección del derecho a la protección de datos” (2014: p. 12). Compartimos esta diferenciación en virtud de las variadas fuentes bibliográficas estudiadas para este trabajo, las que efectivamente recurren a tales derechos para fundamentar al derecho al olvido digital.

3.3.1.- El derecho al olvido digital desde la protección a la vida privada

El objeto que persigue el derecho al olvido es propender a superar la memoria eterna de Internet a través de cualquier medio idóneo para evitar la diseminación de datos personales contenidos en noticias o información en general, evitando así la exposición de la persona al escrutinio público. Teniendo presente esta idea, muchos autores plantean que el fundamento del derecho al olvido digital consistiría en el derecho a la protección de la vida privada⁴⁶.

Es menester señalar que vida privada e intimidad no son sinónimos, ya que el primer concepto es definido por la Real Academia de la Lengua Española como el “derecho de la persona a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni ataques ilegales a su honra o reputación”, mientras que intimidad se define por la misma institución como

⁴⁶ En este sentido Leturia (2016), Mieres (2014) y Corral (2017).

“zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”. Sin embargo, en este trabajo los ocuparemos indistintamente ya que podemos identificar las mismas ideas para ambos conceptos jurídicos.

Este derecho se encuentra consagrado a nivel constitucional en los N°4 y N°5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República⁴⁷, y constituyen las normas con las cuales nuestra jurisprudencia ha tratado de dar solución a los casos de derecho al olvido digital, no obstante que también recurre al derecho al honor y la dignidad⁴⁸.

Ocupar a la privacidad como fundamento de inmediato genera problemas en la medida que el concepto mismo de lo que se puede entender como privado o íntimo es difícil de delimitar. En palabras de Herrera: “El derecho a la vida privada, el cual tiene su fundamento en la dignidad inherente a todo ser humano, es considerado un derecho de difícil definición y delimitación debido al carácter relativo que le caracteriza, pues es una noción que muta con el transcurso del tiempo y es distinta en cada sociedad y cultura” (2016: p. 88).

Se defiende esta postura señalando que todo tipo de hechos, sean públicos o privados, en razón del transcurso del tiempo dejarán de concitar un legítimo interés público, con lo cual cesaría la base legitimadora de su difusión, según Corral: “(...) Una vez que, por el paso del tiempo, ese interés público decaiga o desaparezca, o que el consentimiento pueda ser retractado sin lesionar los derechos de terceros, los hechos volverán a su natural carácter de privados, y siendo así podrán ser objeto del derecho al olvido, como expresión del derecho a la protección de la vida privada” (2017: p. 14). Acá nos encontramos con la revocación del consentimiento, que no puede ser explicada satisfactoriamente por este fundamento de privacidad para el derecho al olvido en Internet, o al menos trae asociado grandes problemáticas en la práctica para el tratamiento de datos personales, por cuanto malamente puede entenderse que un dato compartido voluntariamente por su titular sigue siendo íntimo, lo que facultaría al tercero a precisamente manipular o difundir dicha información. Recordemos que la revocación del consentimiento prescinde del

⁴⁷ La Ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada de 1999 también reconoce este derecho, sin embargo, su objetivo se centra en la protección de datos personales.

⁴⁸ Como en la sentencia de la Corte Suprema de fecha de 21 de enero de 2016, de la causa rol N.º 22.243-2015 que ya desarrollamos y que en su considerando cuarto sostiene lo siguiente: “Que en nuestro ordenamiento jurídico nacional no existe, por ahora, una solución legislativa expresa sobre este tema, aunque no resulta difícil advertir en él su compromiso con la protección del honor, la dignidad y vida privada de las personas”.

transcurso del tiempo, ya que depende de la mera voluntad del titular del dato, por lo que el ejercicio del derecho al olvido se torna más complejo al carecer de elementos más objetivos para configurarlo.

Mieres también se inclina por dotar como contenido prescriptivo del derecho al olvido digital la intimidad, concepto que no quedaría limitado a lo que de manera instintiva debe considerarse digno de reserva (intimidad objetiva), sino que también todo lo que se desea que tenga ese carácter a propósito de la voluntad de las personas (faceta subjetiva), de manera que, incluso datos públicos pueden transmutar su naturaleza a privados o íntimos a raíz del transcurso del tiempo (2014: pp. 13 - 16)⁴⁹. En principio existiría una dificultad respecto a la privacidad como fundamento del derecho al olvido en Internet, en cuanto a lo que concierne a la intimidad puede ser radicalmente distinto entre las personas, por lo que la determinación de este precepto puede ser dificultosa y entorpecer el ejercicio del derecho al olvido.

Sostener que nuestro objeto de estudio deriva de la protección a la vida privada involucra necesariamente concluir que para su configuración y ejercicio se requiere una lesión efectiva de aquel derecho, lo que no es correcto, si tenemos presente que la protección a la cual apunta el derecho al olvido digital radica en el dato personal, cualquiera sea su contenido y no en circunstancias que se refieran a la privacidad de las personas, no obstante que la manipulación ilegítima del dato personal pueda, en los hechos, también causar un menoscabo a la intimidad. En realidad, a partir de la exposición de datos personales puede lesionarse no solo el derecho a la privacidad, sino también otros asociados a la personalidad, como la imagen, la honra, entre otros, lo cual no puede, en ningún caso, ser argumento para señalar que estos derechos también puedan fundamentar al derecho al olvido. De lo contrario, se dotaría al derecho al olvido de un contenido ambiguo, algo similar a fundamentarlo en el derecho del libre desarrollo de la personalidad, cuya determinación es tan vaga e imprecisa que puede otorgar explicación a cualquier derecho, de modo que no explica ninguno (Corral 2017: p. 13)⁵⁰.

⁴⁹ El autor defiende a la intimidad como fundamento de la siguiente manera: “(...) Pero negar que el derecho a la intimidad pueda ofrecer protección frente al mantenimiento de la difusión en línea de hechos pasados u obsoletos que afectan a la vida personal supondría primar lo fáctico (la tecnología) frente a lo normativo (la garantía del libre desenvolvimiento de la persona) en la definición de los derechos. Por ello, nuestro pasado, también nuestro pasado accesible en la red, puede formar parte del ámbito de aquello que no queremos que sea conocido por los demás. (...)” (2014: p. 15).

⁵⁰ Acá ocupamos la crítica que esboza el autor respecto a los derechos a la honra y libre desarrollo de la personalidad en su propia contra, en virtud de que tal cuestionamiento es perfectamente aplicable al derecho a la vida privada, ya que no es necesario su menoscabo para configurar el derecho al olvido en Internet.

El concepto de privacidad involucra de forma clara una faceta pasiva, en cuanto evitar la injerencia de terceros respecto a nuestra esfera privada, que se relaciona a la interpretación bastante conocida de lo que la cultura jurídica anglosajona conoce como “*the right to be let alone*”. Esta idea no es compatible con el derecho al olvido digital, que manifiesta un contenido activo de reclamación del control del tratamiento de datos personales. El derecho al olvido en Internet propende al control y disposición del dato personal, necesariamente involucra un aspecto positivo en cuanto a facultar al titular de las herramientas para perseguir la información personal, determinando el destino del dato y así decidir quién puede difundirlo o recibirlo. Corral en lo pertinente asevera lo siguiente: “En efecto hacer coincidir el interés de privacidad en un poder de control del individuo sobre informaciones que se refieran a él lleva a la conclusión de que si la persona se expone al público debe señalarse que está perdiendo privacidad ya que pierde un considerable control sobre la información que otros están adquiriendo de ella. Por otro lado, si una persona decide libremente dar a conocer un hecho personal a otra, estará ejerciendo su poder de control pero al mismo tiempo estará perdiendo privacidad” (Corral 2000: p. 333).

Ahora bien, se han trazado argumentos en torno a explicar el derecho a la privacidad como uno especial o distinto de su concepción tradicional, para sujetarse a un contexto nuevo como es Internet y que no es otro que la autodeterminación informativa (De Terwangne 2012: pp. 54 - 55)⁵¹. A continuación, pasaremos a explicar por qué es necesario entender el derecho al olvido digital exclusivamente desde la óptica del derecho de autodeterminación informativa.

3.3.2.- El derecho al olvido digital desde el derecho a la autodeterminación informativa⁵²

El derecho a la vida privada ha experimentado una evolución en sí mismo. Con el surgimiento de nuevas amenazas conforme el avance tecnológico se consolida, las barreras que protegían a la privacidad, como son el tiempo y el espacio, con la llegada de la era digital se han difuminado producto del carácter permanente y la gran capacidad de almacenamiento de datos que posee Internet. En virtud de ese cambio, el ordenamiento ha respondido a la necesidad de configurar un derecho distinto denominado como

⁵¹ La autora advierte que “esta dimensión de la privacidad significa autonomía informativa o autodeterminación informativa. Internet maneja grandes cantidades de información sobre personas. Estos datos personales con frecuencia se tratan en el sentido de que se dan a conocer, se difunden, se comparten, se pueden seleccionar, des- cargar, registrar y usar de muchas maneras. En este sentido, la autonomía individual está en relación directa con la información personal. La libre determinación sobre la información significa tener el control sobre nuestra información personal, es decir, es el derecho de los individuos a decidir qué información sobre ellos mismos será revelada, a quién y con qué objetivo” (2012: pp. 54 - 55).

⁵² En términos prácticos, en este trabajo se desarrollarán los conceptos de derecho de protección de datos, autodeterminación informativa o libertad informática como equivalentes.

protección de datos (Mieres 2014: p. 7). El concepto preinformático de la intimidad resulta insuficiente para responder a la necesidad de protección de datos⁵³. En muchas ocasiones la vulneración a la intimidad será el antecedente y requisito para la posterior recolección, tratamiento y comunicación ilegítima de datos personales, por lo que es necesario disociar los elementos informática e intimidad, no obstante que estén estrechamente vinculados entre sí (Bazán 2005: pp. 113 - 115).

Estas condiciones han obligado a reformular el concepto de derecho a la intimidad, en el sentido de dotar a la persona de la capacidad de decidir cuánto está dispuesto compartir con otros. Cerda lo explica de la siguiente manera: “(...) el concepto tradicional que manifestaba una faz negativa del derecho, en cuanto imponía límites a la injerencia de terceros respecto de su titular, por motivo y obra de la informática ha develado una faceta positiva, en cuanto confiere a su titular un haz de facultades para controlar la información que respecto a los datos personales que le conciernen puedan ser albergados, procesados o suministrados informáticamente” (2003: p 52).

El origen del derecho de autodeterminación informativa lo encontramos en la doctrina y jurisprudencia alemana, la cual lo desarrolló mediante la comprensión de los derechos generales de la personalidad dentro del derecho al libre desarrollo de la persona. En palabras de Muñoz: “La legislación alemana establece un espectro más amplio que el nuestro dentro del grupo de derechos de la personalidad, al menos, en su reconocimiento normativo. De esta forma, la protección del libre desarrollo de la personalidad se manifiesta a través del resguardo de diversos subgrupos de derechos, que han sido desarrollados y dotados de contenido por la jurisprudencia. (...) Dentro de estos subgrupos que conforman los derechos de la personalidad, especial reconocimiento se le ha otorgado al derecho a la autodeterminación informativa (*das Recht auf informationelle Selbstbestimmung*)” (2015: p. 218).

El primer reconocimiento jurisprudencial de la autodeterminación informativa sucedió en la sentencia de 15 de diciembre de 1983 del Tribunal Constitucional Alemán⁵⁴, en donde anulando la Ley de Censo de Población de 1982, estimó que la naturaleza y número de preguntas constituían una lesión a la

⁵³ Esta aseveración queda circunscrita a los sistemas jurídicos similares o provenientes de Europa continental, donde la evolución del derecho de autodeterminación informativa y su emancipación del de intimidad resultan evidentes. Circunstancia diferente al sistema de *common law*, donde no es posible advertir tal separación, y la protección de los datos personales queda amparada por la misma “*privacy*”, mediante una interpretación amplia o extendida hecha por la judicatura (Cerda 2003: p. 53).

⁵⁴ Una traducción al castellano podemos encontrar en: <https://derecho-chile.cl/sentencia-de-15-de-diciembre-de-1983-del-tribunal-constitucional-federal-aleman-ley-del-censo/>. Fecha última consulta: 7 de marzo del 2022.

libertad personal, ocupando el concepto “autodeterminación informativa” (Cerdea 2003: p.54). Si bien, existe consenso de que este fallo precisó los perfiles de este derecho, se ha sostenido que ni el objeto ni la terminología surgieron con la mentada sentencia, ya que su objeto había sido desarrollado a raíz de una larga evolución jurisprudencial relativa al derecho general de la personalidad y la nomenclatura había sido ocupada en la doctrina alemana desde 1971 (Bazán 2005: p. 113). Para Azurmendi, el Tribunal Constitucional Alemán lo entendió como un nuevo derecho, consistente en “la prerrogativa individual sobre la publicación y uso de datos personales propios, que genera una obligación de protección frente a una recolección y tratamiento indiscriminado de los mismos. Este derecho no se fundamenta en el derecho a la vida privada, sino, principalmente, «en los valores de libertad y dignidad humana en relación con el desarrollo de la personalidad»” (2015: p. 301).

En uno de sus pasajes más relevantes, la sentencia dispone lo siguiente: “El libre desarrollo de la personalidad establece como requisito que, bajo las condiciones actuales del tratamiento de datos personales, exista una efectiva protección en contra de la recolección, almacenamiento, utilización y entrega o transmisión, de manera ilimitada, de estos datos. Dicha protección encuentra su fundamentación en los derechos fundamentales establecidos en el artículo 2.1 en relación con el artículo 1.1. (de la Ley Fundamental alemana). Dicho derecho fundamental (a la autodeterminación informativa) garantiza en ese sentido, la facultad de cada individuo, para decidir por sí mismo, sobre la entrega y utilización de sus datos personales” (Muñoz 2015: p. 221)⁵⁵.

Bazán define el derecho de autodeterminación informativa como “la posibilidad que tiene el titular de los datos personales de controlar quiénes serán destinatarios de éstos y qué uso les darán, y se ejercita genéricamente a través de los derechos de acceso, rectificación y cancelación. Además, ofrece una textura que resulta acorde con los modernos desafíos informáticos, puesto que, abandonando el concepto de intimidad como libertad negativa, permite avanzar hacia una fase activa del proceso de circulación de la información personal brindando protagonismo al interesado al posibilitarle el ejercicio de un adecuado control sobre la misma” (2005: p. 111).

El Tribunal Constitucional Español, en la primera sentencia donde reconoce este derecho (Azurmendi 2015: p. 300) lo define como “un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un

⁵⁵ La cita fue extraída de la obra señalada, en la cual la autora previene que la traducción fue hecha por ella.

particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso”⁵⁶. También tiene su consagración normativa expresa en el artículo 8 de la Carta De Los Derechos Fundamentales De La Unión Europea y en la Constitución Española en su artículo 18.4 del siguiente tenor: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

En nuestro país, con la modificación introducida por la Ley N.º 21.096 —publicada el 16 de junio del 2018— a la Carta Fundamental, se consagró expresamente este derecho, agregando al artículo 19, N.º 4 lo siguiente: “y asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley”. Según la historia de esta modificación constitucional, precisamente se sigue la corriente del Tribunal Constitucional Español, manifestando la necesidad de distinguirlo del derecho a la intimidad, pero a la vez, se explica la razón de por qué se reguló conjuntamente con aquel⁵⁷. En efecto, la historia de la Ley N.º 21.096 señala lo siguiente: “Siguiendo a lo expresado por la magistratura constitucional española, es necesario consagrar en nuestro país el derecho a la protección de datos como un derecho autónomo, independiente, y con un contenido diferente del derecho a la protección de la vida privada, que merece ser reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo anterior, la presente reforma propone su regulación en el artículo 19 n.º 4 de la CPR, ya que reconoce que se trata de un derecho derivado de la intimidad, y es en ese entendido, la razón de su ubicación”.

⁵⁶ Sentencia Tribunal Constitucional Español, de fecha 30 de noviembre 2000, 292/2000, FJ 7. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/cs-CZ/Resolucion/Show/SENTENCIA/2000/292>. Fecha última consulta: 7 de marzo del 2022. Pero el mérito de esta sentencia no se limita en reconocer por primera vez al derecho a la autodeterminación informativa, si consideramos que también da un contundente argumento para diferenciar aquel con el derecho a la intimidad, sosteniendo lo siguiente en su considerando 6: “el derecho fundamental a la protección de datos posee una segunda peculiaridad que lo distingue de otros, como el derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE. Dicha peculiaridad radica en su contenido, ya que a diferencia de este último, que confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (...), el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer”. También reconoce que el concepto tradicional de intimidad “no aporte por sí sólo una protección suficiente frente a esta nueva realidad derivada del progreso tecnológico” (Cons. 4).

⁵⁷Disponible:https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7551/HLD_7551_0948d1af451123cf22b5db08a7adc19d.pdf. Fecha de última consulta: 7 de marzo del 2022.

Como se advierte de las definiciones suministradas, la base sustantiva sobre la cual descansa este derecho es el control y disposición de los datos personales, pero no se agota con ello. También se debe considerar que, una vez difundidos, el derecho de autodeterminación informativa permite la persecución de los mismos, velando por la vigilancia de su tratamiento, almacenamiento y difusión por terceros (Bazán 2005: p. 132).

Se trata de un derecho autónomo con dos marcadas facetas: la primera de ellas es de carácter sustancial, como derecho en sí mismo, mientras que la segunda es de corte instrumental, como soporte para la protección de otros derechos, como la intimidad, honor o dignidad. Consiste en un derecho fundamental con un contenido específico, relativo a la protección de datos personales, pero que cuenta con la virtud de ser una herramienta para garantizar la eficacia de otros derechos fundamentales (Bazán 2005: pp. 117 - 121). Es en esta segunda caracterización donde tiene su asidero el derecho al olvido digital dentro de la autonomía informativa. El amplio abanico de remedios que ofrece el derecho al olvido en la web se sustenta en poder reclamar una conducta activa del sujeto pasivo para evitar la exposición de la información.

El derecho de autodeterminación informativa alcanza a todo tipo de datos, públicos o privados, siendo indiferente la potencialidad del daño que puede irrogar su difusión (Muñoz 2015: pp. 225 - 226). Vale decir, debemos ceñirnos a una interpretación extensa de datos personales, entendida como “toda la información que permite identificar a las personas y que está disponible en Internet” (Simón 2011: p. 397). Así las cosas, este derecho encaja de forma más eficiente como fundamento para el derecho al olvido digital, donde no se discriminarán los datos en función de su carácter o naturaleza, toda vez que no se busca proteger la intimidad de las personas en Internet, más bien, el propósito es premunirlas de una herramienta que les permita disponer del destino de aquellos datos personales, donde “no es relevante su mayor o menor proximidad con el ámbito o núcleo íntimo de las personas” (Reusser 2018: p. 53)⁵⁸.

Como conclusión, debemos hacer hincapié en que el derecho de autodeterminación informativa es suficiente para perfilar al derecho al olvido digital. En primer lugar, al centrarse en la disposición y control de los datos personales en la Red, se le dota de un contenido mucho más vasto que el fundamento

⁵⁸ Por supuesto, existen voces disidentes que plantean que el derecho al olvido digital no puede agotarse en la protección de datos personales. Podemos mencionar a Mate, quien sostiene que “el derecho al olvido tendría una finalidad adicional a la de autodeterminación informativa pretendida por el derecho a la protección de datos, y ello por dos motivos: la injerencia de otros bienes jurídicos protegidos y por las particulares características del medio en el que se publican los datos personales” (2016: p. 191).

de intimidad puesto que, al protegerse todo tipo de datos, el alcance y ámbito de aplicación que tiene el derecho al olvido es mucho mayor al que tendría mediante la protección de la intimidad, o con cualquier otro tipo de derecho derivado de la personalidad. Fundamentarlo mediante estos últimos derechos implica exigir su conculcación, lo que pone al titular del dato personal en la difícil tarea de acreditar la lesión de dicho bien jurídico protegido. En segundo término, conferir al derecho al olvido digital de tan disímiles fundamentos lo torna difuso, sin un objetivo y parámetros claros, percance que puede afectar su ejercicio al transformarlo en un derecho de protección de la personalidad vertido en Internet⁵⁹.

4.- El necesario conflicto entre derechos fundamentales

Durante el desarrollo de este trabajo hemos advertido de la existencia de un choque entre dos trincheras de intereses que entran en conflicto: por una parte, el derecho de autodeterminación informativa, manifestado a través del derecho al olvido, que vela por el control y disposición de la información personal circulante en Internet y, por otro, las libertades de información y de expresión, que permite a las personas la posibilidad de emitir opinión dentro de la Red.

El fin ulterior que se persigue es conseguir una situación de equilibrio entre los intereses que colisionan⁶⁰, labor que debe efectuarse caso a caso, por lo que la determinación de criterios resulta de suma importancia para establecer parámetros concretos a los cuales recurrir para franquear una solución (Muñoz 2015: p. 217). La colisión entre estos derechos es el contexto necesario dentro del cual se configura el derecho al olvido en Internet, de forma que “en la tensión entre publicidad y reserva subyace un conflicto de derechos que demanda una ponderación razonable para determinar qué derecho prevalece, bajo qué condiciones y en qué circunstancias” (Mieres 2014: p. 3).

⁵⁹ Boix también hace hincapié en que el derecho al olvido digital no se enmarca dentro de los demás derechos fundamentales emanados de la personalidad, señalando lo siguiente: “Por el contrario, la lógica del «derecho al olvido» es muy diferente en cuanto a las bases estructurales de su articulación técnica, en la medida que se encuentra basada en la protección de datos de carácter personal y sus técnicas, donde un gran protagonismo estructural depende de la idea de que sobre esos datos cada ciudadano tiene un derecho subjetivo a controlarlos y a determinar cómo puedan, o no, emplearse según cuál sea, sencillamente, su deseo. De ahí la idea de «autodeterminación» y de ahí el carácter esencial de la idea de voluntariedad de la cesión (a salvo de cesiones obligatorias, que serán siempre excepcionales y han de estar amparadas por una norma expresa que las prevea en beneficio de ciertos intereses colectivos)” (2015: p.18).

⁶⁰ Según De Terwangne: “No existe *a priori* una jerarquía entre los derechos humanos, lo que significa que los conflictos entre derechos no se pueden resolver dando prioridad sistemática a un derecho sobre otro. Resolver un conflicto siempre requiere realizar una ponderación entre los derechos implicados para poder alcanzar un equilibrio. El perjuicio que experimente el valor sacrificado no debe guardar excesiva desproporción respecto al beneficio obtenido por el otro valor en conflicto” (2012: p. 57).

Resulta interesante la apreciación que hace Rallo sobre la materia, manifestando que en las sociedades democráticas existe una valoración especial y preferente a la libertad de expresión e información, las cuales trascienden su carácter de derechos subjetivos y se erigen como pilares de las tradiciones y valores democráticos, como los sufragios periódicos y libres; pero el sistema constitucional no admite derechos absolutos y es en esta dicotomía donde se abre espacio el derecho al olvido como manifestación del derecho de protección de datos (2014: pp. 187 - 192).

La ponderación corresponde a un procedimiento o técnica en virtud del cual se interpretan los derechos fundamentales cuando existe la imposibilidad de la aplicación simultánea y total de aquellos porque colisionan entre sí, de manera que el ejercicio de uno de ellos necesariamente condiciona al otro. Siguiendo la popular doctrina de Alexy, “cuando dos principios entran en colisión —tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido— uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa” (1993: p. 89). Y este conflicto se soluciona “pesando”, o en nuestro caso “ponderando” los derechos fundamentales, los cuales a su vez corresponden a “mandatos de optimización”, vale decir, se aplican en la medida que sea factible.

La interpretación mediante la ponderación se relaciona con el principio de proporcionalidad, regla que propende a la máxima aplicación que sea posible de los derechos fundamentales. Para comprender esta interpretación, es necesario señalar que el principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: (i) el de adecuación, que estriba en la idea de que la limitación de un derecho fundamental está justificada en la protección de otro de la misma naturaleza, en tanto y cuanto la solución sea idónea para alcanzar los fines deseados ; (ii) necesidad, que supone que la medida tomada debe ser necesaria para concretar los fines perseguidos, de forma que prime aquella opción que limite en menor medida el derecho fundamental que experimenta un sacrificio; (iii) y proporcionalidad en sentido estricto. En palabras de Barnes: “Para superar el primer examen, el de la idoneidad o aptitud, es preciso que la medida al menos facilite o tienda a la consecución del objetivo propuesto; el segundo control, el de la necesidad, se dirige no ya a comprobar que el medio se justifica o legitima por el fin en cuanto susceptible de alcanzarlo, sino más precisamente que es imprescindible porque no hay otra medida más suave o moderada a tal propósito, lo que ha de medirse con parámetros objetivos conforme al cuadro de intereses que representa un

ciudadano medio; por último, no basta con que la acción estatal sea apta o idónea, de un lado, y necesaria —la más moderada—, de otro, sino también razonablemente proporcionada en relación con el valor político y social que encierra la finalidad perseguida, en cuya valoración, desde luego, gozan los poderes públicos de un amplio margen de apreciación” (1994: p. 500).

Conforme lo anterior, podemos llegar pacíficamente a la conclusión de que el derecho al olvido en Internet no es absoluto. Su prevalencia y aplicación dice directamente relación con el sacrificio que deba experimentar la libertad de expresión y de información en el caso específico. Con todo, de estimarse procedente el primero, no implica avasallar estas libertades, en el entendido de que la solución que debe adoptarse tiene que observar un equilibrio entre los intereses divergentes. Como lo dice Corral: “En los casos en los que debe prevalecer el derecho al olvido digital, su aplicación debiera ser gradual según los diversos casos, de modo que se lesione lo menos posible las libertades de emitir opinión e informar y la de acceder a la información y utilizarla con fines legítimos. Se aplicará el principio de ponderación en su aspecto de mínima intervención” (2017: p. 17).

Por consiguiente, resulta de la esencia elaborar criterios para la realización del ejercicio de ponderación. Para dilucidar esta cuestión, seguiremos los postulados del profesor Cotino (2015 pp. 403 - 409). (i) En primer lugar, se debe determinar los deslindes del conflicto, vale decir, precisar detalladamente si nos encontramos frente al ejercicio de libertades informáticas por un lado y, por otro, si la información contiene datos personales. (ii) En segundo lugar, y cumpliéndose el requisito anterior, “es clave determinar si lo informado o expresado es relevante, de «interés público», pues gozará de especial protección constitucional y rebajará la protección de datos” (2017: p. 404). Para determinar tal carácter, no es suficiente examinar al emisor de la información, sino que también debe considerarse el contenido de ella. (iii) Tercero: debemos ceñirnos al contexto de la difusión de los datos personales y las características de la plataforma de Internet donde se divulgó, su alcance y forma de materialización. Sin embargo, acá cobra relevancia otro de los elementos esenciales dentro del objeto de estudio, que consiste en el transcurso del tiempo como factor deslegitimador de la permanencia de la noticia en la Red, en palabras del autor: “entre los muchos elementos contextuales, en Internet cobra absoluto protagonismo jurídico el transcurso del tiempo, dado que conlleva la pérdida de interés o relevancia de una información, de modo que se desvanece la intensidad de la protección constitucional de la libertad informativa” (2017: p. 406). (iv) En cuarto lugar, deben observarse los principios de proporcionalidad y pertinencia, omitiendo

toda información personal que no sea necesaria para cumplir los fines de la información, por ejemplo, el nombre de la persona, cuando no sea necesario suministrarlo para cumplir la meta de la noticia, propendiendo al anonimato de los sujetos involucrados cuando sea posible.

El conflicto de derechos fundamentales es pieza clave en la configuración del derecho al olvido digital. Bajo esa consideración, el ejercicio de ponderación de aquellos derechos y la aplicación del principio de proporcionalidad resulta esencial para determinar la solución aplicable⁶¹. Este raciocinio nos lleva a la conclusión de que es improcedente la calificación del derecho al olvido como un derecho de cancelación de datos, ya que de estimarse esto último, se estaría prescindiendo del ejercicio ponderativo, puesto que se partiría de la premisa de que el derecho al olvido sólo tiene por objeto borrar datos personales, ignorando los demás remedios que pueden ser apropiados, como la desindexación, actualización, o cualquier medida tendiente a ocultarlos.

Aquella reflexión apunta a que el borrado de datos no es el único remedio que se propone, y sólo será procedente cuando en el caso concreto sea posible hacer una afectación mayúscula a las libertades de expresión y de información, y las demás soluciones no sean suficientes para garantizar el equilibrio entre el derecho de autodeterminación informativa y las libertades mencionadas. Dicho de otra manera, la cancelación de datos sería una medida de *ultima ratio*, excepcional y que supone la afectación máxima de las libertades en conflicto. Afirmado lo anterior, en el siguiente capítulo desarrollaremos con más detalles la configuración jurídica, ejercicio y remedios que ofrece el derecho al olvido digital.

⁶¹ En los casos resueltos por nuestra judicatura respecto al tema en estudio, puede mencionarse la sentencia de la Corte Suprema Rol N.º 19.134-2018, en sede de apelación de una acción de protección, que resuelve la colisión de derechos fundamentales mediante la ponderación en los siguientes términos: “En efecto, en la caracterización tradicional de la ponderación se sostiene que el test de proporcionalidad comprende los siguientes pasos, cada uno correspondiente a un subprincipio o a una sub-regla: a) *Idoneidad*, en virtud de la cual la interferencia con un derecho fundamental debe ser apta o adecuada para alcanzar un fin constitucional legítimo; b) *Necesidad*, conforme a la cual la interferencia debe ser la menos restrictiva posible a los derechos fundamentales de entre las alternativas disponibles; y c) *Proporcionalidad en sentido estricto*, según la cual la intervención no puede ser excesivamente gravosa. La ventaja de la ponderación, como alternativa racional a la subsunción por tratarse de un conflicto entre principios y derechos fundamentales es que, si alguna de las etapas fracasa en el cumplimiento de tales estándares o, dicho de otro modo, no se cumple la finalidad específica del subprincipio, la conclusión es que la interferencia al derecho fundamental es contraria a la Constitución y, en consecuencia, no resulta admisible en el caso concreto” (cons. siete).

II.- Requisitos para la configuración jurídica y remedios del derecho al olvido en Internet

Una vez justificada la necesidad del derecho al olvido digital y habiendo determinado sus principales características, es preciso hacer su análisis desde una perspectiva práctica. Con ese propósito nos ocuparemos de reseñar los presupuestos básicos para su configuración y ejercicio⁶².

Previamente es oportuno destacar nuevamente dos cosas: en primer término, debemos tener presente la clasificación sugerida por Corral, reconociendo tres etapas en el desarrollo de este derecho. Por ende, los requisitos para la configuración del derecho al olvido dependerán de la fase a la cual nos refiramos, teniendo en especial consideración que el desarrollo de las etapas evolutivas es acumulativo, lo que quiere decir que la llegada de la última no proscribire o elimina a las anteriores. Las tres etapas coexisten y pueden ejercerse en la actualidad, transformándose en modalidades de aplicación del derecho al olvido (2017: pp. 14 - 15). Por supuesto, en las próximas páginas nos circunscribiremos exclusivamente a la tercera que dice relación a Internet, pero es importante resaltar que esta última etapa o modalidad sólo es una de las tres versiones que tiene este derecho, y de esta circunstancia deriva que el derecho al olvido, cualquiera sea su adaptación, posea requisitos comunes en cada una de ellas, como el transcurso del tiempo.

Junto a lo anterior es relevante considerar que, en nuestro sistema jurídico, el derecho al olvido se ejerce mediante la interposición de acciones de protección, quedando sujeto a las características inherentes de ese procedimiento⁶³. Escenario distinto al español, donde el derecho al olvido *online* tiene un doble manifestación o mecanismo de protección: por un lado, mediante la protección del derecho fundamental

⁶² Más allá de los elementos que se analizarán en este capítulo, no deja de llamar la atención la complejidad de su ejercicio, que incluso puede llegar a ser contraproducente, en vista de la paradoja que puede experimentar el titular del dato personal al solicitar este derecho, que podría generar el efecto contrario concitando interés público, ya sea por los ciudadanos ante un hecho noticioso o por investigaciones o análisis jurídicos, que precisamente corresponde a nuestro caso (Mate 2016: p. 192). Con todo, a los únicos interesados a los cuales nos referiremos por su nombre serán los señores Costeja y Manni, debido a la importancia histórica que tienen sus casos y por lo ya asumido que se encuentran dentro de la doctrina.

⁶³ Como señal de esta realidad, en la sentencia de la causa Rol N° 22.222-2016 de la Corte Suprema de fecha 11 de agosto de 2016, el tribunal confirma la sentencia de primera instancia —que rechazó la acción— por considerar que excede con creces los 30 días que contempla el Auto Acordado de la Corte sobre la materia. La acción se cursó contra *Google Inc.*, por cuanto el afectado al realizar una consulta de su nombre en ese servidor, encontró diferentes informaciones de organismos públicos y privados en la *web* sobre hechos pasados, de situaciones públicas y privadas de su vida personal. Esta decisión es errónea, si tenemos presente que las publicaciones en Internet extienden sus efectos ilimitadamente, desde un punto de vista del medio que es la Red y desde la perspectiva temporal. El derecho al olvido digital, respecto al plazo para accionar debe ser resuelto considerando estas circunstancias.

de la privacidad por los tribunales de justicia y, por otro, mediante la aplicación de los derechos subjetivos de protección de datos conocidos como ARCO patrocinados por la AEPD y, en consecuencia, “a partir de estos dos grupos de derechos base, los de protección del honor y la intimidad y el de protección de datos, se deriva una tutela concurrente del derecho al olvido en relación con aquellas informaciones o datos que puedan ser subsumibles en el ámbito protegido por cada uno de ellos. Según sea el régimen activado por la persona afectada, la normativa aplicable y las formas de tutela serán distintas, aunque, en sustancia, los remedios los mismos: cesar o limitar la publicidad o corregir la información” (Mieres 2014: p. 12).

1.- Los sujetos dentro de la relación jurídica

1.1.- Legitimado activo

El titular del derecho al olvido será el sujeto al cual se le pueda identificar como titular del dato personal que está contenido dentro de la noticia que ha devenido en irrelevante, innecesaria, excesiva o descontextualizada. En caso de ser una persona menor de edad o incapacitada, podrán ejercerlo en su nombre sus representantes legales (Corral 2017: p. 15).

En principio este derecho sólo les correspondería a personas naturales, siendo coherente con lo establecido en el artículo 2, letra ñ) de la LPVP, que establece la definición de titular de los datos⁶⁴. A pesar de ello, no resulta descomedido incluir dentro de esta categoría a las personas jurídicas habida cuenta que, en nuestro ordenamiento y de forma consistente, se les han reconocido derechos que son propios de las personas naturales, como el de imagen o reputación, producto de lo cual incluso se les ha reconocido la posibilidad de impetrar el resarcimiento del daño moral irrogado por su violación. A nuestro juicio, la autodeterminación informativa es un derecho fundamental compatible con las especiales características que tienen las personas morales y, por consiguiente, no deberían existir impedimentos para exigir la tutela del derecho al olvido digital por parte de estos sujetos.

Así pues, uno de los requisitos fundamentales para su configuración es la existencia de un dato personal⁶⁵. Todos los datos personales son susceptibles de ser protegidos por el derecho al olvido, por lo que “el concepto de información personal o datos personales debe interpretarse en un sentido amplio, ya que no debe estar vinculado a la idea de la intimidad propia de un planteamiento clásico de la privacidad.

⁶⁴ “Artículo 2°. - Para los efectos de esta ley se entenderá por: ñ) Titular de los datos, la persona natural a la que se refieren los datos de carácter personal”.

⁶⁵ “f) Datos de carácter personal o datos personales, los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables”.

Más bien significa *cualquier* información relacionada con una persona física. Así, abarca datos profesionales, comerciales y datos hechos públicos” (De terwangne 2012: p. 55).

Sin embargo, parece lógico brindar una protección más intensa a los datos sensibles⁶⁶, por cuanto revisten la potencialidad de ser más dañinos en el evento de su descontextualización. Según Muñoz: “frente a una situación de conflicto de derechos, el tipo de dato determinará el grado de protección. Como mencionábamos, la LPVP cataloga los datos sensibles dentro de una esfera más reducida en la categoría de datos de carácter personal. A su vez, el artículo 10 establece que éstos no podrán ser objeto de tratamiento, salvo las excepciones que ella misma establece” (2015: p. 232).

Sin perjuicio de lo anterior, Bazán nos brinda una consideración fundamental en orden a no subestimar el potencial peligro que pueden representar los datos personales —aparentemente— sin interés, inocuos o irrelevantes, puesto que eventualmente pueden transformarse en excesivamente sensibles en virtud de un cambio de las circunstancias en su tratamiento o en la vida de su titular. En efecto, las condiciones dentro de la cuales se puede catalogar la naturaleza o carácter de un dato personal perfectamente pueden cambiar y, con ello, la importancia que tendrá tal dato. No debe atenderse exclusivamente al contenido del dato para juzgar su importancia, debido a “que el énfasis debe ser puesto en el fin para el que se emplea la información colectada, por lo que las garantías tuitivas del derecho de autodeterminación informativa deberían focalizar la utilización que de la información se haga —dirección hacia la que apuntan ciertas tendencias jurisprudenciales evidenciadas, v. gr., en Alemania e Italia—, y no tanto la calificación apriorística de si un dato es sensible o no lo es” (2005: p. 116).

En efecto, en la sentencia de 1983 del Tribunal Constitucional Alemán que hemos identificado como el primer reconocimiento a nivel judicial del derecho de autodeterminación informativa, aquella magistratura nos brindaba la siguiente advertencia:

(...) Lo único que produce decidir es el alcance de este derecho en cuanto a las injerencias por las cuales el Estado exige al ciudadano la comunicación de datos relativos a su persona, y en este punto no es posible tomar como referencia única la clase de datos. Lo decisivo es la utilidad y la

⁶⁶ “g) Datos sensibles, aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual”.

posibilidad de utilización de los mismos, las cuales dependen, por una parte, de la finalidad a la que sirve la encuesta y, por otra, de las posibilidades de la oración e interrelación propias de la tecnología informativa que se emplee. De este modo, un dato carente en sí mismo de interés puede cobrar un nuevo valor de referencia, y en esta medida ya no existe, bajo las condiciones de la elaboración automática de datos, ningún dato “sin interés”.

A consecuencia de lo que antecede, el grado de sensibilidad de las informaciones ya no depende únicamente de si afectan o no procesos de la intimidad. Hace falta más bien conocer la relación de utilización de un dato para poder determinar sus implicaciones para el derecho de la personalidad. Solo cuando reine la claridad sobre la finalidad con la cual se reclamen los datos y que posibilidades de interconexión y de utilización existen se podrá contestar la interrogante sobre la licitud de las restricciones del derecho a la autodeterminación informativa (considerando C, II, 2).

En ese orden de ideas, es necesaria la protección de todo tipo de datos personales, indistintamente de su calidad, naturaleza o denominación⁶⁷, en tanto cualquiera de ellos permite la creación de perfiles personales dentro de Internet, por lo que resulta “necesario advertir que existen datos en apariencia inocuos o irrelevantes que, de modo súbito, se convierten en extremadamente sensibles mediante un sencillo cambio del fin que se persiga al momento de su recolección” (Bazán 2005: p. 116). La transmutación de su importancia o relevancia para la persona puede acaecer de manera inmediata, o bien, mediante un proceso que se extienda en el tiempo.

Un punto importante para considerar consiste en que precisamente aquel factor cronológico es el que dota de sentido y contexto al derecho al olvido, habida cuenta que el transcurso del tiempo es un elemento de corte esencial para la configuración de su hipótesis basal como requisito *sine qua non* (o, al menos, para la interpretación del mismo al cual adscribe esta investigación). En esa línea argumentativa, los datos que en un momento parecían insignificantes e inofensivos pueden encontrar una coyuntura para transformarse en gravitantes y así causar perjuicios o daños para las personas. Puede pensarse, por ejemplo, un dato personal que no goce del carácter de sensible, como el nombre (o un “nick” o alias) o la edad de

⁶⁷ Con todo, es necesario tener claro que «La Ley también establece distintos tipos de datos personales lo que se justifica atendiendo a la estructura que presentan la generalidad de leyes de protección de datos. En ellas se distinguen tres clases que requieren distintos niveles de protección. Así, las disposiciones generales de estas leyes se les aplican a los llamados “datos personales de protección ordinaria”; sin embargo, para otros deben ofrecer menos limitaciones al tratamiento –lo que no significa que sean datos inocuos–, constan normalmente en fuentes accesibles al público y se refieren a “datos de mera identificación”. Y por último, están los “datos sensibles”, que requieren una protección especial, mayor que la ordinaria, que en un principio se traduce en la prohibición de tratamiento» (Herrera 2000: p. 4 - 5).

un sujeto, que luego puede adquirir una enorme relevancia dentro de un contexto específico o producto de su utilización, como puede ser su inserción en una noticia anacrónica o desfasada.

Ya sea que la focalización u orientación se ponga en el contenido o finalidad del dato personal, según las premisas que hemos desarrollado y tal como señala el fallo del Tribunal Constitucional Alemán anotado más arriba, «ya no existe, bajo las condiciones de la elaboración automática de datos, ningún dato “sin interés”». Sin perjuicio de lo anterior, es importante recalcar que los datos sensibles constituyen una categoría o especie de dato personal y el transcurso del tiempo no cambiará su naturaleza, toda vez que su contenido no experimentará cambios, vale decir, el carácter de sensible o no sensible se mantendrá incólume o inalterable.

En lo que concierne al titular del dato personal, este deberá contar con un interés que sea digno de tutela por el ordenamiento jurídico⁶⁸, que a su vez lo faculte para impetrar el derecho al olvido y, en razón de aquello, afectar las libertades de expresión e información. Pues bien, este interés está intrínsecamente ligado al propio fundamento que tiene el derecho al olvido y que anotamos en las páginas anteriores, esto es, la autodeterminación informativa, derecho en virtud del cual podrá ejercer el control y disposición de sus datos personales en Internet. De aquello se colige que la sola voluntad en ejercer el derecho al olvido satisface la exigencia del interés legítimo con el cual debe contar su titular para solicitarlo. Sólo bastaría la constatación de su hipótesis de procedencia —lo que implica el cumplimiento de los demás requisitos copulativos— para legitimar o justificar su ejercicio. Este razonamiento tiene como consecuencia que, para la configuración del derecho al olvido en Internet, no son necesarios los perjuicios, cualquiera sea sus características o naturaleza.

Como puede apreciarse, en este punto cobra relevancia el fundamento jurídico que se le atribuya al derecho al olvido digital. Habiendo desestimado a la privacidad, no será necesaria su vulneración para configurarlo. Al ser un derecho instrumental para la protección de otros, la autodeterminación informativa le permite al titular resguardar otros derechos fundamentales que puedan verse afectados por la exposición ilimitada en Internet de sus datos personales, como son precisamente la privacidad, honra y en general, cualquier derecho que emane del libre ejercicio de la personalidad.

⁶⁸ El artículo 17 del RGPD se refiera al sujeto activo del derecho al olvido digital como “interesado”.

Respecto a las personas fallecidas, podemos sostener que el ámbito de protección que brinda el derecho al olvido se desvanece. Al no existir el titular del dato personal, el interés en el control de la información también pierde asidero en el ordenamiento jurídico. Por otro lado, las libertades de expresión e información se fortalecen al no existir un sujeto al cual se le esté afectando directamente, teniendo en mente que el transcurso del tiempo refuerza este criterio, pero con la peculiaridad de que no transforma a la noticia en irrelevante y por ende en ilegítima, sino que consolida una circunstancia fáctica en cuanto a que la noticia o información se torna parte de la memoria histórica o del ejercicio de la actividad periodística. Como señala Mieres: «(...) la nueva publicación de información sobre una condena o sobre la participación en un delito de una persona fallecida estaría protegida no tanto por la libertad de información como por la libertad de investigación histórica (...). De modo que no sería preciso verificar la existencia de un interés público actual que justifique esa publicación, como determinar que, en efecto, se trata de hechos históricos cuyo conocimiento posibilita que “los contemporáneos formemos nuestra propia visión del mundo a partir de la valoración de experiencias ajenas”» (2014: p. 31).

Así las cosas, *de lege data*, resulta necesario resolver expresamente si el derecho al olvido digital podrá ser ejercido por los herederos del titular de datos personales, junto con ampliar el concepto de titular de datos personales a las personas jurídicas, superando cualquier dificultad interpretativa sobre el particular⁶⁹.

Posteriormente al pronunciamiento prejudicial del TJUE en el caso Costeja, el tribunal tuvo la oportunidad de brindar nuevos criterios para el derecho al olvido. Este es el Asunto C-398/15, *Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce v. Salvatore Manni*, STJUE de 9 de marzo de 2017⁷⁰. La cuestión prejudicial se refería a que las dudas “eran, esencialmente, de índole interpretativa:

⁶⁹ Como corolario de estas dificultades interpretativas, podemos señalar la sentencia de segunda instancia emitida por la Corte Suprema recaída en la causa Rol N.º 27.889-2017, donde el máximo tribunal revoca el fallo de primer grado y acoge una acción de protección para reconocerle a una persona jurídica su calidad de titular de datos personales amparados en la LPVP; a su vez, encontramos la sentencia de segunda instancia de la causa Rol N.º 1.209-2018 donde, en un caso similar, toma la decisión contraria y dispone la confirmación de la sentencia del tribunal *a quo* que rechazó la aplicación de la LPVP a una persona jurídica. Si bien ambos decisorios fueron con votación dividida, esta disparidad en su criterio sólo refleja la incertidumbre que gobierna estas materias.

⁷⁰ Sentencia disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=188750&doclang=ES>. Fecha última consulta: 7 de marzo del 2022. El caso consistió en que el Sr. Manni era el único administrador de la sociedad *Italiana Costruzioni Srl*, que se adjudicó un contrato para la construcción de un complejo turístico. Mediante recurso de 12 de diciembre de 2007, el Sr. Manni demandó ante los tribunales a la Cámara de Comercio de Lecce, alegando que los inmuebles de dicho complejo no se vendían porque en el registro de sociedades constaba que él había sido administrador único y liquidador de la sociedad *Immobiliare e Finanziaria Salentina Srl*, declarada en concurso de acreedores en 1992 y cuyos asientos, a raíz de un procedimiento de liquidación, habían sido cancelados del registro de sociedades el 7 de julio de 2005. En el marco de ese recurso, el Sr. Manni alegó que los datos personales que le conciernen contenidos en el registro de sociedades fueron tratados

cómo interpretar el Derecho de la UE con respecto a la Directiva de protección de los datos (95/46/CE) y la Directiva sobre la publicidad de los actos de las sociedades (68/151/CEE) y su accesibilidad de cara a terceros, y saber si estas se oponían a que cualquiera pudiera acceder, sin límite temporal, a datos de personas físicas que figurasen en un registro de personas jurídicas” (Martínez 2017: p. 10).

El TJUE dispuso que los datos personales dentro de registros de sociedades mercantiles no son susceptibles de ser “borrados” o “anonimizados”⁷¹, en razón de su importante función de publicidad relevante para terceros, bajo la premisa de que es legítima la exposición de los datos personales para que las personas interesadas en ejercer actividades comerciales cuenten con información que les brinde conocimiento de sus pares, con el objeto de suministrar un marco de seguridad en los negocios. El principal fundamento radica en que el régimen de publicidad “tiene por objeto proteger, en particular, los

por una empresa especializada en la recogida y tratamiento de información de mercado y evaluación de riesgos (*rating*) y que, no obstante una solicitud en este sentido, la Cámara de Comercio de Lecce no había procedido a cancelar los asientos que los recogen. Por tanto, el Sr. Manni solicitó, por una parte, que se ordenase a esta última que cancelase, hiciese anónimos o bloquease los datos que vinculaban su nombre al concurso de acreedores de *Immobiliare Salentina* y, por otra parte, que se condenase a dicha Cámara de Comercio a indemnizar el perjuicio sufrido por el menoscabo de su reputación. Mediante sentencia de 1 de agosto de 2011, el *Tribunale di Lecce* (Tribunal de Lecce, Italia) estimó estas pretensiones y ordenó a la Cámara de Comercio de Lecce que hiciera anónimos los datos que vinculaban al Sr. Manni con la liquidación de *Immobiliare Salentina* y la condenó a indemnizar el perjuicio sufrido por aquél, fijado en 2.000 euros, incrementado en los intereses y las costas. En efecto, el Tribunal de Lecce afirmó que “los asientos que vinculan el nombre de una persona física a una fase crítica de la vida de la empresa (como el concurso de acreedores) no pueden ser indefinidos, a falta de un interés general específico en su conservación y divulgación”. Como el Código Civil no prevé la duración máxima de la inscripción, consideró que, “tras un período de tiempo adecuado” después de la finalización del concurso de acreedores de la empresa de que se trata y de la cancelación de sus asientos en el registro de sociedades, la necesidad y la utilidad, en el sentido del Decreto Legislativo N.º 196, de la indicación del nombre del antiguo administrador único de esta sociedad en el momento de su liquidación desaparece, dado que el interés público de una «memoria histórica» de la existencia de la sociedad y de las dificultades por las que pasó [puede] satisfacerse en gran medida también a través de datos anónimos». La *Corte suprema di cassazione* (Tribunal Supremo de Casación, Italia), que conoce de un recurso de casación interpuesto contra esa sentencia por la Cámara de Comercio de Lecce, decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE la cuestión prejudicial.

⁷¹ La anonimización de datos es un proceso que tiene por objeto eliminar aquella parte de la información que permita la identificación del titular del mismo, buscando un equilibrio entre la mantención de la utilidad y veracidad de los datos con la reducción, al mínimo posible, de la chance de identificación de la persona a quién corresponden los datos. La Real Academia Española define anonimizar como “expresar un dato relativo a entidades o personas, eliminando la referencia a su identidad”. Por su parte, el RGPD en su considerando 26, en lo pertinente señala lo siguiente: “(...) Para determinar si una persona física es identificable, deben tenerse en cuenta todos los medios, como la singularización, que razonablemente pueda utilizar el responsable del tratamiento o cualquier otra persona para identificar directa o indirectamente a la persona física. Para determinar si existe una probabilidad razonable de que se utilicen medios para identificar a una persona física, deben tenerse en cuenta todos los factores objetivos, como los costes y el tiempo necesarios para la identificación, teniendo en cuenta tanto la tecnología disponible en el momento del tratamiento como los avances tecnológicos. Por lo tanto los principios de protección de datos no deben aplicarse a la información anónima, es decir información que no guarda relación con una persona física identificada o identificable, ni a los datos convertidos en anónimos de forma que el interesado no sea identificable, o deje de serlo. En consecuencia, el presente Reglamento no afecta al tratamiento de dicha información anónima, inclusive con fines estadísticos o de investigación”. En nuestro ordenamiento, se vincula con las definiciones de las letras e) y l) del artículo 2 de la LPVP, referidos a dato estadístico y al procedimiento de disociación de datos respectivamente.

intereses de terceros en relación con las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada, ya que, como garantía respecto a terceros, sólo ofrecen su patrimonio social. A tal fin, la publicidad debe permitir a los terceros conocer los actos esenciales de la sociedad y ciertas indicaciones relativas a ella, concretamente la identidad de las personas que tienen el poder de obligarla” (par. 59).

No obstante lo anterior, el TJUE pretende que este criterio no sea absoluto o demasiado rígido, y con el objeto de matizarlo dispone que “en la ponderación que debe llevarse a cabo en el marco de esta disposición prevalece, en principio, la necesidad de proteger los intereses de terceros en relación con las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada y de garantizar la seguridad jurídica, la lealtad de las transacciones comerciales y, de este modo, el buen funcionamiento del mercado interior, sin embargo no es posible excluir que puedan existir situaciones particulares en las que razones preponderantes y legítimas propias de la situación concreta del interesado justifiquen excepcionalmente que el acceso a los datos personales que les conciernen, inscritos en el registro, se limite, al expirar un plazo suficientemente largo tras la liquidación de la sociedad de que se trate, a los terceros que justifiquen un interés específico en su consulta” (par. 60).

Según Martínez, la sentencia tiene los siguientes alcances: “en primer lugar, como regla general, y por razones imperiosas de interés general en el ámbito de los intercambios económicos, no cabe extender el derecho al olvido digital a los datos de carácter personal de las personas físicas inscritas en los registros de personas jurídicas o sociedades, consagrando un nuevo límite al derecho al olvido digital, y, en segundo lugar, que, en situaciones concretas, puede haber razones fundadas para que, excepcionalmente, se pueda ejercitar un derecho al olvido digital, limitando el acceso a datos personales de un registro mercantil tras el paso de un tiempo lo suficientemente largo. El TJUE, estratégicamente, y como no podía ser de otra manera teniendo en cuenta los sistemas de protección de los derechos fundamentales en el seno de UE, deja la puerta abierta para poder proteger de manera efectiva y en un futuro, el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, en general, y el derecho al olvido digital, en particular” (2017: p. 17).

La importancia de esta sentencia es que, luego del caso Costeja, el TJUE otorga nuevos criterios para determinar quién puede ejercer el derecho al olvido, si bien ha sido objeto de críticas⁷². Según este

⁷² Martínez sostiene que las excepciones al principio de publicidad no fueron señaladas, cubriendo con un manto de incertidumbre este punto. Lo expresa de la siguiente forma: “Entonces ¿en qué medida se puede ejercitar el derecho al olvido frente a la entidad privada que publicó dicha información? Pregunta cuya respuesta también queda en el aire por ahora, aunque

tribunal, las personas no podrán solicitar la cancelación de sus datos en registros comerciales ya que están protegidos por el principio de publicidad. Por ende, es dable concluir que nos encontramos frente a una limitación para la legitimación activa: si alguien pretende dedicarse al giro comercial y “administra empresas y es el principal activo de las mismas, los terceros deben saber quién es usted y cuál es su historia en el rubro” (Reusser 2018: p. 160).

Un criterio similar al caso Manni ocupó la Corte Suprema en la sentencia de 27 de diciembre de 2019 de la causa Rol N° 18.818-2019⁷³, al dictaminar que la página del Poder Judicial no puede ser objeto de medidas de cancelación o actualización de datos personales por la función de publicidad que tiene en beneficio de “la ciudadanía”. La Corte dispone en lo pertinente lo siguiente:

Décimo cuarto: Que, no obstante, en el caso de la Dirección de Comunicaciones del Poder Judicial, la acción de protección no puede ser acogida, toda vez que la materia se encuentra expresamente reglada en la Ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública y en el Acta N° 72-2009 de esta

a raíz de esta reciente jurisprudencia, no cabe duda de que la materia en cuestión requerirá y conocerá interpretación judicial ulterior” (2017: p. 36 - 37).

⁷³ Sentencia de 27 de diciembre de 2019 de la causa Rol N° 18.818-2019, en sede de apelación de acción de protección. Los hechos de la causa consisten en que el recurrente —ex agente de Carabineros— fue sometido a proceso por la IV Fiscalía Militar de Santiago, como autor del delito de interceptación ilegal de comunicaciones telefónicas, resolución que fue dejada sin efecto por la Corte Marcial del Ejército, Fuerza Aérea y Carabineros por sentencia de 29 de julio de 2014, dictada en los autos Rol N° 351-2014, declarándose expresamente que el actor no es encausado en dicho proceso. Por sentencia de 20 de agosto de 2014, dictada en la causa Rol N° 22.369-2014, la Corte Suprema declaró inadmisibles los recursos de queja intentados por los querellantes como último arbitrio para revertir la decisión de la Corte Marcial. La noticia publicada en los sitios web de Empresa El Mercurio S.P.A. y Empresa Periodística La Tercera S.A., e indexada por Google Inc. (buscador "Google"), Microsoft Chile S.A. (buscador "Bing") y además por el portal web del Poder Judicial www.pjud.cl, es relativa a la supuesta comisión —por parte del recurrente— del presunto delito por el cual fue objeto de querrela, sin señalar que el proceso en su contra quedó sin efecto. Ahora bien, hay tres cosas muy interesantes de este caso. En primer lugar, la acción de protección se interpone exclusivamente en contra de los buscadores y la página del Poder Judicial, no sobre los portales de noticias y, bajo este criterio, la Corte de Apelaciones la rechaza entendiendo que los recurridos no pueden ser responsables de contenido subido a Internet por terceros. La Corte Suprema revoca el fallo entendiendo que “especial intensidad se presenta en el ámbito penal la colisión potencial entre el derecho al olvido del pasado judicial como vía idónea para preservar la honra y el derecho a la información, comprensivo del ágil acceso a la misma, donde el elemento temporal juega un rol preponderante (...). (cons. Octavo). Vale decir, la sentencia se basa en la lógica del derecho al olvido digital, señalado expresamente por el sentenciador. La importancia de lo anterior radica en que en varios fallos sobre la materia la Corte Suprema decide guardar silencio, omitiendo incluso ocupar el concepto “derecho al olvido”. En segundo lugar, también es digno de resaltar lo curioso de la decisión definitiva de segunda instancia: se obliga a las páginas periodísticas El Mercurio S.A.P. y a La Tercera S.A., actualizar, complementar, aclarar y/o contextualizar las publicaciones “incluyendo una clara referencia al desenlace no discutido”, no obstante carecer del rol procesal de recurridos en la causa. Y finalmente, es menester destacar la labor de la ministra Sandoval, quien parece entender con claridad las dinámicas especiales que se dan en este asunto, al complementar el voto de mayoría con criterios absolutamente pertinentes, resaltando el carácter especial de las hemerotecas digitales y el interés público de los actos de los funcionarios públicos, fundando en esos argumentos la decisión de que no procede cancelar la noticia, siendo más proporcional su actualización.

Corte Suprema que establece un instructivo sobre publicación de sentencias, contemplándose diversos mecanismos de búsqueda de información relativa a procesos jurisdiccionales a través de la página web del Poder Judicial de Chile www.pjud.cl.

En este orden de ideas, la sola existencia del portal en Internet del Poder Judicial de la República, creado con el propósito de que la ciudadanía pueda acceder a información relevante sobre la tramitación y estado de causas de la más diversa naturaleza —con las reservas establecidas por la ley— carece de la aptitud necesaria para lesionar per se derechos fundamentales.

De este fallo se puede extraer que la Corte Suprema razona que ciertos registros de información no pueden ser objeto del derecho al olvido, por cuanto la función de publicidad que cumplen tiene tal relevancia que las personas deben aceptar la exposición ilimitada de sus datos personales divulgados en ellos. Esta decisión es del todo criticable, si tenemos presente que la Corte no realiza una fundamentación más detallada de la razón de mantener incólume al portal del Poder Judicial; no se suministran criterios para establecer excepciones a la publicidad ilimitada de los datos personales, fuera del argumento de que “la sola existencia del portal en Internet del Poder Judicial de la República, (...) carece de la aptitud necesaria para lesionar per se derechos fundamentales.” Pareciera que la Corte entiende que todos los portales de Internet que publiquen información personal pueden estar sujetos al derecho al olvido, menos el del Poder Judicial.

Sin embargo, cuando la Corte Suprema se refiere al derecho al olvido en el registro público de sanciones aplicadas a los prestadores del servicio de la defensa penal pública (consagrado en el Decreto N° 495 de 19 de agosto de 2002, que responde a su vez al artículo 74 de la Ley N° 19.718) opta por la actualización de la información⁷⁴, “puesto que se mantiene una publicación en que la información es parcial, que según expone la recurrente, la perjudica y, en cambio, han omitido parte relevante de ésta, como lo es el cumplimiento de la sanción” (cons. décimo).

⁷⁴ Sentencia en la causa Rol N.º 20.406-2018 de fecha 3 de enero de 2019 de la Corte Suprema, en sede de apelación de acción de protección. El actor, abogado que prestó servicios en la Defensoría Penal Pública, fue objeto de sanción administrativa por incumplir el estándar de defensa en un caso el 4 de enero de 2014. Solicita la eliminación de la publicación de la sanción administrativa que le fuera impuesta y que se mantiene en el sitio web de dicha autoridad, a pesar que han transcurrido aproximadamente 5 años desde su imposición y que la multa fue pagada. La acción es rechazada en primera instancia, para ser revocada por la Corte Suprema que ordena a la recurrida actualizar el Registro Público de Sanciones del año 2014, estableciendo en una columna independiente la fecha de pago de la multa respectiva.

Estos casos ilustran la disparidad de los criterios y soluciones que se han adoptado sobre el derecho al olvido digital. Postulamos que, mediante criterios definidos pero flexibles, se pueden aplicar soluciones que se encuentren en línea del ejercicio de ponderación.

Un tema importante para atender consiste en la relevancia o injerencia que tiene el principio de consentimiento del titular del dato personal dentro de la ecuación que supone el derecho al olvido digital⁷⁵. Existen autores que resaltan su importancia, opinando que la carencia de dicho consentimiento, en ciertos supuestos, es la causa basal que da origen al derecho al olvido. En este sentido hallamos a Simón, que plantea:

El principio del consentimiento del afectado, a efectos de derecho al olvido, es aplicable en un supuesto doble. En primer lugar, cuando alguien presta el consentimiento o es el mismo quién publica información que contiene datos personales en la red. En esa hipótesis, el ciudadano puede revocar su consentimiento y exigir que aquello que antes permitió —la divulgación de fotos, vídeos, comentarios, etc. en Internet— desaparezca. Esta observación es especialmente útil en el ámbito de las redes sociales, donde la simple revocación del consentimiento debería ocasionar el borrado automático de la información personal. En segundo lugar, el ciudadano puede oponerse a la información —comentarios, imágenes, vídeos, etc.— que contenga datos personales que hayan sido publicados por terceros sin su consentimiento, eso sí, con la excepción que tal divulgación de información se incardine dentro del ejercicio de las libertades informativas (2011: p. 399).

Por su parte, Mieres sostiene que “en el ámbito de las redes sociales, el mecanismo para hacer valer el derecho al olvido es el derecho a consentir el tratamiento de datos personales y el derecho a revocar en cualquier momento ese consentimiento” (2014: p. 49).

Siguiendo esta línea argumentativa respecto a la importancia del principio de consentimiento, es menester señalar que tal directriz es mencionada expresamente en la letra b) del artículo 17 del RGPD, como una causal de procedencia del derecho de supresión de datos⁷⁶.

⁷⁵ Este principio se manifiesta en el artículo 4 de la LPVP.

⁷⁶ “1.El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra

Con todo, este principio —y tal como se desprende de las citas expuestas— omite al factor cronológico del derecho al olvido, requisito común a todas sus versiones y sin el cual estaríamos simplemente ante el ejercicio de los derechos ARCO en Internet. Dentro de esta hipótesis es donde circunscribimos al derecho al olvido impropio, que no comulga con el principio de finalidad del tratamiento de datos personales y el transcurso del tiempo. Recordemos que el derecho al olvido se funda en información pasada cuya publicación es legítima, y como aquella cambia a ilícita a causa de que su publicidad deja de tener sustento en el ordenamiento jurídico en virtud del tiempo como elemento modificador de la relevancia y legitimidad de tal información. En contraste, que el titular del dato personal pueda revocar su consentimiento —caso recurrente en el área de las redes sociales— en cualquier momento excluye la valoración de otros requisitos del derecho al olvido digital. Según este raciocinio, el derecho al olvido que hemos denominado como impropio se adecua mejor a las redes sociales, siendo una categoría distinta a la que versa este trabajo.

A mayor abundamiento, dentro del principio de consentimiento no se aprecia un conflicto de derechos fundamentales, debido a que el sujeto pasivo en tal suposición no podrá ampararse en las libertades de información y expresión para controvertir la acción de olvido. En ese orden de ideas, es posible asociar al derecho al olvido con el ejercicio de los derechos de cancelación, oposición o rectificación de datos personales dentro de la Red.

Por lo demás, no se puede aseverar con certeza que las legislaciones sobre protección de datos personales referidas a bancos de datos (en nuestro caso la LPVP) que fueron instituidas para regular ámbitos muy diferentes a Internet, puedan aplicarse sin mayores problemas a esta última. Bajo esa lógica, los principios que gobiernan a estas normativas también pueden presentar desajustes al extender su aplicación a la *web*, la cual presenta características que fuerzan interpretar que “la acción de estos principios puede verse acotada y su fundamentación es diferenciada respecto al derecho de olvido digital. Así, el consentimiento del afectado no va a ser obligado en el caso de que los datos personales aparezcan contenidos en una fuente de acceso público (...) y, al encontrarnos ante un concepto jurídico indeterminado, su tratamiento conforme a la existencia de un interés legítimo requiere ser valorado de forma individualizada (...). Por este motivo, puede afirmarse que el principio del consentimiento en sí mismo no sustenta al derecho al olvido digital” (López 2015: p. 160).

alguna de las circunstancias siguientes: b) el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), y este no se base en otro fundamento jurídico”.

En definitiva, incluso si se reconociera a este principio como fundante del derecho al olvido en Internet, de todas formas se requiere una reinterpretación de su alcance para hacerlo aplicable al mundo digital, ya que su concepción tradicional no resulta adecuada para explicar el complejo escenario que implica nuestro tópico de estudio. A esto debemos agregar que tal principio reconoce importantes excepciones recogidas por la LPVP, siendo una de las más relevantes la que dice relación a datos personales que provengan o que se recolecten de fuentes accesibles al público.

1.2.- Legitimado pasivo

El RGPD se refiere a este sujeto como el “responsable del tratamiento” de datos personales. Siguiendo nuestra legislación, sería el equivalente al responsable del registro o banco de datos del cual hace alusión la LPVP⁷⁷.

Según la hipótesis de procedencia del derecho al olvido digital, a este sujeto inicialmente le asistía la legitimidad para publicar información o noticias que contengan datos personales y mantener tal publicación, en cuanto la difusión y manipulación de aquellos antecedentes encontraba su sustento en las libertades de expresión e información⁷⁸, o incluso en normas de rango legal más específicas, como la ley N° 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo. En este punto, compartimos la visión de Reusser, respecto a reconocer la relevancia de las libertades que amparan a estos sujetos, destacando el marco jurídico amplio dentro del cual se desenvuelven y, por consiguiente, todas las restricciones y limitaciones a su haber deben adoptarse fundadamente puesto que “lo admisible en materia de libertad de expresión es la búsqueda de la responsabilidad *a posteriori* y nunca la censura previa” (2018: p. 29).

En particular, podemos identificar a tres “responsables del registro o banco de datos” en los términos de lo estipulado en el artículo 2 letra n) de la LPVP, sobre los cuales se puede ejercer el derecho

⁷⁷ “Artículo 2°. - Para los efectos de esta ley se entenderá por: n) Responsable del registro o banco de datos, la persona natural o jurídica privada, o el respectivo organismo público, a quien compete las decisiones relacionadas con el tratamiento de los datos de carácter personal”.

⁷⁸ El artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce limitaciones para el ejercicio de la libertad de expresión, señalando que esta “entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

al olvido, y que se pueden interpretar como verdaderos ámbitos de aplicación: las páginas o plataformas de Internet; los motores de búsqueda y las hemerotecas digitales. En las siguientes páginas abordaremos el estudio de cada uno de ellos.

1.2.1.- Titular del sitio *web* o URL⁷⁹

El titular o editor de las páginas *web* es el responsable de la publicación de la noticia y de su mantenimiento y soporte en línea. Puede tratarse de cualquier medio de comunicación, ya sea uno tradicional cuyo giro principal sea la labor periodística, o bien, un simple internauta que decide hacer la publicación (como en el caso de los *blogs* o foros virtuales), toda vez que Internet franquea la posibilidad de subir contenido de manera sencilla, contando simplemente con un computador y conexión a la Red de redes. La legitimación pasiva de los encargados de las páginas *web* se encuentra justificada en el hecho de que son estos sujetos los responsables del sustento y dirección del medio donde se difunde la noticia, por lo que podríamos contemplar que la acción emanada del derecho al olvido, en principio, debería ejercerse en contra de ellos, por ser los sujetos que de manera directa han generado su hipótesis basal, siendo la causa que origina la necesidad de emplear el control y disposición de los datos personales que permite el derecho al olvido.

Pero existe otra consideración esencial: la gran importancia que tiene este sujeto pasivo radica en que, por regla general, será la fuente o publicación original de la noticia cuestionada. Esto tiene una consecuencia de mucha relevancia puesto que, si se llega a afectar dicha publicación, estamos limitando con mayor intensidad las libertades de información o expresión. De tal forma que, si se decide derechamente eliminar la noticia de su fuente original, se configura la expresión de mayor potencia del derecho al olvido digital, donde aquellas libertades serán suprimidas en su totalidad. Correctamente Corral lo explica de la siguiente manera: “Esta posición tiene la ventaja de que, suprimida la noticia en su fuente, ya no podrá aparecer en ningún motor de búsqueda de Internet. Pero esta posición tiene también inconvenientes serios, ya que la libertad de información se ve mucho más radicalmente afectada: si el medio digital no tiene respaldo en papel, la noticia desaparecerá para siempre. Además, si la noticia se ha difuminado por muchas páginas *web*, *blogs* o Facebook no hay manera práctica de ejercer judicial o administrativamente el derecho, siendo más factible y útil obtener que no sea enlazada por los motores de búsqueda” (2017: p.16).

⁷⁹ *Uniform Resource Locator*, cuya traducción es Localizador de Recursos Uniforme. Corresponde a la dirección exacta y única de una página en la Red.

Esto nos permite arribar a la conclusión de que, para proponer las soluciones que sean necesarias en la hipótesis de procedencia del derecho al olvido, se debe tener en especial consideración que la afectación a las fuentes originales no debería ser la primera opción, y exclusivamente se debe recurrir en contra de ellas cuando la acción derivada del derecho al olvido dirigida en contra de los motores de búsqueda no sea suficiente para garantizar el objeto de este derecho.

Más arriba hemos señalado que deben existir razones de corte mayor para afectar a la fuente original. Incluso, en el célebre caso Costeja, la AEPD desestimó la solicitud respecto a la fuente directa, por tener una justificación en el interés público sobre el cual se sustentaba la publicación. Podemos aseverar que la fuente directa goza de mayor protección en cuanto es la manifestación más cercana de las libertades de expresión e información. Es más, producto de ello es que el *webmaster* podrá ejercer causales de exoneración para oponerse al derecho al olvido, y que en general dicen relación a la preponderancia en el interés público actual que contenga la información, defensa que no tienen los motores de búsqueda⁸⁰.

Si bien aplicar el derecho al olvido en las páginas *web* supone una afectación más contundente a las libertades de expresión e información, de ello no puede concluirse que estas plataformas necesariamente deben mantenerse incólumes. Como hemos concluido en el capítulo anterior, es perfectamente posible, luego de realizado el ejercicio de ponderación, disponer que es necesaria la afectación de la fuente original, pero también supone ser una medida excepcional y que sólo deberá ejercerse cuando no sea posible tomar otra providencia para salvaguardar el correcto equilibrio entre los derechos fundamentales en conflicto.

La sentencia de nuestra Corte Suprema recaída en la causa EMOL precisamente se inclina por desestimar la responsabilidad del motor de búsqueda y acoger la pretensión del actor en cuanto la eliminación de la noticia únicamente desde su fuente de origen. Una de las principales consideraciones que observó el tribunal consistió en que, si la información publicada en una página *web* tiene un respaldo físico, entonces no sería la fuente original *per se* y podría ser objeto del derecho al olvido, en el entendido

⁸⁰ Según Muñoz, la sentencia del TJUE en el caso Costeja distingue de forma clara las funciones que ejercen los responsables de las páginas *web* y de los motores de búsqueda, debido a que “podría darse el caso de que el interesado pudiera en determinadas circunstancias ejercer los derechos de cancelación y oposición respecto del gestor de un motor de búsqueda, pero no contra el editor de la página web donde aparece originalmente publicada la información, y donde seguirá apareciendo. Todo ello, en respeto de la libertad de expresión y la libertad de prensa” (2015: p. 249).

de que “no se trata de que la información personal —como de la que se trata en el presente caso— sea eliminada de todo tipo de registro, sino que el acceso a la misma debe ser circunscrita a las fuentes oficiales de la información, de manera que puedan ser siempre consultadas por quien tenga un interés real en conocerla y con alguna finalidad específica —de investigación, por ejemplo—. Mantener vigente una noticia como la ya mencionada después de una década, es ajena a la finalidad de informar a la ciudadanía de los hechos ocurridos en ese momento determinado, que es en el que presenta mayor interés y utilidad” (Cons. quinto).

A nuestro pesar, la Corte Suprema tiene asentada la jurisprudencia de no afectar a los motores de búsqueda por entender que no son responsables del contenido que suben terceros, es decir, la fuente originaria o las páginas *web*. El máximo Tribunal omite hacer una construcción argumentativa en torno a fundamentar la legitimidad pasiva única que, a su parecer, tienen estos últimos sujetos. Nuestra postura es contraria, tal como lo desarrollaremos en su oportunidad. Por ahora sólo es oportuno señalar que las acciones del derecho al olvido deberían dirigirse de forma preferente contra los motores de búsqueda, por no ser la fuente original y propiciar un alto grado de difusión de las noticias que contienen datos personales⁸¹.

Una de las más grandes dificultades que tiene accionar contra la página *web* es la determinación, individualización y localización de su responsable, titular, editor o *webmaster*. Son comunes los casos donde los sujetos pasivos de las pretensiones de olvido son hemerotecas digitales, debido a que su función primordial precisamente consiste en mantener noticias o informes periodísticos. En tales casos, la determinación del responsable será sencilla por ser empresas periodísticas con domicilios conocidos.

Pero en casos donde la fuente original sea un sujeto de mayor informalidad su identificación es más compleja, incluso podría ser imposible, como sucede en los *blogs* de Internet. Un ejemplo es la causa

⁸¹ Otro ejemplo que podemos señalar es la sentencia en la causa Rol N° 4.317-2019 de fecha 22 de abril de 2019, sede apelación de acción de protección. Los hechos de la causa consistieron en que la recurrente estima como arbitraria e ilegal la mantención de las publicaciones en la página *web* institucional del Ministerio Público efectuadas los días 28 y 30 de mayo de 2012, referidas a un juicio oral seguido en su contra por delitos por de estafa y ejercicio ilegal de la profesión de abogado perpetrados en los años 2008 y 2009, de los que resultó absuelta. La Corte Suprema revoca el fallo de primer grado y acoge la pretensión de la recurrente, ordenando la eliminación de las publicaciones. Si bien, el fallo tiene un espectacular desarrollo argumental respecto al factor cronológico como disipador del interés público de las noticias (desde los cons. tercero hasta el quinto) de todas maneras es criticable por eliminar una noticia en materia penal que se encontraba actualizada sin entrar a analizar otras soluciones menos lesivas a la libertad de información. Es más, en el cons. quinto se refiere al factor de exposición que tienen los motores de búsqueda sobre la recurrente, pero no hay reflexión alguna de la posibilidad de desindexar la información.

Rol N° 54-2020⁸², donde la Corte Suprema, siendo fiel a su lema, repite que “los motores de búsqueda de Internet no son responsables de los datos que crean los usuarios, sino que su función se limita a indexar la información, la que es creada por terceros al amparo de la libertad de emitir opinión y de información garantizada en el artículo 19 N° 12 de la Carta Fundamental, con las limitaciones y responsabilidades allí establecidas.” (Cons. quinto). Pero lo interesante es esto: la Corte, previo a resolver, ordena a la Policía de Investigaciones la identificación del autor de la publicación en el *blog*, no siendo posible hacerlo por no contar con los antecedentes suficientes (ya que *Google* nunca respondió el oficio donde se le solicitaba información). La Corte Suprema, en su postura inamovible de mantener intocables a los gestores de búsqueda, compele al actor a dirigirse a la fuente originaria y, al ser esto imposible, lo deja en un estado de indefensión. Los criterios para determinar la solución aplicable en el derecho al olvido son eminentemente flexibles toda vez que, en función de la ponderación caso a caso, los remedios necesariamente variarán.

Como hemos anotado anteriormente, el derecho al olvido digital es una reclamación *ex post* del control y disposición de datos personales en la *web*. Por consiguiente, no proponemos obligaciones previas que deban tener estos sujetos, más allá de no infringir otros derechos fundamentales, como la privacidad o la honra. Pero en lo tocante al olvido, sería totalmente desproporcionado establecer a su respecto obligaciones de prevención en la publicación y mantención de la información. Lo anterior conduce a entorpecer gravemente el ejercicio de la libertad de expresión e información a tal punto que podría incluso considerarse censura previa; encareciendo los costos de producción; desincentivando la creación de medios de comunicación; volviendo innecesariamente más complejo el ejercicio de la libertad de expresión.

⁸² Sentencia de fecha 10 de junio de 2020 en la causa Rol N° 54-2020 de la Corte Suprema, que es la apelación de una acción de protección. El actor dirige su libelo en contra de Google y cualquier otra entidad que resulte responsable de la información contenida en el sitio web www.paginapolicial.blogspot.cl y que se refiere a la condena del recurrente por el ilícito previsto en el artículo 13 del D.L. 3500, en relación con el artículo 467 inciso final del Código penal a dos penas de 541 días, delito acaecido hace más de trece años, donde la entrada respectiva fue publicada el 8 de mayo de 2008 por un autor anónimo, atendida la naturaleza de los sitios web conocidos como “blog”. El tribunal de primer grado rechaza la acción y la Corte Suprema lo confirma. El fallo pone énfasis en el carácter anónimo del autor de la publicación, que es un hecho recurrente en los blogs. A su vez, define a estos como “un sitio web que incluye, a modo de diario personal de su autor o autores, contenidos de su interés, que suelen estar actualizados con frecuencia y a menudo son comentados por los lectores. De hecho, cualquier persona y en cualquier parte del mundo, puede crear un blog de manera gratuita, siguiendo algunos sencillos pasos previos estandarizados” (cons. tercero).

Sin ser óbice de lo anterior, los responsables de las páginas *web* deberían observar una diligencia mínima en virtud de la cual se busque evitar perjuicios innecesarios a la personas, en este caso, los titulares de los datos personales, como censurar ciertos datos (como sucede con los nombres de los menores de edad, o “pixelar” los rostros de los involucrados en la noticia) cuando no sean necesarios para satisfacer la función de informar y siempre que dicha medida no se traduzca a una lesión de las libertades fundamentales en cuestión⁸³.

Pero cuando la información se encuentra contenida en páginas de Internet dedicadas al ejercicio periodístico, el sistema de responsabilidad al cual estarán constreñidos será el establecido en la ley N.º 19.733 que regula esa materia. Sujetos a esa consideración primordial, es aceptable elevar el estándar de responsabilidad exigiendo el cumplimiento de medidas que eviten ulteriores perjuicios a las personas en el desarrollo de la actividad atendido el nivel profesional que debe imperar en estas plataformas, no obstante ser difícil de aplicar un parámetro de responsabilidad uniforme por la dispersión de las normas que regulan estos medios⁸⁴. Estos esfuerzos preventivos están en sintonía con el debido balance que debe existir en la materia, por lo que es razonable concluir que “un portal de noticias en las circunstancias del caso estaría en una posición de *least cost avoider*, esto es, de prevenir la lesión a un menor coste, en comparación con el particular afectado. La compañía es quien controla el medio a través del cual se produce y permanece la lesión del derecho, y le corresponde un específico deber de diligencia en la evitación de estos daños” (Mieres 2014: p. 33).

A *contrario sensu*, el RGDP reconoce al derecho al olvido digital tanto así como un derecho, como una obligación para el responsable del tratamiento de datos (Moreno 2020: p. 133). En su considerando 39 establece que “Para garantizar que los datos personales no se conservan más tiempo del necesario, el responsable del tratamiento ha de establecer plazos para su supresión o revisión periódica. Deben tomarse todas las medidas razonables para garantizar que se rectifiquen o supriman los datos personales que sean inexactos”.

⁸³ Puede tratarse de medidas de carácter tecnológico, que eviten la difusión desmedida de la noticia, por ejemplo, “utilizar códigos de exclusión, como el denominado robots.txt, que informan al motor de búsqueda que no indexe o almacene la página web, o que no la muestre en sus resultados de búsqueda” (Mieres 2014: p. 42).

⁸⁴ Reusser sostiene que esta dificultad dice relación al no existir un cuerpo normativo que regule de forma sistemática el ejercicio del periodismo. Estas normas están repartidas entre la Constitución, la ley N.º 19.733 y el Código Penal. Respecto a este último, se distinguen los artículos 161 A que sanciona a quien capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado, y los artículos 373 y 374 que les prohíben a los medios de comunicación ciertas conductas que atentan contra las buenas costumbres (2018: p. 26).

Junto a lo anterior, el artículo 17 del RGPD establece una especie de categoría de responsables de los datos, con el propósito de reforzar las obligaciones preventivas que tiene el titular del sitio *web*⁸⁵. En primer lugar, existiría el responsable original, identificable como el editor de la página de Internet, que en el evento de ser procedente el derecho al olvido, debe tomar todas las medidas pertinentes para informar a los responsables secundarios, que serían los motores de búsqueda, de la solicitud de supresión de los datos personales. De dicha forma, el motor de búsqueda “no podrá considerarse como un «tercero», sino también «responsable» del tratamiento de datos, un segundo responsable si se quiere a partir de la información que rastrea y capta de Internet entre los datos introducidos por los «iniciales» o primeros responsables de datos” (Cotino 2015: p. 412).

Como hemos reiterado profusamente, toda medida que prescinda de la debida ponderación de los derechos fundamentales que colisionan es aventurada, al omitir el forzoso análisis particular con el cual se debe resolver el caso concreto. Lo que hacen estas normas es imponer al legitimado pasivo la obligación de realizar la ponderación por sí mismo y de forma previa, con lo que se corre serio riesgo de transformar a los medios de comunicación de Internet en entes de autocensura o controladores del interés público, dejando en su poder la decisión de que noticias o información circularán dentro de la *web*. La incorporación de deberes preventivos de tal naturaleza refuerza al derecho al olvido —derecho de supresión de datos según el RGPD— de forma inmoderada, al partir de la base de que toda información necesariamente deberá ser suprimida o al menos modificada (sin perjuicios de las expresiones que contempla), consideración de la cual se extrae que el derecho al olvido sería la regla general, procediendo por defecto, lo que es un error. Si bien, la obligación de establecer plazos a los cuales se refiere el RGPD es un esfuerzo de incorporar criterios objetivos para resolver el derecho al olvido, estos plazos no necesariamente serán uniformes, ya que cada responsable podría establecer aquel que entienda apropiado.

1.2.2.- Motores de búsqueda

⁸⁵ “2. Cuando haya hecho públicos los datos personales y esté obligado, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, a suprimir dichos datos, el responsable del tratamiento, teniendo en cuenta la tecnología disponible y el coste de su aplicación, adoptará medidas razonables, incluidas medidas técnicas, con miras a informar a los responsables que estén tratando los datos personales de la solicitud del interesado de supresión de cualquier enlace a esos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos”.

Podemos definir a los motores de búsqueda como un “proveedor de contenidos, que consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado” (Platero 2016: p. 247). Los buscadores no son la fuente original y tampoco la controlan, “por tanto, los mismos no pueden ser, por su propia consideración, garantes de la veracidad y de los contenidos que indexan.” (Mate 2016: p. 196). A su vez, la Real Academia de la Lengua Española define la palabra indexar como “Registrar ordenadamente datos e informaciones, para elaborar su índice”.

La función que ejercen estas herramientas son básicas dentro de la navegación en el ciberespacio. Su utilización es tan común que incluso han aparecido nuevas palabras para referirse a dicha actividad en específico⁸⁶. El impacto que tienen estos instrumentos informáticos sobre los internautas suele ser subestimado. Los motores o gestores de búsqueda son “ojos mágicos” que permiten focalizar lo que escudriñamos; pero son de doble vía, debido a que el tránsito de información no es unidireccional. Por un lado, permiten acceder a la información de forma rápida y sistémica; sus usuarios pueden hurgar contenidos de Internet que, de no mediar los buscadores, nunca hubiesen accedido. Por otro, los algoritmos de los gestores recopilan nuestras búsquedas, las que a su vez desnudan nuestros intereses, gustos, preferencias o inquietudes. Podemos mentirles a las encuestas, a nuestros seres queridos o a quien sea, pero nunca lo haremos en nuestras búsquedas. No es mera coincidencia que las plataformas del ciberespacio nos muestren bienes o servicios sobre los cuales previamente hemos mostrado interés, creando una “burbuja informativa” dentro de la cual estamos expuestos a contenidos predeterminados por nuestras propias acciones cuando navegamos, como un efecto reflejo o karma. Internet y los motores de búsqueda conocen mucho más de nosotros de lo que sabemos... O nos gustaría. Esto habla de una realidad innegable: los motores de búsqueda maximizan la exposición de la información, extendiendo su difusión de forma casi imposible de controlar, en función de todos los enlaces o *links* que se pueden generar a partir de su disseminación en Internet.

En lo que respecta a nuestro objeto de análisis, la función de búsqueda y hallazgo de datos personales en la *web* se hace de forma tremendamente eficiente, dando la posibilidad de encontrar casi cualquier tipo de información que exista dentro de ella. Pero es esta utilidad la que transforma a los motores de búsqueda en elementos potencialmente dañinos, atendiendo a que “la potencia de los motores

⁸⁶ Así ocurre con expresiones como “googlear”, que dejan de manifiesto el carácter habitual, sencillo y necesario que tienen los motores de búsqueda (Moreno y Serrano 2017: p. 38).

de búsqueda de Internet para recopilar datos relativos a un individuo concreto en cualquier momento, desde cualquier lugar, sin ningún tipo de procedimiento administrativo, sin que la persona que los busca revele su identidad propia y de forma gratuita plantea un peligro aún mayor. Debemos repensar cuidadosamente el equilibrio necesario” (De Terwangne 2012: p. 56).

Este peligro que suponen los motores de búsqueda también debe analizarse como un efecto “multiplicador” en la difusión de los datos personales. Una vez expuesta la información por la fuente original, será tarea del motor de búsqueda encontrarla, indexarla y luego exhibirla de forma sistematizada según los criterios que establezcan los internautas (Simón 2011: p. 403).

La discusión respecto a considerar a los motores de búsqueda como sujetos pasivos del derecho al olvido digital y la delimitación de su responsabilidad formal no ha sido fácil. Como ejemplo de esta complejidad, podemos señalar las diferentes visiones entre Europa continental y EEUU, cuyas tradiciones y sistemas jurídicos los enfrentan en soluciones antagónicas, habida cuenta que en el primero de ellos “se haya producido un reconocimiento expreso del derecho al olvido digital. Además, al haberse establecido la jurisprudencia de que los motores de búsqueda son responsables del tratamiento de los datos personales, la información susceptible de olvido simplemente se puede desindexar, no siendo necesaria su desaparición de la fuente de origen, y por lo tanto, no quedando afectado el derecho a investigar ni el derecho a la información. Sin embargo, en Estados Unidos no se concibe esta cuestión, porque los motores de búsqueda no ostentan ningún tipo de responsabilidad sobre la información que aparece en sus resultados de búsqueda” (Moreno 2019: p. 274).

La misma AEPD ha manifestado una evolución en sus criterios. Dentro de sus primeros pronunciamientos, consideraba a buscadores (*Google, Yahoo, MSN Search, AOL Search*, entre otros) como intermediarios neutrales del traspaso de la información, al entender que su función se limitaba a mostrar resultados sobre antecedentes que han sido subidos a Internet por terceros, por lo que en rigor y al no existir estos datos personales dentro de los servidores de los motores de búsqueda, los afectados debían dirigirse exclusivamente en contra de los titulares o editores de las páginas *web* que originalmente publicaban la noticia. Con posterioridad, dicha Agencia se inclina por la posición contraria, dictaminando que el servicio prestado por estas herramientas se circunscribe dentro de lo que la legislación española considera tratamiento de datos y, por ende, son responsables de los mismos, bajo el razonamiento de que

no es posible pensar la búsqueda de información a través de los motores como una conducta sin limitaciones, que consisten principalmente en los derechos de los titulares de los datos personales (Orza y Ruiz 2011: p. 376).

El criterio de la AEPD es confirmado por el TJUE en el caso Costeja, al establecer la responsabilidad de los motores de búsqueda —particularmente Google—⁸⁷ respecto al tratamiento de los datos personales. La decisión del tribunal se concreta en 4 temas particulares:

- a) Es posible aplicar la normativa europea de protección de datos personales (en esa época la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995) a los motores de búsqueda y, en consecuencia, la actividad y procesamiento que hacen estas herramientas “debe calificarse de «tratamiento de datos personales», (...) cuando esa información contiene datos personales, y, por otro, el gestor de un motor de búsqueda debe considerarse «responsable» de dicho tratamiento (...)” (par. 100 N° 1).
- b) Se aplicará la legislación nacional del Estado miembro dentro del cual se encuentre la filial o sucursal del motor de búsqueda, no obstante su matriz se encuentre fuera de Europa (par. 100 N° 2).
- c) El derecho al olvido digital (que es interpretado mediante la aplicación extensiva de los derechos ARCO) se concreta en los motores de búsqueda a través de la obligación de “eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, también en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de

⁸⁷ La principal defensa que presentó *Google* fueron las siguientes: (i) en primer lugar “la actividad de los motores de búsqueda no puede considerarse tratamiento de los datos que se muestran en las páginas web de terceros que presenta la lista de resultados de la búsqueda, dado que estos motores tratan la información accesible en Internet globalmente sin seleccionar entre datos personales y el resto de información. En su opinión, además, aun suponiendo que esta actividad deba ser calificada de «tratamiento de datos», el gestor de un motor de búsqueda no puede considerarse «responsable» de ese tratamiento, ya que no conoce dichos datos y no ejerce control sobre ellos” (par. 22); (ii) por otro lado, “en virtud del principio de proporcionalidad, cualquier solicitud que tenga por objeto que se elimine información debe dirigirse al editor del sitio de Internet de que se trate, ya que éste es quien asume la responsabilidad de publicar la información, quien puede examinar la licitud de esta publicación y quien dispone de los medios más eficaces y menos restrictivos para hacer que esa información sea inaccesible. Además, consideran que imponer al gestor de un motor de búsqueda que retire de sus índices información publicada en Internet no tiene suficientemente en cuenta los derechos fundamentales de los editores de sitios de Internet, del resto de los internautas y del propio gestor” (par. 63).

estas páginas web, y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita” (par. 100 N° 3)⁸⁸.

- d) Se establecen criterios para realizar el ejercicio de ponderación, dictaminando que no es necesaria la existencia de perjuicios del afectado y que los derechos de protección de datos personales le permiten a su titular “solicitar que la información de que se trate ya no se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en tal lista de resultados, estos derechos prevalecen, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en acceder a la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona. Sin embargo, tal no sería el caso si resultara, por razones concretas, como el papel desempeñado por el interesado en la vida pública, que la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate” (par. 100 N° 4).

La sentencia reconoce “una conducta activa de los motores de búsqueda sobre los datos que maneja como resultado de su actividad, perfectamente encajable en la definición de «tratamiento de datos personales» de la Directiva Europea 95/46” (Azurmendi 2015: p 284) y, en consecuencia, instituye una responsabilidad propia y autónoma de los motores de búsqueda, distinta a la fuente de origen, puesto que no podrán excusarse a partir de las conductas o condiciones que les asistan a estos últimos sujetos y, por tanto, deberán velar por el cumplimiento eficaz de los derechos de los titulares de los datos, exhibiendo una conducta activa en vistas de no causar algún daño en el ejercicio de su función (Mieres 2014: p. 43)⁸⁹.

⁸⁸ Según Azurmendi, una de las razones más importantes que tuvo presente el tribunal para dar lugar a la eliminación de los enlaces radica en “el efecto multiplicador y diseminador que tiene la publicación en Internet, hasta el punto de que se pierde el control sobre los contenidos” (2015: p. 286).

⁸⁹ Es relevante mencionar que la sentencia del TJUE en el caso Costeja fue la base para la dictación de la sentencia de 29 de diciembre de 2014, de La Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, Sección Primera, que en definitiva resuelve el litigio, contando con el mérito de ser la primera sentencia de un tribunal español que reconoce el derecho al olvido en Internet, consolidando los criterios establecidos por el TJUE (Azurmendi 2015: p. 292).

Esta sentencia fue objeto de recurso de casación por *Google Spain S.L.*, resuelto en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de marzo de 2016 [RJ\2016\1525], donde modificó cierto criterio adoptado por la Audiencia Nacional, por cuanto determinó que la filial española de Google no es corresponsable en el tratamiento de datos personales. Bajo esta disposición, “el Tribunal Supremo modifica el criterio instaurado por la Audiencia Nacional y obligará a los usuarios que quieran hacer valer sus derechos a hacerlos valer contra la sede central del buscador. Dicha decisión limitará las posibilidades de los internautas, pero tal y como se reconoce en la propia resolución, es acorde con las decisiones que en otros países de Europa se han dado a estos conflictos” (Mate 2015: p. 213).

En julio de 2014, *Google* en respuesta a la contundencia de la sentencia, agrupó un consejo asesor para crear pautas y protocolos con el objeto de resolver los casos de derecho al olvido que se le presentaran. La principal conclusión a la cual arribó dicho órgano consistió en “la limitación de la universalidad del derecho al olvido en función de los sujetos que solicitan el borrado (a quienes clasifica en tres niveles distintos de dificultad-facilidad para suprimir los datos requeridos: personas con proyección pública general, personas sin esa proyección y personas con proyección pública sólo en un ámbito determinado como directores de escuelas, funcionarios públicos, etc.); en función del contenido de la información de que se trate; y, finalmente, en función del territorio. En este sentido la recomendación más importante es que el derecho al olvido sólo se aplique en Europa y para los ciudadanos europeos” (Azurmendi 2015: pp. 291 - 292).

Otra consecuencia fue que *Google* implementó un formulario para dar cumplimiento a lo resuelto por el TJUE. Se trata de una solicitud dirigida al buscador y que no es vinculante para este, puesto que tiene que ser previamente analizada y resuelta según estime conveniente. La medida dejó a esta empresa en una posición bastante complicada debido a que, en rigor, se comprometió la neutralidad con la cual debe ejercer su función, correspondiéndole solucionar circunstancias que pueden resultar altamente complejas. Por un lado, el peso de pronunciarse sobre eventuales casos de derecho al olvido a una de las mismas partes involucradas claramente le resta objetividad e imparcialidad a la decisión, no necesariamente en el sentido de que *Google* la resolverá a su favor, sino que existe un riesgo de actuar con un exacerbado celo en el cumplimiento de la sentencia, producto del cual se den lugar a solicitudes improcedentes. Por otro, si bien puede reconocerse que es un intento para facilitar a los usuarios de Internet la posibilidad de acceder a la pretensión del derecho al olvido, no es menos cierto que perfectamente se pueden dar casos abusivos donde las solicitudes no sean cursadas de buena fe⁹⁰. Como sostiene Cotino, resulta cuestionable que el propio *Google* deba resolver estos problemas, bajo la consideración de que “el TJUE tampoco parece tener en cuenta el efecto que produce que el acceso efectivo a la información en Internet, instrumentado esencialmente a través de Google –y otros buscadores– quede condicionado a los

⁹⁰ “Sin embargo, puede ocurrir que el trabajador encargado de examinar el contenido de lo denunciado pueda no conocer la falsedad de la información cuya retirada se pretende. Pensemos en supuestos de competencia desleal. En esos casos entiendo que la mera denuncia no debería conllevar la desindexación automática del contenido, al no poder el buscador dar garantía de la veracidad de lo que se pone en su conocimiento, o porque no queda acreditada alguna de las circunstancias necesarias para poder reconocer el derecho al olvido de algún usuario. Esto supone obligar a Google a hacer juicios difíciles sobre el derecho del individuo a ser olvidado y el derecho público a saber” (Mate 2016: p. 2014).

criterios privados, ya sean los criterios de los afectados por la información que solicitan la retirada masiva de contenidos, ya sea de Google a la hora de estimar o no las solicitudes de retirada” (2015: p. 419).

De igual forma se ha criticado lo sesgado de este mecanismo, que sólo puede ser impetrado por ciudadanos de la Unión Europea —lo que compromete el principio de igualdad— y mediante una exposición circunstanciada de las causas que fundan la petición, además de sólo ser procedente el borrado de enlaces que no tengan el carácter de relevantes (López 2015: p. 172).

Las medidas en las que incurre Google para satisfacer los requerimientos establecidos en la sentencia del TJUE dejan de manifiesto que el buscador, para ejercer su función básica, deberá contar con un legítimo interés (par. 73 y 74) ya que el tratamiento de datos que realiza no encuentra justificación suficiente en las libertades de información y expresión, incluso en la de empresa u otras análogas. En ese escenario, el derecho al olvido se aplicaría calificando “la existencia, por parte del titular, de un interés en la oposición, y un interés legítimo por parte del buscador, equilibrio entre ambos el cual podrá depender de (a) supuestos específicos, (b) de la naturaleza de la información tratada, (c) del carácter sensible para la vida privada de la persona afectada, (d) del interés del público en disponer de dicha información y (e) del papel que la persona desempeñe en la vida pública” (Martínez 2017: p. 30).

Pero el establecimiento de obligaciones con estas características no ha sido compartido por toda la doctrina, por cuanto se han alzado críticas a esta sentencia que deja a los motores de búsqueda en una posición precaria, no reconociendo su labor esencial dentro de Internet, lo que puede desincentivar su desarrollo y, por otra parte, transformarlos en un elemento de censura de información, además de no precisar la función que cumple el principio del consentimiento en el tratamiento de datos personales en los buscadores puesto que, de serles aplicable tal directriz, arribamos a la conclusión de que sólo podrían salir como resultados de búsqueda información de titulares que hayan prestado previamente su consentimiento, asimismo, pone en manos de *Google* la solución de futuros conflictos de forma preventiva, lo que resulta paradójico toda vez que se prescinde del ejercicio del derecho al olvido respecto a esos terceros (Cotino 2015: pp. 417 - 421).

Otras críticas estriban en la decisión de afectar exclusivamente al motor de búsqueda, manteniendo indemne a la fuente original. Esto tiene como resultado que “los problemas de la perennidad, descontextualización y desactualización de esos datos perviven. El acceso a la información siempre será

posible por otras vías. Además, como se ha puesto de manifiesto en esta sentencia, al tratarse de un derecho sólo reconocido en Europa nos hallamos ante un grave obstáculo que dificulta su protección e imposibilita su control dada la naturaleza global que caracteriza Internet. Es decir, nos encontramos ante un derecho personalísimo de alcance territorial limitado cuyo reconocimiento es diferenciado en tanto a los sujetos pasivos —sólo si se trata de cibernautas europeos— y activos —exigible a responsables del tratamiento de datos localizados en el territorio europeo” (López 2015: p. 171).

De hecho, respecto al alcance del derecho al olvido en los motores de búsqueda se ha generado una nueva polémica de interpretación de la normativa de protección de datos en Europa, por cuanto la sentencia en comento no resolvió expresamente si, en el evento de dar lugar al derecho al olvido digital sobre los motores de búsqueda, los remedios serían aplicables únicamente al dominio del país miembro de la Unión donde ocurrieron los hechos o si, por el contrario, deben tener aplicación universal. Esta disyuntiva estriba en el hecho de que “en cada país Google tiene un dominio diferente, y en el caso del “.com” redirige la búsqueda de forma automática al nombre de dominio que corresponde al país desde el que considera que dicha búsqueda se ha efectuado, gracias a la identificación de la dirección IP del internauta. Sin embargo, con independencia de su localización, los usuarios pueden efectuar sus búsquedas en los demás nombres de dominio del motor de búsqueda” (Moreno 2020: p. 132).

La CNIL de Francia precisamente se inclina por esta última opción, hablando de un derecho al olvido global, multando a *Google* por 100.000 euros por sólo aplicar las medidas en los buscadores locales (Corral 2017: p. 8; Cotino 2015: p. 423)⁹¹. Pero el TJUE, mediante la sentencia de 24 de septiembre de 2019, C-507/17, asunto “*Google LLC con Commission nationale de l’informatique et des libertés*”⁹²

⁹¹ Nuestro país se encuentra en una situación bastante particular por cuanto, de trasladarse esta discusión a nuestras fronteras, podríamos concluir que *Google* hace un tratamiento de datos personales en Chile. Reusser lo explica así: “Cabe hacer presente que con esta lógica comercial también existe *Google Chile*, con oficinas en Santiago de Chile y que actúa de la misma forma que *Google Spain*, desde luego, una filial de *Google Inc*. Pero va más allá todavía: en nuestro país se encuentra el primer centro de datos del hemisferio sur del grupo *Google*, es decir que en nuestro país, directamente, se realizan operaciones de tratamiento de datos” (208: p. 105).

⁹² Sentencia de 24 de septiembre de 2019, C-507/17, asunto “*Google LLC con Commission nationale de l’informatique et des libertés*”, sentencia disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=4B56754018D920AE08B836813CCD8B88?text=&docid=218105&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1030231>. Fecha última consulta: 7 de marzo del 2022.

El criterio del TJUE no es rígido, abriendo la posibilidad a los Estados miembros de aplicar la solución contraria si la ponderación de los intereses contrapuestos lo exige: “aunque el Derecho de la Unión no exige, en la situación actual, que, cuando se estime una retirada de enlaces, esta se realice en todas las versiones del motor de búsqueda de que se trate —como se ha indicado en el apartado 64 de la presente sentencia—, tampoco lo prohíbe. Por lo tanto, una autoridad de control o judicial de un Estado miembro sigue siendo competente para realizar, de conformidad con los estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales (...), una ponderación entre, por un lado, los derechos del interesado al respeto de su vida privada

desestima la postura de la agencia francesa disponiendo que “cuando el gestor de un motor de búsqueda estime una solicitud de retirada de enlaces en virtud de estas disposiciones, estará obligado a proceder a dicha retirada no en todas las versiones de su motor, sino en las versiones de este que correspondan al conjunto de los Estados miembros, combinándola, en caso necesario, con medidas que, con pleno respeto de las exigencias legales, impidan de manera efectiva o, al menos, dificulten seriamente a los internautas que efectúen una búsqueda a partir del nombre del interesado desde uno de los Estados miembros el acceso, a través de la lista de resultados que se obtenga tras esa búsqueda, a los enlaces objeto de la solicitud de retirada”.

Otro fallo reconocido dentro de la doctrina⁹³ respecto a la responsabilidad que les compete a los motores de búsqueda respecto al derecho al olvido es la Sentencia T-277 de 2015, de la Corte Constitucional de Colombia (Primera Sala), del 12 de mayo de 2015⁹⁴. Lo interesante de esta sentencia es que, no obstante tener en consideración el fallo del TJUE sobre el caso Costeja, el tribunal colombiano decide tomar la decisión contraria, al no dar lugar a la desindexación de la información por parte de *Google*, entendiendo que no es responsable de la información publicada por terceros. La Corte razona de la siguiente forma:

Estima la Sala que ordenar al motor de búsqueda Google.com que bloquee de sus resultados el portal de Internet del medio de comunicación donde se informa de la captura e investigación penal en contra de Gloria, supondría implementar una modalidad de control previo contraria al principio de

y a la protección de los datos personales que le conciernan y, por otro lado, el derecho a la libertad de información y, al término de esta ponderación, exigir, en su caso, al gestor del motor de búsqueda que proceda a retirar los enlaces de todas las versiones de dicho motor” (par. 72).

⁹³ Análisis de la sentencia son hechos por Muñoz 2015 (pp. 250 - 253) y por Corral (2017: pp. 9 - 10). Lo destacable de este fallo, más allá de si se comparte o no, es el gran esfuerzo argumentativo del tribunal, representado un gran aporte para descifrar la configuración del derecho al olvido digital.

⁹⁴ Disponible en: http://e.tribunalconstitucional.cl/img/Attachment/1929/T_277_15_Sentencia.pdf. Fecha última consulta: 7 de marzo del 2022.

Los hechos de la causa consistieron en una acción de tutela presentada por la afectada (identificada como “Gloria”) contra la Casa Editorial El Tiempo por considerar violados sus derechos fundamentales al buen nombre, la intimidad, el debido proceso, de petición y al trabajo. La alegada vulneración se habría derivado de la publicación de una nota periodística en la que se informaba sobre la supuesta participación de la accionante en hechos constitutivos de delito, en relación con los cuales nunca fue declarada culpable, así como la posterior indexación de dicho contenido por el motor de búsqueda Google.com. El tribunal de primera instancia ordenó a El Tiempo publicar una rectificación informando que la tutelante no fue vencida en juicio, por lo que se presume su inocencia, ello con el fin de garantizar sus derechos a la dignidad y al buen nombre. El fallo de segundo grado ordenó a El Tiempo eliminar de su portal de Internet toda información negativa relacionada con la investigación en contra de Gloria por el delito de trata de personas.

neutralidad. Además de hacerle responsable por una información que aquel no generó y por la que no debe endilgársele responsabilidad, esta medida entraña la posibilidad de convertir al motor de búsqueda en un censor o controlador de los contenidos publicados por los usuarios que acceden a la Red. Esto, a juicio de la Sala, y como lo advierten varios de los intervinientes, puede afectar la arquitectura de Internet por la vía de desconocer sus principios rectores de acceso en condiciones de igualdad, no discriminación, y pluralismo. A su vez, se declara que una intervención de este tipo no solo tiene una mera influencia técnica en el funcionamiento de un medio de comunicación sino que compromete, además, el derecho a la información de las personas que acceden al servicio, es decir, todos los ciudadanos (9.8.2).

La Corte Constitucional de Colombia decide revocar el fallo del tribunal de alzada, disponiendo dejar sin efecto la decisión de eliminar y borrar de la página *web* fuente la información negativa acerca del demandante, en relación con la investigación penal por el delito de trata de personas y concierto para delinquir y, en su lugar, ordenar a la Casa Editorial El Tiempo que actualice la información publicada en su página *web* respecto a los hechos que relacionan a la accionante con el delito, de tal manera que se informe que la misma no fue vencida en juicio. De igual forma, se dispone ordenar a la Casa Editorial el Tiempo que, por medio de la herramienta técnica “robots.txt”, “metatags” u otra similar, neutralice la posibilidad de libre acceso a la noticia “Empresa de Trata de Blancas” a partir de la mera digitación del nombre de la accionante en los buscadores de Internet.

Al contrario que el TJUE, la Corte Constitucional Colombiana estima que el necesario balance que debe existir en la materia pasa por reconocer el rol que cumplen los motores de búsqueda en la sociedad de la información, junto con apreciar el contexto dentro del cual se desempeñan —Internet—, escenario que es regido por una serie de principios que salvaguardan su independencia.

La Corte Suprema es reticente en establecer responsabilidades para los gestores de búsqueda⁹⁵. Mediante una retórica donde abunda la ambigüedad, en la sentencia de la causa Rol N.º 19.134-2018 de 22 de enero de 2019⁹⁶ se limita a reconocer que no son intocables y que eventualmente pueden ser

⁹⁵ Como así queda de manifiesto en la sentencia del 27 de diciembre de 2019 de la causa Rol N.º 18.818-2019, ya revisada que señala: “En esta dirección, cabe recordar que ni Google Inc. ni Microsoft Chile S.A. son los creadores de los datos que el recurrente cuestiona, limitándose los motores de búsqueda a indexar la información creada por terceros, por lo que mal podría obligárseles -en este caso particular- a la cancelación, eliminación, bloqueo, actualización, complementación, aclaración y/o desindexación de los datos” (cons. décimo séptimo).

⁹⁶ Sentencia de la causa Rol N.º 19.134-2018 de 22 de enero de 2019 en sede de apelación de acción de protección. Los hechos de la causa estriban en que el recurrente fue condenado por el Juzgado de Garantía de Valparaíso el 21 de noviembre de 2014,

responsables en la difusión de contenido, lo que no es una innovación en la materia. Luego de repasar lo dispuesto por el TJUE en el caso Costeja acto seguido afirma:

Lo que interesa destacar, a efectos de resolver la alegación planteada por el actor y por la recurrida Google Inc., es que si bien se comparte que Google es un buscador de Internet y como tal no es el creador de los datos y contenidos publicados en la web, no es posible afirmar que siempre quedará exento, y a todo evento, de responsabilidad por esta sola circunstancia. Como acertadamente señala el TJUE, bajo ciertas condiciones —en armonía con la legislación interna y con los instrumentos internacionales ratificados por el Estado— puede haber responsabilidad del buscador, sobre todo si se considera que las actividades que realiza el motor de búsqueda consistentes en “recoger” información, que luego “extrae” “organiza” y “registra” en el marco de programas de indexación; “conserva” en sus servidores y, en su caso, “comunica” a sus usuarios, podrían eventualmente corresponderse con los verbos que señala el artículo 2º letra o) de la Ley N° 19.628, de modo que no puede sostenerse *ex ante* la irresponsabilidad de Google en el tratamiento de los datos personales como tampoco afirmarse su responsabilidad objetiva, que parecen ser los extremos que defienden las partes de este juicio, debiendo resolverse la situación en cada caso concreto conforme al mérito de los antecedentes (cons. duodécimo).

como autor del delito de obtención de servicios sexuales de personas menores de edad mediante precio, previsto y sancionado en el artículo 367 ter del Código Penal, en grado de desarrollo consumado, a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, y a las penas accesorias contempladas en el artículo 372 del mencionado cuerpo legal. La noticia publicada en los sitios *web* de El Mercurio de Valparaíso S.A.P. y Bio Bío Comunicaciones S.A. y que indexa *Google Inc.* es relativa a la comisión del hecho ilícito el día 10 de noviembre de 2010. El actor interpone acción de protección en orden de eliminar las noticias o, en su defecto, suprimir el registro informático de las publicaciones efectuadas el día 10 de noviembre de 2010 a través de los señalados medios de comunicación social, en las cuales se indica que el recurrente fue formalizado por la Fiscalía Local de Valparaíso en el marco de una investigación penal llevada a cabo por el ente persecutor debido a la existencia de una red de prostitución infantil. La Corte de apelaciones rechaza la acción y la Corte Suprema confirma la sentencia de primera instancia. Finalmente, resulta curioso que el apelante advierta que “nunca ha sido su pretensión plantear en la especie la existencia de un presunto derecho al olvido, como razona la Corte de Apelaciones a partir del motivo séptimo del fallo en estudio, sino que lo peticionado es la eliminación de la publicación del registro informático, de manera que la información periodística siempre podrá ser consultada por una persona que tenga interés real y una finalidad específica como, por ejemplo, la de investigar” (cons. Segundo). El ministro Aránguiz está de acuerdo en la confirmatoria, pero por fundamentos adicionales y hace la siguiente mención: “(...) ello solamente porque en este caso no ha transcurrido el plazo de diez años que estima como mínimo para ejercer el derecho que ahora invoca el recurrente, quien a pesar de rehuir el denominado “derecho al olvido”, en su esencia y efectos no se trata de otra cosa”.

Lastimosamente el fallo no señala esas “ciertas condiciones” donde se generará su responsabilidad. Lo rescatable es que la Corte Suprema se abre a la posibilidad de considerar a los gestores de búsqueda como sujetos pasivos de acciones que tengan por objeto el ocultamiento de informaciones en Internet.

Sin perjuicio de lo anterior, también se han citado normas pertenecientes a cuerpos legales específicos, como la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual, para fundamentar la postura de la judicatura en torno a no afectar a los gestores de búsqueda, como sucede en la sentencia de primera instancia en sede de acción de protección, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en la causa Rol N° 17.321-2016, de fecha 10 de junio de 2016⁹⁷ —confirmada por la Corte Suprema en la sentencia de segundo grado a causa Rol N° 40.591-2016, de fecha 9 de agosto de 2016—, sin que este fundamento se haya repetido uniformemente en otros fallos.

Rallo afirma que los motores de búsqueda no pueden ser considerados responsables principales, teniendo en cuenta que se limitan a ser intermediarios de información cuyo tratamiento es realizado por terceros, más aún cuando los *webmasters* pueden ocupar herramientas informáticas para evitar la indexación. La responsabilidad de los gestores no puede ser objetiva o establecida de forma previa, toda vez que se configura posteriormente al tratamiento de datos, únicamente cuando formalmente se le exige la retirada de la información de su índice (2014: p. 181).

Ahora bien, si se decide afectar al motor de búsqueda es necesario encontrar lineamientos para suministrar una mayor certeza jurídica⁹⁸. Siguiendo los postulados de Mieres (2014: pp. 47 - 48), estos criterios objetivos facilitan la aplicación del derecho al olvido sobre los motores de búsqueda. Para tal propósito, identifica 4 grupos de casos dentro de los cuales estos entes son responsables: (i) la falta de diligencia del buscador por indexar información no obstante que la fuente de origen haya implementado medios para evitarlo o borre los datos; (ii) vulneración de derechos de las personas por la función de autocompletado, que es una función no enteramente autónoma, que implica cierta decisión del buscador⁹⁹,

⁹⁷ “OCTAVO: Que, en lo que dice relación con Yuotube.cl. Efectivamente, este es un servicio que presta Google Inc y, tal como lo señala en su informe, es ajeno y no tiene intervención alguna en los videos que se suben a la página, puesto que solo se trata de una plataforma, sin que le corresponda o pueda verificar la información que allí se publica.

En nuestra legislación, el artículo 85 letra p) de la Ley N° 17.336, modificada por la Ley N° 20.345, sostiene, refiriéndose a los motores de búsqueda, que éstos no tendrán la obligación de supervisar los datos que transmitan, almacenen o referencien, estableciendo un procedimiento especial en los casos de ilicitud que se describen en la norma”.

⁹⁸ Rallo de forma concisa reconoce tres elementos que configuran la responsabilidad: “La responsabilidad del buscador emerge, por lo tanto, cuando concurren *tres requisitos* que deberán sucederse en el tiempo: 1°) «ilicitud declarada de la información», 2°) «conocimiento efectivo»; 3°) y «falta de diligencia» en su retirada” (2014: p. 180).

⁹⁹ En efecto, Google presenta una defensa en orden a sostener que el autocompletado corresponde a “predicciones de términos de búsqueda que aparecen juntos con cierta frecuencia y que se generan de manera automática”. Sin embargo, La AEPD

(iii) si el buscador considera dentro de sus resultados enlaces a páginas que contengan información previamente declarada como ilegal judicialmente, (iv) los motores de búsqueda tendrán una obligación especial de identificar a los responsables de las páginas de origen de la información y en el evento de que aquello no sea posible, será el buscador quien tendrá el peso de aplicar los remedios propios de derecho al olvido, considerando que “cuando la página fuente es ilocalizable, el único garante eficaz del derecho es el motor de búsqueda. En un caso así resultaría desproporcionado exigir al afectado una conducta imposible, como es reclamar a alguien no identificable que ponga fin al tratamiento de datos” (2014: p. 48).

Por su parte, Mate propone que la regulación del derecho al olvido sobre los motores de búsqueda se haga previo análisis de la fuente original donde reside la información, distinguiendo 3 tipos: los poderes públicos, los medios de comunicación digitales y las Redes Sociales. La autora sostiene que el principio del consentimiento en el tratamiento de datos personales sólo se referiría a esta última fuente, ya que por sus especiales características no podría ser del todo aplicable a las demás (2016: 197).

En conclusión, la decisión que se escoja para resolver los casos de olvido no será sencilla. Si nos dirigimos contra la fuente original, corremos el riesgo de afectar gravemente las libertades de información y expresión, incluso pudiendo eliminar el único registro histórico que tenga la información (en la medida que no tenga otro tipo de respaldo, como ejemplares analógicos), pero con la ventaja de hacernos cargo de la fuente del problema que, en el evento extraordinario de su eliminación, tampoco sería visible dentro de los resultados de los motores de búsqueda. La desindexación de la información para que no sea enlazada por los motores de búsqueda es claramente menos drástica, pero presenta el inconveniente de que la noticia sigue siendo accesible para los usuarios. Sea como fuere, la decisión caso a caso mediante la ponderación de los derechos enfrentados parece la mejor vía para franquear la solución adecuada.

1.2.3.- Hemerotecas digitales

desestima esta interpretación al señalar que “el buscador sí ejerce un cierto control editorial sobre la función autocompletado, porque excluye términos de búsqueda de contenido pornográfico, violento o de incitación al odio, tal y como se indica en la propia página web al describir las características del servicio *Google Suggest*”, por lo que estima que si existe un grado de decisión y control de la información, concluyendo que debe considerarse tratamiento de datos (Mieres 2014: p. 47).

Pueden equipararse a bibliotecas o repositorios, cuyo objeto es recabar y acopiar sistemáticamente, ocupando medios informáticos, archivos noticiosos o periodísticos, pero con la especial característica que su acceso se concreta a través de Internet¹⁰⁰.

Estos sujetos pasivos presentan dificultades especiales que los diferencian a las demás páginas *web*, por lo que es recomendable su análisis separado y particular, tal y como es efectuado por las autoridades de protección de datos y tribunales de Europa continental. Estas características obedecen a su especial propósito, que es precisamente albergar información para que sea consultada en la posteridad. Tienen la misión de conservar la memoria histórica mediante el mantenimiento de noticias. Resalta entonces, la dificultad de aplicar el derecho al olvido sobre estas entidades.

En aquellos casos donde la edición principal de la hemeroteca tenga su versión en papel, la importancia que tiene la herramienta digital es menor, de manera que su función en Internet sería secundaria¹⁰¹. Esta circunstancia justificaría que la hemeroteca digital sea considerada legitimada pasiva del derecho al olvido digital, bajo el razonamiento de que la fuente original, su versión física, puede ser consultada por aquel que tenga el real interés de encontrar dicha información.

Sin embargo, las hemerotecas digitales son responsables del registro o banco de datos de carácter “especial”, toda vez que son susceptibles de derecho al olvido, pero de forma dosificada. En Italia, el *garante per la protezione dei dati personali*, y en España, la AEPD, han asumido criterios bastante similares para aplicarlo respecto a estos entes. En particular, el razonamiento de esta última agencia puede sintetizarse de la siguiente forma: “a) el mantenimiento de la noticia en la web está amparado por la libertad de expresión, que debe prevalecer sobre el derecho a la protección de datos; b) se formula una recomendación al medio, como propuesta de autorregulación, para que en este tipo de casos, por un lado, valore detenidamente la trascendencia pública de los distintos extremos de la noticia que permiten la identificación del afectado, y, por otro lado, la posibilidad de utilizar un archivo “robots.txt” previsto en el *Robots Exclusion Protocol*, que permite que la información no sea indexada y capturada por el motor de búsqueda; y c) se obliga al motor de búsqueda (frente al que, por regla general, se formula la

¹⁰⁰ Según Corral, “consisten en archivos informáticos que guardan los medios de prensa de las noticias, reportajes y demás material publicado, y que pueden consultarse con sus propios motores de búsqueda a través de la web” (2017: p. 9).

¹⁰¹ Mieres lo explica así: «el grado de protección que merecen no puede ser igual de intenso que el que recibe la publicación de información actual, porque las funciones que cumplen una y otra forma de ejercicio del derecho son distintas. La divulgación de informaciones actuales sobre hechos de interés público constituye la “función primaria” de la prensa en un sistema democrático, realizando así su papel de “perro guardián”. En cambio, mantener y hacer accesibles al público los archivos de noticias previamente publicadas constituye una función sin duda valiosa, pero “secundaria”» (2014 p. 33).

reclamación) a eliminar de sus índices de búsqueda la información controvertida si esta carece de interés público actual y resulta inexacta u obsoleta” (Mieres 2014: p. 37).

Las agencias discernen que las hemerotecas digitales no pueden ser objeto de cancelación o borrado de datos personales. Los remedios aplicables dicen relación a mecanismos que supongan una menor afectación a la libertad de información y expresión que, en general, tiendan a ocultar la noticia y los datos personales insertos en ellas o impedir su propagación. Otro remedio consistiría en la actualización de la información con el objeto de contextualizarla, que tiene el mérito de velar por el derecho del afectado en la exactitud y fidelidad de la noticia, junto con el beneficio para los internautas de acceder a información veraz y completa, que es el camino por el cual opta la judicatura italiana (Mieres 2014: p. 34 - 36).

En cambio, el Tribunal Supremo Alemán opta por la no afectación de estos medios, desestimando expresamente la posibilidad de actualización. La principal consideración del tribunal es el medio de difusión de la información, puesto que en estos casos “para obtener una noticia albergada en ellos es preciso una búsqueda activa por parte del usuario. La publicidad de una hemeroteca es puramente pasiva y la libertad de expresión garantiza el mantenimiento de ese tipo de archivos. En particular, el *Bundesgerichtshof* rechaza que pueda imponerse un deber de controlar la corrección actual de las noticias pasadas, porque constituiría una limitación inadmisibles de la libertad de expresión” (Mieres 2014: p. 36).

El Tribunal Constitucional Español en la STC 58/2018, de 4 de junio¹⁰², se refiere precisamente al derecho al olvido digital, particularmente a la responsabilidad de desindexar la noticia: si radica en el

¹⁰² STC 58/2018, de 4 de junio del Tribunal Constitucional Español, disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-9534. Fecha última consulta: 7 de marzo del 2022.

Los hechos de la causa fueron los siguientes: El 6 de septiembre de 2011 las personas ahora recurrentes interpusieron demanda de juicio ordinario contra Ediciones El País, S.L., por vulneración del derecho al honor, a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal. El citado diario publicó, en los años ochenta y en su edición impresa, el desmantelamiento de una red de tráfico de estupefacientes, en la que se hallaba implicado el familiar de un destacado cargo público y otros miembros de la clase alta de una localidad determinada. Entre ellos se encontraban las personas demandantes de amparo. La noticia –que identificaba a éstas por su nombre, apellidos y profesión– describía el *modus operandi* de la red, el ingreso en prisión de los partícipes, así como la condición de toxicómanas de las personas recurrentes que habrían sufrido, según la noticia, el síndrome de abstinencia durante su estancia en prisión. El 2007, «El País» estableció el acceso gratuito a su hemeroteca digital, contenida en el sitio web www.elpais.com. A partir de ese momento, al introducir los nombres y apellidos de quienes son recurrentes en amparo, en el principal proveedor de servicios de intermediación de búsqueda en Internet (www.google.com o www.google.es, en adelante Google), aparecía como primer resultado aquella noticia, y un extracto de la misma.

Cuando los afectados tomaron conocimiento de ello, ante la advertencia de un tercero, solicitaron de «El País» que cesara en el tratamiento de sus datos personales o, subsidiariamente, que sustituyera en la noticia digital sus nombres y apellidos por las

motor de búsqueda general (por ejemplo, Google), o si lo tiene el propio medio de comunicación. La decisión fue acoger parcialmente el amparo al prohibir la indexación de los datos personales de las demandantes, en lo que se refiere al nombre y apellidos de las recurrentes, para su uso por el motor de búsqueda interno de la hemeroteca digital. En el Fundamento Jurídico 8 c), se argumenta lo siguiente:

Pues bien, la prohibición de indexar los datos personales, en concreto los nombres y los apellidos de las personas recurrentes, para su uso por el motor de búsqueda interno de «El País» debe ser considerada una medida limitativa de la libertad de información idónea, necesaria y proporcionada al fin de evitar una difusión de la noticia lesiva de los derechos invocados. La medida requerida es necesaria porque su adopción, y solo ella, limitará la búsqueda y localización de la noticia en la hemeroteca digital sobre la base de datos personales inequívocamente identificativos de las personas recurrentes. A este respecto debe tenerse en cuenta que los motores de búsqueda internos de los sitios web cumplen la función de permitir el hallazgo y la divulgación de la noticia, y que esa función queda garantizada aunque se suprima la posibilidad de efectuar la búsqueda acudiendo al nombre y apellidos de las personas en cuestión, que no tienen relevancia pública alguna. Siempre será posible, si existe una finalidad investigadora en la búsqueda de información alejada del mero interés periodístico en la persona «investigada», localizar la noticia mediante una búsqueda temática, temporal, geográfica o de cualquier otro tipo. Una persona integrante de lo que el Tribunal Supremo llama en su sentencia «audiencia más activa», puede acceder a la noticia por múltiples vías, si lo que le mueve es el interés público que pudiera tener dicha información en un contexto determinado. Ello da prueba de la idoneidad de la medida.

Los principales elementos considerados por el Tribunal para arribar a su dictamen fueron los siguientes: (i) que los datos personales comprometidos se referían a personas que carecían de relevancia pública, debiendo prevalecer su derecho a la intimidad; (ii) que los medios de comunicación tienen el control de la información contenida dentro de sus hemerotecas, consecuentemente, deben garantizar los derechos de las personas, estableciendo mecanismos que impidan la aparición de las noticias con solo proporcionar los nombres de los involucrados, (iii) el efecto que produce el transcurso del tiempo, tornando

iniciales de estos, adoptando, en todo caso, las medidas tecnológicas necesarias para que la página web, donde se había publicado la noticia, no fuera indexada como resultado de la búsqueda en la red de información sobre las personas demandantes. El diario, basándose en su derecho fundamental a la libertad de información y en la imposibilidad de evitar la indexación por los buscadores, no accedió a la solicitud, propiciando la apertura de la vía judicial (A2).

a la noticia en irrelevante, (iv) y que no es procedente anonimizar la noticia, siguiendo el criterio dado en el Caso Costeja (Moreno: pp. 141 - 143).

Una posición minoritaria respecto a este nivel de protección que tienen las hemerotecas es defendida por el profesor Cotino, señalando que aquellas no deberían ser consideradas como fuentes de acceso público y, por consiguiente, los derechos subjetivos de protección de datos personales serían aplicables plenamente. El jurista lo explica de la siguiente forma: “A mi juicio, la hemeroteca no es un medio de comunicación en sí, sino un tratamiento a partir de tales datos que son fuentes accesibles. Por ello, la solución pasa por el ejercicio del derecho de oposición frente a quien realiza el tratamiento perjudicial al afectado, ya sea el buscador que indexa, ya sea la hemeroteca virtual. En este punto, el paso del tiempo y la situación particular del afectado podrá llevar a considerar que no se justifica el tratamiento que opera la hemeroteca, por lo que aun existiendo históricamente la noticia, ésta no tendrá por qué permanecer fácilmente accesible en su formato virtual o quedar indexada por Google, por ejemplo” (2011: pp. 399 - 400)¹⁰³.

Esta doctrina, según nuestra opinión, va en contra del paradigma que implica Internet, por cuanto consideraría a las hemerotecas digitales como tradicionales bancos de datos regulados por las leyes protectoras de aquellos, como sucede en el caso español y chileno. Parece más ajustado entender a estas herramientas como sujetos pasivos del derecho al olvido, pero con consideraciones especiales. Si bien, pueden dirigirse acciones de olvido en contra de ellos para salvaguardar el control y disposición de los datos personales, las pretensiones de los sujetos activos deben supeditarse al rol que cumplen las hemerotecas digitalizadas, lo que se traduce al ocultamiento de los datos personales y, en su defecto, al no ser suficiente tal medida, el ocultamiento de la noticia propiamente tal o su contextualización, incorporando los antecedentes suficientes para mantener la noticia completa y actualizada, o aplicando cualquier medida en virtud de la cual se remedie el anacronismo de la noticia, pero en ningún caso aquellas que impliquen su cancelación o eliminación.

¹⁰³ Posición que también comparte Simón, agregando lo siguiente: “Como pasa con los motores de búsqueda, la información no debería desaparecer de Internet, al igual que debe poder consultarse en la hemeroteca de la edición escrita, pero eso no impide que se limiten - derecho de oposición - las facilidades para encontrarla - búsqueda de nombre y apellido - en el buscador de la hemeroteca digital. Además, a nuestro parecer, el motor de búsqueda de la hemeroteca debe incorporar herramientas que permitan el acceso a la información completa cuando se trata de grupos de noticias conectadas. Es decir, la tecnología permite que el buscador no indexe parcialmente o sesgadamente las noticias sobre un tema específico” (2012).

1.2.4.- Breve análisis sobre el caso de las redes sociales

Más arriba hemos señalado que las redes sociales responden a otros parámetros, producto de los cuales no podrán ser objeto del derecho al olvido digital, al menos de aquel que hemos analizado en este trabajo.

El control y disposición de datos personales dentro de las redes sociales se concreta mediante la revocación del consentimiento de la publicación. En principio, el titular de los datos podrá cambiar de opinión y exigir el retiro de la información de Internet en cualquier momento, lo que implica concluir que el fundamento que justificaba a la publicación responde al propio usuario de la red social, y no a los intereses o derechos que eventualmente pueda tener esta última en mantenerla vigente. Los elementos de trascurso del tiempo y ponderación por conflicto de derechos fundamentales no son aplicables en la especie, ya que el responsable de las redes sociales no puede argumentar a su favor la existencia de un derecho que tenga la misma entidad que aquel que ostenta el titular del dato personal. Es imposible soslayar el hecho de que nuestro pensamiento acá es claramente minoritario, tanto la doctrina como jurisprudencia no realiza nuestra distinción, concibiendo el derecho al olvido digital como uno solo y aplicable perfectamente a las redes sociales.

Ahora bien, las redes sociales son probablemente el espacio más peligroso para los datos personales¹⁰⁴, por su alta popularidad y difusión. Generalmente, cuando una red social cae en desuso es simplemente porque otra toma su lugar. También, se ha hecho costumbre ocupar estos medios para acosar a otros usuarios, buscando el escarnio público o repudio social en las denominadas “*funas*”¹⁰⁵, bulos o desinformación mediática, todas manifestaciones de conductas atentatorias contra el principio de presunción de inocencia. A lo dicho se debe sumar un aliciente que hace a estos medios aún más engorrosos para regular: la presencia de menores de edad. Esto nos fuerza a concluir que aquellos medios sí deben tener algún tipo de reglamentación en cuanto a la protección de datos personales. Herrera

¹⁰⁴ El riesgo no solo radica en la utilización de los propios usuarios y el traspaso de la información entre ellos, también en cuanto a las propias políticas y conductas de las empresas responsables. Herrera lo plantea de la siguiente manera: “Asimismo, tampoco existe certeza respecto de si los proveedores de estos servicios respetan la privacidad de los datos vertidos por sus usuarios, pues el contrato de adhesión impuesto por la red social al usuario permite la estipulación de políticas de privacidad deficientes y condiciones de uso que no especifican los fines del tratamiento de datos. Esto es una grave amenaza a la privacidad, pues induce a una serie de prácticas abusivas por parte de estas plataformas con la intención de maximizar el uso de los datos recabados que, ante la generalidad de los términos y condiciones, expanden de forma arbitraria los fines para lo que se recopilaban” (2016: p. 100).

¹⁰⁵ Expresión que proviene del mapudungún y que significa podrirse

desarrolla la problemática que existe sobre la aplicación de la LPVP en las redes sociales, expresando lo siguiente:

La LPVP reconoce a toda persona un poder de control sobre sus datos personales, el cual se materializa en el reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, los que impone al responsable del registro o banco de datos. Para asegurar el efectivo ejercicio de estos derechos en el ámbito de las redes sociales, los proveedores de estos servicios deben mantener canales de comunicación expeditos con el usuario, debiendo contar con formularios de fácil comprensión, acceso y visibilidad para que los usuarios y terceros interesados puedan ejercer sus derechos. En el caso de los usuarios considerados responsables en los términos de la LPVP, como no se les puede censurar de forma previa —pues esto atentaría contra derecho a opinión e información—, la persona interesada en ejercer alguno de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, puede solicitarle al usuario responsable la eliminación o modificación de un comentario, e incluso la cancelación u oposición, lo que se traduciría en dejar de ser amigos o en el *unfollow* según sea el caso (2016: p. 102).

Bajo estas consideraciones, nos abrimos a la posibilidad de que los derechos subjetivos de protección de datos conocidos como ARCO de la LPVP, puedan ser efectivos para garantizar un olvido en las redes sociales, pero de carácter absolutamente excepcional, porque se aplican a un medio distinto a los bancos de datos, que son su ámbito natural y propio. Por eso es que hablamos de un derecho al olvido “impropio”, que responde a hipótesis distintas y directrices específicas, prescindiendo de los elementos esenciales del derecho al olvido.

2.- El factor cronológico

Constituye un elemento de la esencia del derecho al olvido en todas y cada una de sus versiones. Y no podría ser de otro modo, debido a que la premisa básica sobre la cual se erige esta institución es el cambio que queda patente mediante el cotejo del pasado con el presente. Para que se produzca esa modificación, es necesario el transcurso del tiempo como matriz gestacional del proceso de conversión, en específico, la pérdida de legitimidad del acceso o mantenimiento de la información por parte de su responsable, que en su origen estaba justificado.

El tiempo, como requisito del derecho al olvido, es un elemento que define su configuración a través de parámetros objetivos, mediante el contraste de dos momentos distintos con el fin de premunir de certidumbre su procedencia. Es importante destacar que el marco temporal dentro del cual se difunde la noticia es el espacio donde, a su vez, se ejercen las libertades de información y expresión. Lo anterior involucra meditar que el conflicto de derechos fundamentales discurre en un contexto cierto en cuanto su existencia y necesidad, que es el factor tiempo, pero incierto respecto a su cantidad, en razón de que resulta complejo establecer un *quantum* específico para determinar que la información ha transitado de legítima en un comienzo a ilícita en la actualidad, en razón de no ser susceptible de tutela mediante las libertades en conflicto. Pero el tiempo, por muy significativo que es, no es el único criterio a tener en cuenta, debido a que otras circunstancias entran en juego para determinar si la información ha perdido relevancia, como el carácter del medio de difusión, la naturaleza de los hechos o la calidad de los sujetos.

En ese sentido, Rallo advierte esta dificultad de la siguiente forma: “la pretendida *obsolescencia* de una información asocia el hecho informativo con una hipotética «vida» de la noticia que tiene su origen en «la actualidad» y su «crepúsculo obsolecente» en la desaparición del «interés informativo» por el transcurso del tiempo. Aun aceptando esta hipótesis de partida, resta por resolver el interrogante básico: ¿Cuánto tiempo será necesario para admitir la obsolescencia de una noticia y, en consecuencia, garantizar el derecho al olvido? Así simplificada tan farragosa cuestión, parece evidente que la AEPD juzgó insuficientes dos años (R/273/2010) pero admitió cinco (R/1509/2009); lo que demuestra que apreciar una concreta situación personal no podrá fundarse en un mero cómputo temporal sino que requerirá su asociación a otras circunstancias que doten de sentido al transcurso del tiempo como elemento determinante del derecho al olvido” (2014: p. 171).

La peculiaridad que marca al derecho al olvido digital es que el medio de difusión de la información es Internet, por lo que se vuelve necesario el establecimiento de criterios específicos a su respecto. Como sostiene Cotino: “hay que tener en cuenta el «contexto» de la divulgación de datos personales y la naturaleza del medio y modo de comunicación en Internet empleado, así como la finalidad, etc. Y entre los muchos elementos contextuales, en Internet cobra absoluto protagonismo jurídico el transcurso del tiempo, dado que conlleva la pérdida de interés o relevancia de una información, de modo que se desvanece la intensidad de la protección constitucional de la libertad informativa” (2015: p. 406). Entonces, el grado de difusión de los datos personales contenidos en aquellas noticias tendrá un nivel

exponencialmente mayor comparado a otros medios de comunicación, como la televisión, radio, periódicos, revistas, etc.

2.1.- El tiempo como factor de cambio de paradigma

Las agencias de protección de datos de España, Italia y Francia, desde los primeros casos de derecho al olvido digital que enfrentaron han tenido en cuenta este elemento para su configuración, reflexionando en torno a si la difusión de la noticia es proporcionada a su relevancia al momento de la publicación original, y como el tiempo desencadena “una pérdida de relevancia” de la noticia en la actualidad (Azurmendi 2015: p. 295).

Sobre ese escenario tuvo lugar la sentencia del TJUE en el caso Costeja, que también reconoce expresamente la importancia de la función de este elemento, bajo el siguiente tenor: “incluso un tratamiento inicialmente lícito de datos exactos puede devenir, con el tiempo, incompatible con dicha Directiva [Directiva 95/46] cuando estos datos ya no sean necesarios en relación con los fines para los que se recogieron o trataron. Éste es el caso, en particular, cuando son inadecuados, no pertinentes o ya no pertinentes o son excesivos en relación con estos fines y el tiempo transcurrido” (Par. 93).

Nuestra Corte Suprema en el caso EMOL, basándose en el caso Costeja, también reconoce al tiempo como factor decisivo, argumento que en el caso de existir conflicto entre derechos fundamentales, “cada uno tiene una esfera de acción propia que puede llegar a superponerse durante un tiempo, en el que es necesaria y útil la información pública frente al derecho personal que pueda invocarse, pero que decae con la extensión de dicho transcurso de tiempo; y en cambio deviene en atrabiliaria e inútil tanto para el derecho del individuo afectado para reintegrarse a plenitud a la sociedad, como para esta última de conseguir la pacificación que le interesa primordialmente y que una noticia caduca no facilita” (Cons. 5)¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Es interesante resaltar que, en el considerando 13 el voto disidente, se cita a la autora De Terwangne, la que al respecto señala lo siguiente: “Este derecho entra en conflicto con el derecho a la información; el tiempo es el criterio para resolver el conflicto. El derecho al olvido debe dar prioridad a las exigencias del derecho a la información cuando los hechos que se revelan presentan un interés específico para su divulgación. El interés está vinculado, por tanto, al interés periodístico de los hechos. Esto sucede cuando una decisión judicial pronunciada por un tribunal forma parte de las noticias judiciales. Es entonces legítimo recordar esta decisión mencionando los nombres de las partes (excepto si son menores de edad, en cuyo caso se aplican diferentes normas de protección). Pero con el transcurso del tiempo, cuando ya no se trata de una cuestión de actualidad o noticiable, y siempre y cuando ya no exista una razón que justifique una nueva divulgación de la información como noticia, el

En una de las sentencias que, en nuestra opinión, de mejor forma se analiza el derecho al olvido por el máximo tribunal¹⁰⁷, en su considerando séptimo dictamina lo siguiente: “No hay una posición uniforme en la materia, pero sí puede concluirse que el denominado derecho al olvido en los casos en que éste es aplicado entra en conflicto con el derecho a la información; el tiempo es el criterio para resolver el conflicto. Así, el derecho al olvido debe dar prioridad a las exigencias del derecho a la información cuando los hechos que se revelan presentan un interés específico para su divulgación. El interés está vinculado, por tanto, al interés periodístico de los hechos. Esto sucede cuando una decisión judicial pronunciada por un tribunal forma parte de las noticias judiciales. Sin embargo, con el transcurso del tiempo, tal información no es una cuestión de actualidad o noticiable, por lo que el derecho al olvido anula el derecho a la información¹⁰⁸”.

derecho al olvido anula el derecho a la información. Aún se puede mencionar el caso, pero no se deben incluir los nombres de las partes o los datos identificados. Por lo tanto, el valor informativo de un caso inclina la balanza a favor del derecho a difundir a costa del derecho al olvido. Y en cuanto deja de tener valor como noticia, la balanza se inclina en la otra dirección. Se pueden admitir dos excepciones. Esto significa que el derecho a la información anulará el derecho al olvido a pesar del tiempo transcurrido: para los hechos relacionados con la historia o cuando se trate de un tema de interés histórico y para los hechos vinculados al ejercicio de la actividad pública por parte de una figura pública. El interés histórico y el interés público también se deben tener en cuenta para resolver el conflicto entre el derecho al olvido y el derecho a la información” (2012: pp. 55 - 56).

¹⁰⁷ Sentencia en causa Rol N° 23.107-2018 de la Corte Suprema del 15 de enero 2019, en sede de apelación de acción de protección. Los hechos de la causa estriban en una acción basada en el derecho al olvido contra de Asesoría Comunicacional y Producciones Edición Cero Ltda., sosteniendo que la recurrida incurrió en un acto ilegal y arbitrario al negar la eliminación de una noticia publicada el 30 de mayo de 2012, en su portal web www.edicioncero.cl, vinculada a la imputación de un delito de ejercicio ilegal de la profesión de abogado y estafa, que originó dos causas que se individualizan, noticia que no fue eliminada a pesar que resultó absuelta, sólo accediendo la recurrida a una actualización parcial sin atender a las fuentes oficiales de manera directa. La Corte Suprema revoca el fallo de primer grado, ordenando que la actualización debe hacerse mediante un enlace al texto completo de la sentencia absolutoria. Este es uno de los fallos más certeros en la materia, identificando claramente al derecho al olvido, dando cuenta de sus principales características (como la identificación de la mecánica que supone el factor cronológico), razonando en que la cancelación de la noticia no necesariamente será procedente si existen otras medidas más adecuadas, como en este caso la actualización. Lamentablemente, un criterio que es ajeno a la Corte Suprema es la posibilidad de afectar a los motores de búsqueda y, al soslayar esta posibilidad, los remedios del derecho al olvido se limitan.

¹⁰⁸ Una copia casi exacta del considerando citado lo encontramos en el considerando octavo de la sentencia en causa Rol N° 25.154-2018 de la Corte Suprema del 15 de enero 2019, en sede de apelación de acción de protección (curiosamente, la misma fecha del fallo citado, ambos dictados en la Tercera Sala, de ahí su similitud). En este caso el actor, ex funcionario de Policía de Investigaciones, se vio involucrado en hechos que fueron materia de investigación por el Ministerio Público, a raíz de la comisión de un supuesto delito de uso malicioso de instrumento público, lo que fue publicado por el Diario La Tercera el 10 de febrero del año 2011 en su versión *online*. Luego de 7 años de investigación, el 16 de febrero de 2018, el Juzgado de Garantía competente dictó su sobreseimiento definitivo. La Corte Suprema razona en torno de que no existe un plazo suficiente para dar lugar al derecho al olvido, teniendo en mente el escaso tiempo transcurrido desde la conclusión de la trama penal (cons. Noveno). Compartimos la resolución, producto del carácter de funcionario público que tenía el actor al momento de ser procesado. Ahora bien, la sentencia en causa Rol N° 5.493-2019 de la Corte Suprema del 23 de septiembre 2019, en sede de apelación de acción de protección en sus considerandos octavo y noveno aplica el mismo razonamiento, pero a nuestro juicio de forma incorrecta. La causa consistió en que el actor solicitó a Google Chile Limitada; Talleres Gráficos Víctor Hugo Rojas López Hnos. y Cía. Ltda.; Publimetro S.A. y Microsoft Chile S.A. eliminar y desindexar respectivamente noticias sobre su procesamiento como autor del delito de homicidio de una menor de 7 años, que ocurrió el 1 de enero de 2014, quien falleció tras ser alcanzada por un disparo de arma de fuego, estando privado de libertad por más de dos años y que, habiendo sido llevado a juicio en dos ocasiones, en ambas fue absuelto. La Corte estima que el transcurso de 3 años desde que quedó despejada su situación procesal es un plazo insuficiente para dar lugar al olvido. Desgraciadamente, el sentenciador no razona en que el

De lo que se extrae de estos fallos es la aptitud del tiempo de modificar el interés público de la noticia. La información “deviene” en ilegítima, perdiendo asidero en las libertades de expresión e información y, con ello, debe ceder sobre la pretensión de olvido, como si la consolidación de este último derecho operara en una dirección inversamente proporcional a la pérdida de legitimidad de la difusión de la noticia.

En ese orden de cosas, cada segundo que pasa socava la legitimación del difusor de la información en la publicación y conservación de ella en Internet, bajo la inteligencia de que el interés que concita tal información mengua, dejando de ser un “hecho noticiable”. En efecto, existe una transformación de carácter diacrónica en la configuración del derecho, proceso dentro del cual se produce un hito que hace inclinar la balanza a favor del olvido¹⁰⁹.

Visto desde la perspectiva del interesado, que será el titular del dato personal contenido en la noticia, se genera una legítima expectativa de que en algún momento la información circulante en la Red podrá ser objeto del derecho al olvido. En palabras de Mieres: “la pregunta acerca de si el paso del tiempo puede generar en la persona una expectativa razonable de privacidad parece plenamente razonable. El tiempo constituiría, así, una barrera de reserva que permitiría al individuo confiar en que la información personal que una vez fue pública o conocida, pero ha dejado de ser actual y no es objeto de atención pública, se considere como reservada y no como una *res nullius* publicable por cualquiera en cualquier momento, salvo que concurra un interés público en esa difusión. La razonabilidad de esa expectativa parece totalmente plausible, pues resultaría totalmente desproporcionado someter a las personas a la divulgación permanente de datos o informaciones personales publicadas en el pasado” (2014: p. 14).

actor no era una figura pública o funcionario público, por lo que el plazo en este caso particular debería reducirse, o bien, aplicar otras medidas proporcionales que no involucren la cancelación.

¹⁰⁹ Según Boix, el equilibrio entre los derechos fundamentales colisionados tiene lugar por “el carácter esencialmente diacrónico del proceso de decantación del derecho aplicado a cada caso concreto, pues depende de una evaluación evolutiva y por definición en todo momento cambiante de lo que se entiende que en cada instante posee una suficiente relevancia social y política como para que se pueda dar un mayor relevancia al interés colectivo que, en aras a garantizar la transparencia, el libre flujo de información y el pluralismo, se concreta en la posibilidad de acceder fácilmente por medio de buscadores a esa información o publicación que contiene el dato de carácter personal en cuestión, pero que en todo momento, con el transcurso del tiempo, queda sujeto a una usura que va devaluando su valor social hasta que en un determinado momento deja de tener suficiente valor frente a una hipotética pretensión por parte del titular de ejercicio de los derechos de cancelación del dato o de oposición al mismo exigiendo al buscador su desindexación” (2015: p. 17).

Conforme lo expuesto, el factor cronológico en esta materia tiene una consecuencia fundamental en la determinación del contorno que tiene nuestro objeto de estudio: transforma a la noticia en carente de interés público, efecto de tal importancia que amerita un análisis particular en el próximo subtítulo.

Pero antes de proseguir sobre este elemento y su implicancia en el objeto de estudio, un ejemplo de cómo no deben resolverse los casos de derecho al olvido digital es la sentencia de fecha 27 de octubre de 2020 en la causa N.º 16.010-2020 de la Corte de Apelaciones de Santiago. Los hechos establecidos por el tribunal se fundan en que el interesado, un famoso director y productor audiovisual, fue foco de un reportaje el 28 de abril de 2018 en la revista “Sábado” de El Mercurio, donde se expuso el testimonio de diferentes actrices que denunciaban haber sufrido abuso de poder y/o sexual de parte del recurrente. En razón de ello es que el 30 de abril de 2018 la Fiscalía inició una investigación penal de oficio para la indagación de la eventual comisión de algún delito de carácter sexual.

El resultado de la investigación concluyó con la dictación de cinco sobreseimientos definitivos en virtud de lo dispuesto en las letras a) y d) del artículo 250 del Código Procesal Penal el 15 de marzo de 2019. Las noticias publicadas por distintos medios de comunicación, con relación a las denuncias efectuadas y su resultado, se encuentran indexadas en los motores de búsqueda *Google*, *Bing*, *Yahoo* y en la *web* enciclopédica *Wikipedia*.

A raíz de ello, dirige acción de protección contra los responsables de los buscadores y la enciclopedia virtual solicitando que sus sitios o portales “*Google*”, “*YouTube*”, “*Bing*”, “*Wikipedia*” y “*Yahoo*”, eliminen de sus respectivos motores y/o indexadores de búsquedas y sitios o portales *web* los *links* o accesos a las noticias, reportajes o cualquier tipo de información audiovisual relativa al recurrente y las denuncias en su contra por abuso sexual de las cuales fue sobreseído.

La Corte de Apelaciones en el considerando décimo sexto correctamente identifica que el tema a dilucidar es si tiene aplicación en el caso sometido a su conocimiento el derecho al olvido digital, no obstante que reitera que carece de reconocimiento en la legislación. Pero razona erróneamente en el considerando décimo séptimo, afirmando que la solución radica en determinar “que la información indexada resulte ser falsa o se encuentre sin actualizar, lo que no es el caso de autos.” En consecuencia, la Corte omite reflexionar sobre el tiempo como componente esencial del derecho al olvido. No existe estudio en cuanto a si la noticia en la actualidad carece de interés público por el transcurso del tiempo o como el carácter de figura pública incide en el asunto, limitándose en concluir que los motores de búsqueda

permiten hallar tanto la noticia como su desenlace judicial, por lo que no se encuentra desactualizada. Podemos advertir que el sentenciador hace la revisión del caso de forma inversa, partiendo del final, debido a que resuelve que la noticia no se encuentra desactualizada en función de que precisamente los motores de búsqueda la difunden y propagan por Internet y dentro de los resultados de las búsquedas se pueden encontrar enlaces al sobreseimiento del actor.

A la fecha de entrega de esta tesis la Corte Suprema todavía no se pronuncia sobre la apelación, pero en conformidad a su jurisprudencia vaticinamos que el fallo se confirmará en la decisión de rechazar la acción, debido a que el máximo tribunal entiende que los gestores de búsqueda son meros intermediarios de la información y su actividad se limita a indexar contenido subido a la Red por terceros, por lo que no puede atribuírseles responsabilidad alguna. Dicho lo anterior y a nuestro entendimiento, igualmente debería rechazarse la acción, debido a que el transcurso de menos de 3 años desde el sobreseimiento definitivo y el carácter de figura pública que tiene el solicitante hacen improcedente, por ahora, el olvido.

2.2.- Necesidad que la información no tenga un interés público actual

Según lo señalado, el tiempo opera como un elemento modificador del interés público de la noticia, bajo la premisa de que no puede existir olvido si existe tal interés, siendo elementos totalmente excluyentes el uno del otro. La norma que puede orientarnos para resolver casos de derecho al olvido sería el artículo 30 de la Ley de Prensa que si bien, no debe ocuparse como una regla concluyente o taxativa por las especiales singularidades que tiene el olvido en la Red, si concede aportes útiles para dar luces en la especie¹¹⁰.

No es necesario que el actual interés público sea exactamente el mismo que había al momento de la publicación pasada de la noticia, pudiendo perfectamente originarse uno nuevo y diverso al anterior que haga improcedente al olvido (Corral 2017: p. 16).

¹¹⁰ Norma que en lo pertinente dispone: “Para lo dispuesto en el presente artículo se considerarán como hechos de interés público de una persona los siguientes: a) Los referentes al desempeño de funciones públicas; b) Los realizados en el ejercicio de una profesión u oficio y cuyo conocimiento tenga interés público real; c) Los que consistieren en actividades a las cuales haya tenido libre acceso el público, a título gratuito u oneroso; d) Las actuaciones que, con el consentimiento del interesado, hubieren sido captadas o difundidas por algún medio de comunicación social; e) Los acontecimientos o manifestaciones de que el interesado haya dejado testimonio en registros o archivos públicos, y f) Los consistentes en la comisión de delitos o participación culpable en los mismos. Se considerarán como pertinentes a la esfera privada de las personas los hechos relativos a su vida sexual, conyugal, familiar o doméstica, salvo que ellos fueren constitutivos de delito”.

Adquiere enorme relevancia la identificación de este elemento —interés público— para efectos de resolver los casos de derecho al olvido, no confundiéndolo con otros intereses que pueden ser colectivos, pero no dignos de tutela jurídica. Moreno y Serrano lo explican de la siguiente manera: “El elemento temporal es imprescindible en el ámbito del derecho al olvido digital, porque el paso del tiempo provoca que la noticia haya dejado de tener interés público, concepto que nunca debe confundirse con el mero interés del público. El primero de ellos, tendrá protección judicial porque ayuda a conformar a la opinión pública, elemento indispensable de cualquier sistema democrático. Pero, por el contrario, el segundo de ellos solamente fomenta el morbo y el sensacionalismo, y no tendrá ningún tipo de protección. Precisamente el paso del tiempo, provoca que una información pase de tener interés público a ser del mero interés del público, por lo que el derecho a la información cederá ante el derecho al olvido digital” (2017: p. 47).

Para analizar la dinámica que existe entre los sujetos activos y el carácter público del interés que reviste la noticia es oportuno hacer la distinción que realiza Mieres. En primer término, respecto al pasado de personajes públicos, debe entenderse que la publicación de la información referida a estos sujetos es, en principio, lícita, en base a que es legítimo por parte de los ciudadanos pretender conocer información alusiva a aquellos por la importancia del rol y funciones que ejercen en la sociedad, antecedentes que les permitirán ejercer un escrutinio de las personas que detentan el poder público o son funcionarios del Estado. Este carácter de las autoridades o los sujetos que pretendan serlo es de tal relevancia, que «el hecho de que la persona haya dejado la esfera de la cosa pública no determina que deje de ser personaje público. Volver a informar sobre acciones pasadas tiene el interés de poder evaluar retrospectivamente la ejecutoria de un cargo público y poder así extraer conclusiones sobre la corrección de la gestión pública. Dicho de otro modo, no cabe pretender el olvido sobre todo lo que concierne al ejercicio del poder público. Como reza la máxima norteamericana, “*public men are public property*”» (2014: p. 28 - 29).

Siguiendo esta línea, las personas públicas no podrían ejercer el derecho al olvido, por la gravitación que tienen dentro de la sociedad. Sin embargo, a nuestro juicio podrían existir excepciones que digan relación a hechos que se ciñan dentro de lo que podemos identificar como su esfera íntima y que, al momento de analizar la procedencia del olvido, no sean de interés público al no satisfacer una función informativa. Lo anterior, sumado al hecho de que estos sujetos ya no tengan el carácter de autoridades en ejercicio, podrían generar las condiciones suficientes para que ex funcionarios públicos puedan ejercer el derecho al olvido, lo que sería excepcional dentro de este primer grupo de sujetos.

Conformarán una situación especial los políticos que no ejercen cargos públicos, ya que no tienen la etiqueta de autoridades o funcionarios públicos, pero si ejercen actividad partidaria que es de la esencia pública. La Corte Suprema¹¹¹ ha tenido este criterio en consideración para determinar el grado de protección que tienen estos sujetos, señalando que sus actos son considerados de interés público “si a la fecha de los hechos el actor tenía la calidad de persona pública al haber sido presidente regional de la juventud de un partido político y participaba activamente en el mismo y, en este orden de ideas, los medios de comunicación publicaron un hecho noticioso amparados por la Ley de Prensa” (cons. tercero).

Como segunda categoría, encontramos a las personas de notoriedad pública, como es el caso de aquellas que de algún modo participan en asuntos de interés público sin ser autoridades (empresarios, banqueros, etc.), y de las personas que adquieren un nivel considerable de fama por la profesión que ejercen (deportistas, actores, etc.). Al desempeñar actividades que se proyectan en lo público, deben admitir una razonable disminución de su esfera de protección de su vida privada. Así, las noticias que digan relación al ejercicio de dicha actividad tendrán una protección por parte del derecho a la información al configurar un legítimo interés público, escapando de tal interés todo aquello que se relacione con su intimidad (2014: p. 29).

En cambio, respecto a las personas que no tienen las características antes señaladas, pero que se ven involucrados en hechos noticiosos que ameritaron publicaciones o crónicas periodísticas, el criterio necesariamente debe ser diverso, siendo el ejemplo por antonomasia los casos concernientes a procesos penales. Como punto de partida, las personas “privadas” estarán en la necesidad jurídica de soportar la injerencia en su intimidad si sus conductas se circunscriben dentro de hechos noticiosos, lo que resulta

¹¹¹ Sentencia de la causa Rol N° 8543-2018 de la Corte Suprema de fecha 9 de julio de 2018, que es en sede de apelación de acción de protección. Los hechos se basaron en que el recurrente se dirige contra Radio Bio Bio, El Mercurio S.A. Periodística, Televisión Nacional de Chile, Crónica Digital.cl, Gestión Regional de Medios S.A. y Google Chile, manifestando que han actuado de manera ilegal y arbitraria fundado en que mantienen en Internet y en sus archivos de acceso al público o en el motor de búsqueda, una noticia que lo involucra por hechos ocurridos en el año 2012, que dio origen a la una causa en el Juzgado de Garantía de Chiguayante, señalando que luego de un año de investigación por el Ministerio Público se acordó una salida alternativa de suspensión condicional del procedimiento, por lo que no fue condenado por delito alguno. La Corte Suprema revoca el fallo de primer grado ordenando a todos los recurridos, menos Google Chile y El Mercurio S.A., actualizar la noticia, agregando especialmente que se dictó sobreseimiento definitivo luego de haberse verificado por el tribunal el cumplimiento de las condiciones y plazos aprobados en una suspensión condicional del procedimiento. Esta sentencia es bastante deficiente, porque no hace alusión alguna al trascurso del tiempo como elemento de morigeración del interés público en la noticia y tampoco explica la razón que hace privilegiar una actualización de la información por sobre cualquier otra medida. En efecto, los únicos criterios que tiene en mente el tribunal son la naturaleza penal del asunto y el carácter público del afectado (cons. tercero y cuarto).

obvio ya que el difusor de la información estará claramente amparado en la libertad de información. Pero si ese interés se ve debilitado por el transcurso del tiempo al no ser pertinente la difusión de la noticia sobre hechos pretéritos, necesariamente debe optarse por la protección a estas personas, estando meridianamente clara la necesidad del derecho al olvido (2014: p. 29 - 30).

Dicho lo anterior, es necesario hacer dos indicaciones. Si bien, la privacidad es un concepto fundamental para determinar si la noticia tiene un actual interés público, esto no quiere decir que sea parte de la estructura del derecho al olvido, tal como lo hemos asentado en el capítulo anterior. El conflicto de derechos fundamentales se da entre la autodeterminación informativa del titular del dato personal contra las libertades de expresión e información del difusor de la noticia que contiene dicho dato personal. El carácter público o privado de este último sujeto necesariamente trasunta en la determinación de la existencia del interés público actual de la información. Por otro lado, el transcurso del tiempo se relaciona con el principio de finalidad del tratamiento de datos personales, elemento que fundamenta y justifica el derecho al olvido digital, por lo que su configuración no se escapa hacia otros derechos fundamentales distintos a la autodeterminación informativa, como es la privacidad, en función a que su perfilamiento se limita netamente a los principios y normas que gobiernan la protección de datos personales.

Una sentencia de la Corte Suprema que se refiere al derecho al olvido digital¹¹² aporta interesantes criterios para determinar la existencia del interés público en una noticia, haciendo expresa referencia al

¹¹² Sentencia en la causa Rol N.º 11.746-2017 de la Corte Suprema, de fecha 9 de agosto de 2017. La causa es en sede de apelación de acción de protección, puesto que el tribunal *a quo* rechazó la pretensión de primera instancia. Los hechos consistieron en que el actor fue condenado el 5 de enero de 2009 como autor de los delitos de abuso sexual, previsto y sancionado en el artículo 366 del Código Penal en relación con el artículo 361 Nº1 del mismo cuerpo legal, de hurto, contemplado en el artículo 446 Nº3 del Código mencionado y de lesiones graves descrito y castigado en el artículo 397 Nº2 del cuerpo legal antes nombrado, todos ellos en grado de consumados, perpetrados el día 20 de septiembre de 2008. El 7 de febrero de 2012, Gendarmería de Chile informó el cumplimiento de la condena que se le impuso por la comisión de los ilícitos precedentemente consignados. El 27 de octubre de 2014, se eliminaron los antecedentes penales del recurrente en virtud de lo establecido en el Decreto Ley Nº409. El interesado interpone acción de protección en contra de las empresas *Google INC.*; El Mercurio S.A.P.(EMOL); Sociedad Comunicaciones *Lanet*, más conocida como Diario La Nación; Compañía Chilena de Telecomunicaciones S. A. (Cooperativa) y Copesa S. A., continuadora legal de Empresa Periodística La Tercera S. A. Fundamenta la ilegalidad que le atribuye a las recurridas, en que la publicación de la noticia referente a los delitos cometidos, excede del ejercicio propio de informar, puesto que la noticia se encuentra en Internet hace más de 9 años y ello no tiene justificación ni siquiera en la libertad de informar. La Corte Suprema rechaza el recurso de apelación bajo la consideración de que los delitos cometidos por el actor tenían relevancia pública que legitimaba su publicidad. Sin embargo, no se establecen criterios definidos al respecto, en el sentido que el máximo tribunal pareciera entender que las noticias tienen aquel interés de forma infinita. Compartimos los criterios del voto disidente, que se encamina a plantear lineamientos concretos para determinar el cese del interés público de las noticias haciendo una analogía del término de prescripción en materia penal y que dicho plazo debe computarse desde el cumplimiento de la pena, lo anterior bajo el siguiente razonamiento: "Que por eso este disidente ha introducido en otros fallos su opinión de que un factor objetivo al respecto, es el transcurso del tiempo, porque salvo en los delitos de lesa humanidad, imprescriptibles e inamnistiables, aún los delitos más graves merecen el perdón de la sociedad que, otra cosa no es el "derecho al olvidar". Para "perdonar" efectivamente, hay que "olvidar" y si casi diez años después de

artículo 30 de la denominada Ley de Prensa. La Corte, a raíz de esa norma legal, afirma que se consideran como hechos de interés público de una persona los consistentes a la comisión de delitos o participación culpable en los mismos, razón por la cual la información que el recurrente solicita eliminar relativa a su participación en los delitos dice relación con un hecho de interés público (cons. quinto).

Reusser hace un análisis de este fallo y dentro de sus críticas son dos las que concitan nuestro interés. En primer lugar, estamos de acuerdo en que la sentencia en comento, de forma desproporcionada, ocupa como criterio de ponderación para determinar el interés público el delito de abuso sexual. Esto es un error por parte del sentenciador puesto que el ofendido era mayor de edad, por lo que el fallo se dicta “sin justificación legal que explique la especial preminencia de los delitos sexuales entre adultos en el ordenamiento jurídico nacional” (2018: p. 146). Por otro lado, el autor sostiene que el criterio del voto de minoría es arbitrario al establecer un plazo por analogía y computarlo desde el cumplimiento de la condena, ya que el tiempo que eventualmente debe soportar el interesado puede prolongarse demasiado, bajo la lógica de que hay que considerar que se suman el tiempo de la condena más el plazo establecido como criterio ponderativo, lo que resultaría excesivo (2018: p. 148). Reiteramos nuestra postura de que el establecimiento de plazos es un esfuerzo adecuado que va en línea de la correcta ponderación de los derechos fundamentales en conflicto, máxime si tenemos presente que el transcurso del tiempo es un elemento de la esencia del derecho al olvido. En lo relativo al cómputo del plazo, hacerlo desde el cumplimiento de la condena es lo más lógico en vistas de que el interés público de un hecho noticioso en materia penal no se agota con la comisión del ilícito, sino que se proyecta a las consecuencias judicialmente relevantes asociadas al mismo, como es el cumplimiento de la pena, digna de ser conocida por la sociedad. Con todo, la crítica del autor no deja de ser válida para casos donde la condena se prolongue por mucho tiempo, en los cuales se deberá fijar un lapso prudente dentro del cual opere el olvido.

2.3.- El principio de finalidad¹¹³ como base sustantiva del derecho al olvido digital

verificado un delito -por más grave que sea- la sociedad tuviera necesidad de seguir recordándolo a través de los motores noticiosos de búsqueda porque resultaran "de interés público", es que esa sociedad ha borrado con el codo lo que ha escrito con la mano en su Código Penal y en sus leyes especiales respecto a la reinserción y rehabilitación social del delincuente” (Cons. Segundo del voto en contra).

¹¹³ Diversos artículos de la LPVP tienen como fuente inspirativa este principio, como son los artículos 9 inciso primero, 1 inciso segundo y 5 inciso cuarto. El 17 de febrero de 2012 se publicó en el *Diario Oficial* la Ley 20.575, que vino a regular de forma

Los criterios anteriormente formulados sirven para determinar si la noticia tiene o no un interés público actual, y en el evento de carecer de él, la noticia deja de cumplir con su finalidad, que es informar. Bajo esa hipótesis puede ser ejercido el derecho al olvido, en cuanto no resulta justificable la mantención de la noticia al no ser realmente necesaria para formar el criterio y la opinión de la ciudadanía¹¹⁴.

El principio de finalidad es uno de los más importantes que rigen el tratamiento de datos personales¹¹⁵, y supone que sólo es justificable su tratamiento para el cumplimiento de un objetivo específico, de manera que “se puede afirmar que sólo será necesario o indispensable el proceso de tratamiento de datos cuando sin él no se pueda alcanzar el fin propuesto, no se alcance a tiempo o sólo se alcance de modo incompleto” (Muñoz 2015: p. 230).

La aplicación del principio de finalidad al tratamiento de datos personales en Internet fue desarrollada por las agencias de protección de datos europeas, habida cuenta de que “la AEPD, siguiendo los pasos de sus homólogas italiana y francesa, reconoce la existencia de un derecho al olvido digital en el marco del principio de finalidad que inspira la protección de datos” (López 2015: p. 161).

Por su parte, el RGPD, en su artículo 17 —influenciado por la gestión que hicieron estas agencias— expresamente reconoce aquel principio de la siguiente forma: “1. El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo”.

más específica este principio en relación a datos personales de carácter económico, financiero, bancario o comercial en conformidad al título tercero de la Ley 19.628 (Muñoz 2015: pp. 230 - 231).

¹¹⁴ El jurista Simón es uno de los primeros y principales autores que remarcan la relevancia de esta directriz, argumentando que “podría constituir una base sólida para el derecho al olvido digital, al establecer que los datos personales serán eliminados o borrados una vez estos hayan dejado de ser útiles a la finalidad con la que se registraron” (2011: pp. 399 - 400).

¹¹⁵ Sin embargo, no es el único en cuyos parámetros se alza el derecho al olvido, habida cuenta que también es aplicable el principio de calidad de los datos personales. Así Murga sostiene que “la clave a este respecto viene a ser el factor «tiempo»: dependerá del tiempo transcurrido desde la publicación de la información y el momento actual en el que la misma resulta visible a través de los motores de búsqueda de Internet. Lo cual es tanto como decir que el tratamiento de los datos debe ajustarse al capital principio de calidad, lo que trae consigo las exigencias de adecuación, pertinencia y proporcionalidad del tratamiento de los datos personales. (2017: p. 199). Es esa misma línea también encontramos a Boix, quien señala: “El «derecho al olvido» consistiría en vincular esta evaluación, necesariamente ponderativa, a una evolución diacrónica de la idea de calidad, de manera que el paso del tiempo haría menor la concurrencia de ciertos intereses generales respecto de ciertas publicaciones que afectaban a personas que, aunque no hubieran dado su consentimiento para su tratamiento, podrían no tener más remedio que soportarlo por estar justificado por la concurrencia, al menos en origen, de ese interés público” (2015: p. 13).

De Terwangne también resalta su relevancia, ratificando que “el derecho al olvido se deriva directamente del principio de finalidad, ya que, de acuerdo con una aplicación de este principio, el responsable del tratamiento de los datos puede mantener los datos personales «en una forma que permita la identificación de los interesados durante un período no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos o para los que se traten ulteriormente». Esto significa que los datos personales se pueden mantener como tales si la finalidad del tratamiento lo justifica” (2012: p. 58).

En cuanto al derecho al olvido en específico, el principio de finalidad en el tratamiento de datos personales también se aplica al continente de estos —la noticia— y, a raíz de que la información deja de ser útil o relevante por carecer de un interés público actual, su difusión se torna ilícita por cuanto constituye un exceso en la finalidad que persigue la publicación. Por consiguiente, cobra vigencia el derecho de autodeterminación informativa a través del olvido digital. La Corte Suprema también se refirió al carácter primordial de este principio en el caso EMOL afirmando que “el contenido esencial de ese derecho, como se desprende de la lectura de la antedicha Propuesta [el RGPD], no es otro que evitar la diseminación de información personal pasada que, habiendo dejado de cumplir su finalidad, es capaz de producir un daño en la persona” (Cons. cuarto).

Una posición interesante de analizar es la que mantiene Zárate, sosteniendo que no es posible determinar el momento en el cual un hecho noticioso deja de serlo, puesto que “será imposible determinar la caducidad de una información periodística, y más complejo, cuando asumimos un criterio amplio de dicho carácter, incluyendo cualquier opinión o idea. ¿Cómo y cuándo podría caducar una opinión o dejar de cumplir con su finalidad? En tal sentido, el derecho de cancelación de la información periodística no tiene cabida” (2013: p. 6)¹¹⁶. Nos alejamos de esta consideración en función de que, dentro de la ecuación que supone el derecho al olvido no existen derechos absolutos y por muy difícil que sea el establecimiento de la expiración de su relevancia, resulta poco aconsejable que la información no tenga límites temporales. Según lo que podemos observar de los argumentos del autor, pretende otorgarle a la libertad de

¹¹⁶ Tal y como anotamos más arriba, Zárate entiende al derecho al olvido en la red como el ejercicio de los derechos ARCO. Cabe agregar que, según el autor, el derecho de cancelación no es posible de aplicar a las publicaciones periodísticas, en razón de que sería una lesión excesiva a la libertad de información, “ya que de lo contrario nos encontraríamos frente a una situación de reescribir la historia sobre la cual trata la información” (2013: p. 6). Es dable concluir que el entendimiento del derecho al olvido como lo hace el autor (formando parte de la postura mayoritaria) condiciona negativamente su aplicación por interpretarlo de forma reduccionista, sirviendo como otro ejemplo para no seguir esta corriente.

información un margen amplio para asegurar su eficacia, pero tal objetivo no puede compartirse si el precio supone una afectación desproporcionada a la autodeterminación informativa.

2.4.- El establecimiento de un plazo determinado: ¿un imperativo o un riesgo innecesario?

Habiendo argüido la relevancia y trascendencia del factor tiempo en la configuración del derecho al olvido, es legítimo preguntarnos si es posible determinar un plazo que, una vez vencido, faculte al titular del dato personal para impetrar el derecho al olvido *online*, por cuanto “la temporalidad sería una de las claves para preservar el derecho, de forma que la accesibilidad de datos en función de plazos determinara una cierta proporcionalidad con respecto a la limitación de otros derechos en juego, como el derecho a la información” (Azurmendi 2015: p. 304).

En el caso EMOL, la Corte Suprema se mostró partidaria de aportar criterios objetivos para facilitar la tarea de ponderación del conflicto de derechos fundamentales y la disposición de un plazo fue uno de ellos. En su considerando quinto razona de la siguiente forma: “El lapso de más de diez años transcurridos desde la fecha de la noticia —período suficiente para la prescripción penal de la mayoría de los delitos más graves— resulta más que suficiente para resolver provisoriamente y en cautela de las garantías constitucionales antes mencionadas, que debe procurarse el “olvido” informático de los registros de dicha noticia”.

Lo primero que puede señalarse es que no es anormal relacionar al derecho al olvido con principios o normas del derecho penal¹¹⁷. Esta rama del derecho contiene semejanzas a los preceptos de nuestro objeto de estudio, como el principio *non bis in idem*, en virtud del cual un mismo hecho no puede ser juzgado más de una vez para el establecimiento de la responsabilidad; y al derecho a la reinserción social,

¹¹⁷ Una de las instituciones más relevantes que por analogía pueden aplicarse al derecho al olvido es la prescripción, que responde a la certidumbre jurídica y a la posibilidad de impedir que hechos pasados repercutan en la actualidad. Gomes lo describe de la siguiente manera: “Así, se pueden encontrar otros criterios para la admisibilidad y el uso del derecho a ser olvidado en los plazos de prescripción establecidos en el Código civil, Código penal o en los sistemas de derecho civil (o estatuto de limitaciones en los sistemas de derecho consuetudinario). Durante el período de tiempo en que se pueden iniciar procedimientos judiciales basados en un acontecimiento particular, no se podría ejercer el derecho al olvido de la información relacionada con ese acontecimiento. En otras palabras, el tiempo establecido para el procesamiento legal de una deuda o crimen también servirá como período durante el cual el derecho al olvido no estaría disponible. Esto significa, por ejemplo, que para los delitos graves que no prescriben, el derecho a ser olvidado nunca se podría usar. La razón de ser del establecimiento de plazos de prescripción es doble. En primer lugar, la presunta conducta ilegal debe ser tratada por los tribunales competentes, a la mayor brevedad posible tras su ocurrencia, mientras las pruebas todavía están *calientes* y no se han corrompido. En segundo lugar, las personas deben tener el derecho a continuar con sus vidas sin el peso de que sus acciones del pasado generen procesos judiciales en el presente. Esta última razón, una vez más, se puede relacionar con la necesidad de hacer eliminar restos de identidades anteriores para poder construir una nueva identidad” (2012: p. 79).

que supone otorgarles a las personas la posibilidad de reconducir sus vidas una vez que sus deudas con la sociedad están saldadas¹¹⁸.

Luego, el momento para computar el inicio del plazo es criticable. La Corte Suprema estima que debe hacerse “desde la fecha de la noticia”, con el inconveniente de que, durante ese lapso, es posible que otros eventos noticiosos estén transcurriendo, como el cumplimiento de la sentencia de ese mismo hecho punible. En los hechos que digan relación con el pasado judicial de las personas el interés público se proyecta tanto a la comisión del delito, como al cumplimiento de su pena. Más atendible es el razonamiento del voto de minoría, que se inclina en rechazar la tutela del olvido debido a que el plazo tenía que computarse desde el cumplimiento de la sentencia y, hecho lo anterior, quedaba de manifiesto que había transcurrido un lapso bastante menor a los 10 años que contemplaba el fallo de mayoría (Cons. décimo sexto).

De todas formas, este criterio tiene la desventaja de referirse exclusivamente al pasado judicial en temáticas penales que, si bien es la regla general del derecho al olvido en Internet, igualmente pueden acaecer otras materias susceptibles de ser “olvidadas”, y ejemplo de ello lo tenemos en el caso Costeja.

Tomando en cuenta lo anterior, más el beneficio para facilitar la interpretación del derecho al olvido, no puede soslayarse el riesgo que implica la determinación de un plazo inadecuado que puede influir en la ponderación del caso con un elemento que, de forma impropia, contamine dicho razonamiento, inclinando la decisión a favor de este derecho. Con el establecimiento de un plazo se podría concluir que el derecho al olvido es “cuestión de tiempo”, simplemente bastando el vencimiento de aquel lapso para entablar la acción correspondiente.

A nuestro juicio, es recomendable excluir el establecimiento de un plazo en la especie, delegando al sentenciador del caso concreto la labor de decidir cuál será el espacio de tiempo dentro del cual el

¹¹⁸ La sentencia en comento profundiza aún más la relación entre el derecho penal y el derecho al olvido, señalando en su considerando cuarto lo siguiente: “Por otro lado, si la propia ley penal -la más gravosa desde el punto de vista de la afectación de los derechos individuales- es la que señala un tiempo específico de duración de la pena, y permite además eliminarla de todos los registros públicos una vez cumplida ésta, con mayor razón los medios de comunicación social deben actuar en coherencia con la intención de proporcionar al penado la posibilidad de desarrollar una vida acorde con el respeto a sus garantías constitucionales una vez transcurrido el tiempo de condena, lo que necesariamente se debe extender, y con mayor razón, a su núcleo familiar, el que por lo demás no tiene responsabilidad alguna en los hechos condenados. Este es el sentido de todas las medidas de reinserción social a que apuntan las normas antes descritas”.

reportaje noticioso tendrá vigencia. Esto parece lo más conveniente si consideramos las distintas materias de las cuales el olvido pueda dar soluciones, ya sean penales, comerciales, civiles, laborales, etc.; las características de los sujetos involucrados o la misma naturaleza de los hechos que se pretende olvidar, dentro de las cuales los criterios pueden variar para establecer si la información es actualmente relevante o no para el interés público.

Dejar el plazo al criterio de los jueces les provee de una necesaria libertad para ponderar si existe beneficio en la mantención de la publicación o, por el contrario, si el titular del dato personal debe ver su pretensión procesal acogida por agotarse la relevancia noticiosa dentro del intervalo de tiempo. Igualmente, la cuantificación de un plazo exacto trae aparejada la dificultad de que los datos personales pueden mutar su naturaleza en el tiempo; los que son sensibles pueden dejar de serlo y *viceversa*, por lo que buscar criterios para determinar aquel plazo deseado se vuelve más complejo aún¹¹⁹.

Sobre el tema en comento, mención especial amerita la sentencia en causa Rol N.º 19.172-2017 de la Corte Suprema del 4 de septiembre de 2017, que refleja de forma límpida la disyuntiva a la cual hacemos alusión en la denominación del presente subtítulo. El caso discurrió en que el actor impetró acción de protección en contra de la empresa El Mercurio SAP, dado que al ser buscado su nombre en el portal *Google* aparecían una serie de informaciones relativas a un juicio penal realizado en el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, en que mediante resolución de 9 de noviembre de 2009 resultó absuelto de todos los cargos que se le atribuían como autor de los delitos de falsificación de instrumento público, de ejercicio ilegal de la profesión de abogado y de usurpación de funciones, vale decir, habían transcurrido 7 años desde el proceso. La página de Internet de la empresa recurrida no tenía la información actualizada, puesto que se conservaba sin aclarar que en tales hechos fue exculpado. Al evacuar su informe, la empresa recurrida aduce la inexistencia de una norma que regule e imponga la obligación de borrar los registros noticiosos de la *web*, recalcando que la noticia se relacionaba con hechos verídicos de corte noticioso.

El fallo trata de determinar el marco argumental sobre el cual encausar la cuestión, identificando correctamente que el actor pretende la aplicación del derecho al olvido y que, para determinar su procedencia, es necesario elucidar la forma de su configuración sobre información periodística de carácter

¹¹⁹ Cabe advertir que nuestra postura es contraria a lo dispuesto en el considerando 39 del RGPD referido al derecho al olvido y que anotamos anteriormente, que dispone el establecimiento de un plazo por parte del responsable del tratamiento de datos para su supresión o revisión periódica. Esta obligación supone el inconveniente adicional de que es el propio destinatario de la norma quien debe identificar un criterio temporal para aplicar el derecho al olvido, comprometiendo el carácter objetivo e imparcial que tenga tal plazo.

judicial. Acto seguido, se extravía de forma sorprendente, al comenzar a citar fallos de EEUU, Francia, Colombia y el caso Costeja del TJUE. Si bien, los dos últimos fallos también son desarrollados en este trabajo, lo que hace la Corte es citar de forma aleatoria y sin una metodología clara resoluciones extranjeras donde el único mérito aparente es que hablan del derecho al olvido. Es problemático intentar fundar el derecho al olvido sobre normas o jurisprudencia de EEUU, en razón de su peculiar sistema jurídico, muy distinto al nuestro, donde se le concede a la libertad de expresión un sitial preferente en comparación a la privacidad.

Luego, en el considerando octavo se apunta algo que resulta difícil de comprender: “Que en cuanto al tiempo, de las sentencias citadas en el considerando sexto, en el caso de la jurisprudencia francesa se establece que el proceso penal había tenido lugar 46 años antes, “un tiempo suficientemente largo”, y en el caso Google (considerando séptimo) la publicación se refería a una situación ocurrida hace 16 años atrás; en el que se analiza, en cambio han transcurrido siete años”.

Los plazos que la Corte apreció asimilables —según las sentencias que estimó pertinentes sin explicar el por qué— carecen de fundamentación, pudiendo ser catalogados de antojadizos debido a que parecen más una justificación de la decisión que un criterio del cual se extrae la solución. Por un lado, esos plazos no son determinados como modelos por los mismos tribunales que los establecieron; eran netamente coyunturales a los casos en concreto. No puede legítimamente interpretarse que el tribunal francés juzga que el derecho al olvido procede en plazos aproximados a 46 años y que el TJUE hace lo propio. Por supuesto los errores no terminan ahí, existiendo omisiones de criterios básicos para determinar la procedencia del derecho al olvido, como el carácter de persona privada del afectado; que la causa penal terminó mediante sobreseimiento definitivo hace 7 años, no existiendo una proyección a otras consecuencias judicialmente relevantes y por ende noticiables; la noticia no estaba actualizada y el delito no tenía una naturaleza de alta connotación pública. En el caso específico, el transcurso de 7 años desde la ocurrencia de los hechos y su publicación es palmariamente suficiente para concluir que la noticia ha dejado de cumplir su función informativa. La decisión proporcional no necesariamente debía ser la eliminación de la noticia que pretendía el actor, pero claramente la desindexación del motor de búsqueda o la actualización de ella podrían haber sido efectivas para limitar su difusión.

Esta sentencia es una muestra del riesgo en la determinación de los plazos cuando no se observan criterios razonables y se deja de lado la prudencia. Reusser, haciendo un análisis de esta resolución sostiene que la Corte Suprema “renuncia a razonar el caso de acuerdo a los principios y normas nacionales y sale a *vitrinear* plazos considerados por tribunales extranjeros en casos que no son homologables a la situación del Sr. A [actor], lo que arroja como resultado una decisión del todo arbitraria respecto al tiempo que debería transcurrir para invocar con éxito el derecho al olvido, pues los plazos considerados dependen completamente de la selección de casos que presenta la Corte Suprema de Justicia como aval de su sentencia: si hubiera tomado otros casos, los plazos serían distintos” (2018: p.152).

Como conclusiones sobre este punto puede señalarse por un lado que el plazo, cualquiera que se escoja, debe ser efectivamente “razonable” o “prudencial” (Murga 2017: p. 201), y que el momento en el cual comienza a transcurrir el lapso dentro del cual la noticia deviene en ilícita es aquel instante en que se extinga cualquier circunstancia o proyección del hecho noticioso, como quedó de manifiesto en nuestro análisis del caso EMOL¹²⁰.

3.- Remedios del derecho al olvido en Internet

Todo lo que hemos expuesto hasta este punto nos permite identificar las soluciones que el derecho al olvido digital concede, partiendo de la consideración fundamental de que es no es absoluto, existiendo casos en donde debe ceder frente a las libertades de información o expresión.

¹²⁰ En la Sentencia de causa Rol N° 25.159-2018 de la Corte Suprema de 21 de enero de 2019, donde se confirma la sentencia de primera instancia apelada rechazando la acción de protección, precisamente se opta por el criterio contrario al del caso EMOL, entendiendo que el interés noticioso de un archivo periodístico no se agotó con la consumación del delito. La Corte concluye lo siguiente: “En efecto, tal exigencia [relevancia pública], implica reconocer que ha transcurrido un lapso de tiempo considerable, sin que por la sola circunstancia de haberse cumplido la condena o haber dado cumplimiento al plazo previsto para la medida alternativa concedida, sea suficiente para asentar la referida exigencia, siendo del caso señalar que si bien, como lo sostiene el actor, la noticia es desde hace ocho años, lo cierto es que aquella da cuenta de hechos que fueron sancionados penalmente, cumpliéndose la medida de libertad vigilada en octubre del año 2013, razón por la que cabe establecer que, en los hechos, sólo han transcurrido cinco, lapso de tiempo insuficiente para estimar que una noticia que fue de interés público, haya devenido en intrascendente debiendo ceder el derecho a la información frente al derecho del particular que exige su retiro.” (cons. Séptimo). Los hechos de la causa consistieron en que entre el 10 de junio y 13 de septiembre de 2010, el actor estuvo en prisión preventiva por delitos económicos, por los cuales finalmente, en juicio abreviado, recibió una condena de 3 años y 1 día de Presidio Menor en su grado máximo, pena que cumplió bajo el régimen de libertad vigilada. Razón por la que hizo uso del beneficio del Decreto Ley N° 409, eliminando sus antecedentes de manera definitiva. No obstante, su historia se mantiene vigente en *Google* puesto que al poner su nombre en el buscador, aparecen las noticias publicadas por Radio Bio Bio, El Mercurio S.A. y Copesa en sus plataformas digitales, por lo que dirige exclusivamente su acción contra estas últimas, solicitando la desindexación de la información mediante la aplicación de herramientas informáticas por parte de las recurridas, que impidan que sigan apareciendo en los motores de búsqueda, como Google. Un dato curioso por lo extremadamente falaz es la defensa que presentó Bio Bio Comunicaciones, quien contestando del informe que se le requirió en los autos de primera instancia afirmó “que el término desindexar, no existe en la RAE, por lo que la petición es -además-, ininteligible”.

El profesor Corral propone que la aplicación de cualquier medida debe ejecutarse de manera modulada, a propósito del ejercicio de ponderación de los derechos fundamentales que se enfrentan (2017: pp. 17 - 18), razonamiento compartido por este trabajo, con ciertas salvedades y que a continuación analizaremos.

3.1.- Aplicación gradual caso a caso: el equilibrio es la clave de la solución

Al final del capítulo anterior llegamos a la conclusión que el conflicto entre el derecho a la autodeterminación informativa y su punta de lanza, el derecho al olvido en Internet, colisionan con las libertades de expresión, información y todas sus manifestaciones o variantes, como la “libertad de empresa que en nuestro sistema constitucional aparece restringida a la libre iniciativa en materia económica (art. 19 N° 21 Const.), pero que debería entenderse ampliada a fines no lucrativos como los que persiguen las personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro” (Corral 2017: p. 16). También sostuvimos que la solución a esa confrontación reside en el ejercicio de ponderación mediante la aplicación del principio de proporcionalidad. Una vez “pesados” los derechos, corresponde precisar cual prima por sobre el otro, pero siempre propendiendo a la máxima aplicación de cada uno de ellos, en la medida de lo posible según las circunstancias fácticas y jurídicas.

Conforme a ese razonamiento y una vez dictaminada la necesidad de la aplicación del derecho al olvido, podemos distinguir criterios para trazar la solución más eficiente, a fin de preservar el debido equilibrio entre los intereses en conflicto. Es necesario practicar un orden de prelación, donde el primer mecanismo debe preferirse por sobre los subsiguientes. A saber:

- a) Como primer método, debe intentarse el derecho al olvido frente a los motores de búsqueda que denominaremos “externos” (por ejemplo, *Google*), para diferenciarlos de los gestores contenidos en las mismas páginas *web* o plataformas de Internet. La justificación de primero accionar contra los buscadores externos obedece a que estos responsables del registro no son la fuente original de la información. Estos buscadores maximizan la difusión de la noticia de forma exponencial, por lo que intentar medidas contra ellos constituye el comienzo de cualquier técnica o recurso que se estime proporcionado. Se ejecuta mediante la desindexación de la URL que contenga la información declarada ilegítima, para que no aparezca dentro de los resultados de búsqueda. Acto

seguido, debe analizarse si esta solución basta con dirigirse contra los buscadores locales y, de lo contrario, se requiere ampliar su alcance hasta llegar a todo el mundo.

- b) De no alcanzar la medida anterior, será procedente intervenir la página *web* que contenga la fuente de origen de la noticia que, a su vez, contiene el dato personal. En primer término, deben aplicarse por parte del responsable de la URL o *webmaster* herramientas informáticas que inhiban la indexación de los motores de búsqueda externos (“*robots.txt*” o “*metatags*”)¹²¹⁻¹²².
- c) Si se trata de una página *web* que posea un gestor de búsqueda propio o interno (como suele pasar con las hemerotecas digitales), la medida menos lesiva contra las libertades de información o expresión consiste en la desindexación de la noticia para desenlazarla de aquel buscador. Aquí, es recomendable disociar aquellos datos personales que no sean realmente necesarios para cumplir la finalidad informativa —como el nombre—, mostrando únicamente las iniciales del interesado si es posible, para que no sea factible hacer la búsqueda simplemente colocando su nombre en el motor interno. Siguiendo con una lógica progresiva en esta solución, debe estudiarse la posibilidad de enlazar todas las noticias que sean conexas a la información declarada ilegal, para efectos de contextualizarla a través de distintos artículos o publicaciones periodísticas. De no ser todo lo anterior posible, se hará menester ocultar toda la noticia.
- d) Siguiendo con la hipótesis anterior, y para el evento de no ser aptas aquellas medidas, es necesario hacer modificaciones a la noticia propiamente tal. En este punto podemos advertir que se está sacrificando considerablemente las libertades en cuestión, debido a que la noticia experimentará un cambio forzado, alterándose respecto a su versión original. La alteración en la información se hará con el propósito de actualizarla o completarla, incorporando todos aquellos antecedentes que permitan contextualizarla para su acertada inteligencia. Como hemos señalado, el pasado judicial en el área penal es uno de los casos más recurrentes del derecho al olvido digital toda vez que “el

¹²¹ En este punto tomamos una posición distinta al autor, por cuanto Corral estima que luego de afectar al motor de búsqueda externo se debe actualizar la noticia. No compartimos esta decisión bajo la idea de que su alteración importa la afectación directa de la fuente original, que es más gravosa que la desindexación (2017: p. 17).

¹²² A estas alturas parece un mantra insistir en la dificultad que tiene nuestro objeto de estudio. Pero el desconocimiento de las soluciones aplicables y la confusión respecto a los mecanismos que pueden ser útiles llega a niveles insospechados. Como ejemplo, tomaremos los votos disidentes del fallo ya analizado de la Corte Suprema de fecha 19 de mayo de 2020 en la causa Rol N.º 41.260-2019 que señalan lo siguiente: «Que, en este mismo orden de consideraciones, lo pretendido por la actora no es la actualización de la noticia, sino su eliminación, cuestión que se evidencia no solo del petitorio del recurso de protección, sino especialmente del correo electrónico enviado a la Directora del Diario Austral con fecha 8 de agosto de 2016, en el que, respondiendo al ofrecimiento del medio de comunicación social de "hacer una nota para aclarar lo ocurrido", la recurrente contesta que "esa sería para mí una segunda opción, yo no les pido que bajen la noticia de su página web, lo único que solicito es que no aparezca en el buscador"». Es clara la confusión del voto de minoría, habida cuenta que el actor únicamente pretendía el ocultamiento de la noticia, lo que es interpretado como “eliminación”.

hecho de que diferentes personas figuren en los medios periodísticos en relación a la comisión de hechos delictivos suele ser habitual; tristemente, lo es bastante menos el volver a aparecer en los mismos por una sentencia absolutoria” (Reusser 2018: p.157 - 158), y en ese evento será común que el afectado solicite o el sentenciador en definitiva resuelva la actualización de la noticia¹²³⁻¹²⁴. Según ha señalado nuestra Corte Suprema: “Que, asentada la posibilidad de colisión entre dos derechos fundamentales cuya titularidad incumbe a recurrente y recurridos, y dejando en evidencia la relevancia pública de la información cuya supresión se solicita, se ha planteado como solución alternativa a este tipo de conflictos el ejercicio, por parte del medio de comunicación, del deber de actualización o contextualización de las noticias que, por el paso del tiempo, devienen incorrectas o incompletas, lesionando los derechos de los afectados”¹²⁵.

¹²³ En la sentencia de fecha 19 de mayo de 2020 en la causa Rol N.º 41.260-2019 que analizamos con anterioridad, la Corte Suprema estima que la solución para el caso consistía en la actualización de la noticia planteando lo siguiente: “En esta dirección, a pesar de que en la especie no procede la eliminación de la noticia que en su día fue publicada lícitamente, lo cierto es que constituye un deber de la empresa periodística actualizar el dato incorporando, además, un link con el texto íntegro de la resolución que declaró el sobreseimiento definitivo, procedimiento que permite a quienes accedan a esta noticia conocer lo dictaminado finalmente por los tribunales de justicia.” (cons. Noveno). Agrega la Corte: “Asimismo, la publicación parcial, transgrede su obligación de ejercer legítimamente su función social asignada a las empresas periodísticas y, por tanto, ese proceder puede ser calificado, a lo menos, de arbitrario, por carecer de justificación esta renuencia de omisión, con lo cual afecta la garantía constitucional de igualdad de trato que debe a todas las personas, prevista en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental” (Cons. Décimo).

¹²⁴ Debemos destacar que la labor de actualización es compleja, toda vez que el medio de comunicación puede legítimamente ignorar los hechos sobrevenidos luego de la publicación. Con todo, el ejercicio profesional del periodismo impone deberes específicos tendientes a resguardar la calidad de la noticia. El Tribunal Constitucional de Colombia en la ya analizada sentencia T-277 de 2015 razona que el principio de inocencia del afectado compele a los medios informativos a la compleción y exactitud de los contenidos en las hemerotecas digitales, declarando lo siguiente: “El derecho a la información, como garantía para quien es informado, supone el derecho a recibir contenidos veraces e imparciales. Estima la Sala, asimismo, que el principio de veracidad en el plano de noticias referidas a procesos judiciales y hechos delictivos implica la posibilidad de tener información actualizada de los mismos, pues precisamente por la forma en que se desenvuelven los procesos judiciales, estos dan lugar a “noticias en desarrollo” hasta tanto exista una providencia que declare la responsabilidad penal, la inocencia o el fin del procedimiento judicial. En consecuencia, el constante cambio en el contexto que rodea los hechos iniciales del caso o proceso implica, a su vez, que la falta de actualización implica de por sí una forma de inexactitud, que lesiona también el principio de veracidad, esencial para resguardar el derecho a la información de los usuarios de los medios de comunicación” (9.5).

¹²⁵ Sentencia de fecha 5 de agosto de 2019 en la causa Rol N.º 14.034 - 2019 en sede de apelación de acción de protección. Fueron recurridas en la causa cooperativa.cl, del Diario “La Prensa” de Curicó y del Diario “El Lector” del Maule, calificando como ilegal y arbitraria la mantención, en sus respectivos portales de Internet, de notas de prensa que dan cuenta de hechos acontecidos el año 2012 y que se atribuyen a la actora un procedimiento policial desarrollado en un establecimiento comercial de Talca, oportunidad en que se le imputó haberse individualizado ante el personal policial como Fiscal del Ministerio Público. Por tal hecho, fue formalizada en audiencia realizada el día 1 de marzo de 2013, disponiéndose, el 16 de abril del mismo año, la suspensión condicional del procedimiento, mientras que con fecha 9 de mayo de 2014 fue sobreseída de manera definitiva. La Corte Suprema revoca el fallo de primer grado acogiendo la acción, estimando que la actualización es “un mecanismo apto, suficiente y adecuado para lograr la compatibilización entre el derecho a informar que asiste a los medios de comunicación recurridos y las garantías invocadas por la actora” (cons. sexto). En definitiva, ordena actualizar las publicaciones mencionando expresa y circunstanciadamente la extinción de la responsabilidad penal de la afectada.

e) Finalmente, y por vía absolutamente extraordinaria, cuando todas y cada una de las herramientas anteriormente mencionadas sean insuficientes para restringir la difusión de la información vedada, se eliminará la publicación que contiene los datos personales que deben protegerse. Pensamos que el hecho de existir respaldo físico, como por ejemplo la edición escrita de la crónica informativa, es un elemento importante para considerar si se elimina la noticia de Internet, pero no es definitivo en el sentido que, de ser necesario para la protección de los datos personales del afectado, de todas formas, debe ser borrada la publicación¹²⁶.

Los remedios descritos operan de forma incremental, intentando primero aquellas medidas menos gravosas para la libertad de información o expresión, según una dinámica progresiva que apunta a la solución más adecuada en el caso concreto, que será aquella que permita la máxima aplicación de los derechos fundamentales en conflicto.

No está demás referirnos nuevamente a la sentencia en causa Rol N° 23.107-2018 de la Corte Suprema del 15 de enero 2019, ya analizada y en donde la Corte Suprema acertadamente examina que la cancelación de la noticia no necesariamente debe ser la solución, no obstante que el actor lo haya solicitado. En su considerando octavo cita la doctrina de Mieres (2014: p. 36), que también más arriba hemos mencionado como directrices fundamentales para establecer la medida idónea derivada del olvido en hemerotecas digitales, y que descansan en una dinámica de progresión de su aplicación según criterios específicos. En este caso en particular el sujeto pasivo ya había actualizado la noticia, pero el sentenciador estimó aquella medida como insuficiente debido a que no completaba íntegramente la información, por lo que el derecho al olvido debía ser acogido, pero de forma gradual haciéndolo cohabitar con la libertad del ejercicio periodístico.

Según este raciocinio y a modo de parangón, diremos que los remedios del derecho al olvido funcionan de forma similar a las medidas cautelares personales de nuestro proceso penal, prefiriéndose las menos gravosas por sobre aquellas que no lo son tanto para asegurar la realización de los fines del procedimiento

¹²⁶ En este tema en específico también discrepamos de Corral. El autor propone que el borrado de la información únicamente procede si existe soporte material. Estimamos que el antecedente de la existencia de este respaldo sí es relevante para determinar si se cancela la noticia, pero no opera como requisito sin el cual no pueda eliminarse. De persistir la necesidad de aplicar esta última medida, pensamos que pueden tomarse las providencias del caso para impedir perder la información de manera absoluta, como conservarla en soportes digitales, pero sin difundirlas. Tengamos presente que el derecho al olvido en Internet no puede buscar reescribir la historia. Lo que debe asegurarse es proteger los datos personales del afectado sin eliminar todo registro de la información (Corral 2017: p. 17).

punitivo. En ese orden de ideas, pueden asimilarse, *mutatis mutandis*, la cancelación de datos personales con la prisión preventiva, medidas altamente excepcionales que proceden de *ultima ratio*.

3.2.- Hipótesis inmunes al olvido: el “derecho a la memoria”¹²⁷ como contrapartida

Se trata de casos donde el derecho al olvido en el ciberespacio no tiene cabida. Todos se fundan en el interés público de la información que contiene los datos personales¹²⁸. Lo importante a destacar es que algunas de estas hipótesis pueden reconocerse de forma previa a un eventual litigio donde se discuta la procedencia del derecho al olvido, pero son excepcionales, ya que la regla viene dada por el necesario conflicto de derechos fundamentales en la materia¹²⁹. Podemos reconocer los siguientes casos:

- a) Todas aquellas informaciones que correspondan a hechos noticiosos dentro del marco de la libertad de expresión e información, junto con todas las libertades asociadas a ellas, como la de ejercer libremente una actividad económica o el ejercicio de la función periodística¹³⁰.
- b) Los hechos relativos a personajes públicos, funcionarios públicos o los candidatos a cargos electivos relativos al poder político, y que sean relativos a la actividad pública¹³¹.

¹²⁷ Corral acuña este concepto para enfrentarlo al derecho al olvido, indicando que se circunscriben dentro de aquel todas las excepciones al derecho al olvido y que, en general, “proviene de una preferencia por la libertad de informar determinada por la existencia de un interés público (...)” (Corral 2017: p. 17).

¹²⁸ El apartado 3 del artículo 17 del RGPD establece la siguiente lista de excepciones: “3. Los apartados 1 y 2 no se aplicarán cuando el tratamiento sea necesario: a) para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información; b) para el cumplimiento de una obligación legal que requiera el tratamiento de datos impuesta por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento, o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable; c) por razones de interés público en el ámbito de la salud pública de conformidad con el artículo 9, apartado 2, letras h) e i), y apartado 3; d) con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, en la medida en que el derecho indicado en el apartado 1 pudiera hacer imposible u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de dicho tratamiento, o e) para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones”.

¹²⁹ Uno de estos casos es el interés histórico de la información. No resulta motivo plausible para litigar por el actor si una demanda de olvido pretende, por ejemplo, restringir la difusión de hechos acaecidos en la segunda guerra mundial (como aquellos relacionados con el holocausto, para dejar más clara la idea). Ese momento de la historia de la humanidad es de tal gravitación, que el interés público ostenta una claridad prístina.

¹³⁰ Para Zárate, el concepto de libertad de prensa debe interpretarse de forma omnicompreensiva, de modo que “el criterio amplio corresponde a la forma en que tradicionalmente se ha definido la libertad de prensa, no distinguiendo el soporte para protegerla, ni estableciendo condiciones que puedan impedir la creación de medios de comunicación social, siendo la única excepción aquellos medios sujetos a concesiones administrativas (radio y televisión)” (2013: p. 5).

¹³¹ Reusser recuerda que, sobre personas de relevancia pública, es común que la doctrina y jurisprudencia estimen que tienen un margen de protección de su vida privada más reducido “por razones sanas y fáciles de imaginar”. Así, no pueden considerarse hechos privados aquellos que ejecuten estos sujetos dentro del ejercicio de funciones públicas; hechos que voluntariamente saquen de su esfera privada (como aquellos que se dedican a ventilar su intimidad); y todas aquellas conductas que, sin ser derechamente ejercicio de funciones públicas, tengan algún grado de repercusión en ellas. Con todo, es error arribar a la

- c) Hechos constitutivos de delitos que, por su naturaleza, no son susceptibles de prescripción o amnistía, como los crímenes lesa humanidad; y los que por su gravedad requieran de la conservación de registros, como sucede en el caso de los delitos sexuales contra menores de edad¹³²⁻¹³³ (Corral: 2017: p. 17).
- d) Para fines de conservación de la historia¹³⁴, de estudio o investigación científica o estadísticos, siempre que en estos últimos casos la mantención de la información en Internet sea necesaria para tales intenciones. De esa forma se reconoce “el interés público de ciertos datos e informaciones aun sin que deban ser de actualidad” (Moreno y Serrano 2017: p. 44).

conclusión de que sólo las personas privadas son dignas jurídicamente de ser protegidas por el derecho a la intimidad (2018: pp. 156 - 157).

¹³² “En Chile, la ley N.º 20.594, de 2012, creó un Registro de personas inhabilitadas para ejercer funciones en ámbitos educacionales o con menores de edad, y estableció la obligación de toda institución que desee contratar a una persona para una función o empleo que implique relación directa con menores de edad de consultar dicho registro. No hay normas que limiten la conservación de esta información por el paso del tiempo (cfr. art. 6 bis, Decreto Ley N.º 645, de 1925, sobre el Registro general de las condenas). Esta duración permanente del registro puede transformarse en una pena perpetua que imposibilite la reinserción social de estas personas y su rehabilitación” (Corral 2017: p. 17).

¹³³ Este criterio es ocupado como fundamento para establecer el interés público de la información en la sentencia de la Corte Suprema de la causa Rol N.º 19.134-2018 de 22 de enero de 2019, considerando además la extensión en el tiempo de las penas accesorias. Razona la Corte: “En el caso sub lite, el interés público no sólo se manifiesta a través de lo dispuesto en el precepto legal citado, sino que se infiere de la historia de la Ley N.º 20.594, de 19 de junio de 2012, en cuya virtud se modificó el Decreto Ley N.º 645 de 1925, agregando un inciso 3º a su artículo 1º por el que se crea el Registro de “Inhabilitaciones para ejercer funciones en ámbitos educacionales o con menores de edad”, a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación, y de libre acceso público en los términos del artículo 6º del mencionado Decreto Ley. Asimismo, la precitada ley agregó un inciso 3º al artículo 372 del Código Penal, estableciendo como pena accesoria la de “inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad, en cualquiera de sus grados”, para los autores de los delitos que señala, entre los cuales se encuentra el tipo penal castigado en el artículo 367 ter, esto es, precisamente el delito por el que resultó condenado el recurrente el año 2014 por el Juzgado de Garantía de Valparaíso. Además, el tribunal le impuso la pena accesoria contemplada en el inciso 1º del artículo 372 del Código Punitivo, consistente en la “sujeción a la vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal. Esta sujeción consistirá en informar a Carabineros cada tres meses su domicilio actual”, lo que en concreto significa que deberá quedar sujeto a la vigilancia de la autoridad hasta el año 2024, sin perjuicio de su inclusión en el Registro de personas inhabilitadas para desempeñarse en ámbitos educacionales o con menores de edad; todo lo cual permite inferir la existencia de un interés público en cuanto a la mantención de la información necesaria relativa a la perpetración de delitos de connotación sexual que afectan a menores de edad” (cons. Octavo).

¹³⁴ Simón resalta el carácter permanente de estos casos, por cuanto operan en una lógica inversa al primer grupo de excepciones que señalamos. En efecto, el trascurso del tiempo, en el caso de la información histórica, sólo viene en consolidar tal carácter, fortaleciendo el interés público. El autor agrega lo siguiente: “El estudio en perspectiva comparada puede ser de especial interés sobre este último extremo. En Italia, el Garante per la protezione dei dati personali ha aprobado un código de conducta que establece las reglas y los límites del uso de los datos personales recogidos en la investigación histórica independiente y del derecho a la educación e información. Se garantiza así que en el acceso a registros y documentos se respete la dignidad de las personas y, en especial, el derecho a la identidad personal. Y además se establece que la recopilación de datos en archivos dedicados a la investigación histórica debe ser fomentada y tratada como instrumento válido de conservación de los datos dada la utilidad operativa de los mismos. Tal previsión aporta seguridad jurídica y, teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico carece de un código de conducta parecido, no es desdeñable señalar aquí las bondades de éste y la más que deseable actuación futura de las autoridades de protección de datos españolas en un sentido parecido” (2012: p. 6).

A modo de colofón de este capítulo y en base de todos los antecedentes empíricos analizados, afirmaremos que nuestra jurisprudencia ha mostrado rasgos erráticos para determinar la existencia y configuración del derecho al olvido digital. La Corte Suprema, mediante diversos fallos, abiertamente habla de su existencia y en otros se mantiene silente en el empleo del concepto. En todos los casos escrutados en este trabajo el máximo tribunal al referirse a nuestro objeto de estudio (expresa o tácitamente) siempre hace la prevención de que no está consagrado en nuestra legislación y que la solución versa en analizar los derechos fundamentales que pueden verse afectados.

A su vez, los criterios para definir la aplicación de la solución de los casos no han sido uniformes, extrañándose una argumentación sólida y sistemática respecto a la justificación de las medidas tomadas, particularmente de las razones de no aplicar el derecho al olvido sobre los motores de búsqueda —ya que tanto la jurisprudencia del TJUE como el derecho comparado expresamente los consideran como sujetos pasivos—, opción que en muchas controversias puede resultar ser la más proporcional en la búsqueda del equilibrio entre el derecho de la autodeterminación informativa y la libertad de expresión e información. Este punto nos lleva a otra crítica: la Corte Suprema se inclina por fundamentar el derecho al olvido principalmente en el derecho fundamental de privacidad, siendo excepcional la mención de la autodeterminación informativa, al cual simplemente se le recuerda rara vez en votos disidentes o concurrentes¹³⁵. Luego de la modificación constitucional en la que se incorporó explícitamente el derecho de protección de datos a su lista de derechos fundamentales, era legítimo esperar que la hermenéutica aplicada por los tribunales superiores de justicia reconociera expresamente a este derecho como fundante del derecho al olvido o, al menos, lo destacara dentro de su inventario de derechos que “posiblemente puedan verse afectados”, pero nada más lejos de la realidad.

Finalmente nos permitiremos citar un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago que es confirmado por la Corte Suprema¹³⁶, por ser una de las mejores exposiciones que hace la judicatura respecto al derecho

¹³⁵ Rallo sostiene que el derecho de autodeterminación informativa no tiene una consolidación que le permita ser reconocido en todos los casos donde debería ser considerado de la siguiente forma: “el derecho fundamental a la protección de datos no goza (tanto en el imaginario social como en la doctrina jurídica) todavía del predicamento acrisolado por otros (honor, intimidad, etc.) frente al derecho a la información” (Rallo 2014: p. 160).

¹³⁶ Se trata de la sentencia de primera instancia de la causa Rol N° 37.091-2019 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de fecha 15 de octubre de 2019, confirmada por la sentencia de la causa Rol N° 31.815-2019 de la Corte Suprema de fecha 13 de mayo de 2020. No obstante que en segunda instancia se elimina casi todo el contenido del fallo la Corte Suprema lo confirma, por lo que se desestima la acción de protección, dejando indemne el considerando décimo. Sobre los hechos de la causa, el actor se dirige contra La Plaza S.A., propietaria del medio El Mostrador y una serie de personas naturales por estimar que

al olvido y sus requisitos de ejercicio al identificar donde reside el quid del problema, pero principalmente por la razón de que el superior jerárquico elimina el fallo de primera instancia casi en su totalidad (dejando sólo 3 considerandos reproducidos de un total de 11, conservando los dos primeros que exponen los hechos y precisamente el décimo, que es el que citamos), lo que en nuestra opinión, es una clara inclinación de la Corte Suprema en torno a estimar la existencia del derecho al olvido en Internet:

Que en lo atinente al derecho al olvido respecto de la publicación de una condena penal del recurrente, aun cuando no existe una posición uniforme en la materia —cabe recordar que el denominado derecho al olvido que invoca no está consagrado en nuestra legislación— sí puede concluirse, en lo que interesa al recurso, en los casos en que se pretende su aplicación, puede entrar en colisión con el derecho a la información, de lo que surge que el transcurso del tiempo es el criterio más adecuado para resolver el litigio. Así entonces, el derecho al olvido debe dar prioridad a las exigencias del derecho a la información cuando los hechos que se revelan presentan un interés específico para su divulgación. Sin embargo, con el transcurso del tiempo, tal información deja de ser una cuestión de actualidad, momento en que el derecho al olvido desplaza al derecho a la información.

Por consiguiente, el requisito básico e indispensable sobre cuya base se construye el derecho al olvido, esto es, el transcurso del tiempo, es que reúna las características que permita aseverar que la noticia de que se trata carece en la actualidad de relevancia.

Tal exigencia implica que haya transcurrido un período de tiempo considerable y que el interés o utilidad de ese antecedente cuya eliminación se persigue no haya decaído.

En este caso, si bien la sentencia penal por el delito de lesiones se remonta al año 2004, lapso suficiente para la prescripción penal de los delitos más graves, lo que busca el derecho al olvido es sólo dejar de mantener un registro digital detectable por cualquier motor de búsqueda informático, pero no que la noticia no pueda ser consultada por métodos análogos mediante el ejercicio investigativo profesional de quien esté interesado en ello. De lo que se trata no es que la

publicaron en Internet un conjunto de noticias en las que se daba cuenta de información inexacta, falsa o cuya difusión es ilegal, todo con miras a presentar ante la ciudadanía una compleja red de apoyos a favor de la designación un una Ministra de la Corte Suprema, por lo que pide ordenar a los recurridos eliminar las noticias que afectan su honra. De forma correcta, ambos tribunales desestiman la aplicación del derecho al olvido y rechazan la acción, ya que de un simple análisis de los hechos se evidencia que no existe su hipótesis basal, faltando elementos de la esencia como el factor cronológico, por lo que en verdad se trata de una acción cautelar de la honra y nada más.

noticia deje de existir, sino de no proporcionar accesos automáticos y facilitadores que puedan dificultar la recuperación social del individuo. En consecuencia, no se da la hipótesis delineada por los autores y la jurisprudencia para dar acogida a esta alegación del actor (cons. décimo).

III. Análisis de la legislación nacional en torno al derecho al olvido digital

En este capítulo pretendemos esbozar un análisis del derecho positivo chileno para dilucidar si, dentro de los principales cuerpos normativos que regulan o tienen injerencia en el tema de estudio, podría existir la posibilidad de configurar el derecho al olvido en Internet. Con ese afán, procederemos a revisar nuestra Carta Fundamental, la LPVP y la Ley N° 19.733 Sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo.

1.- Derecho al olvido y legislación nacional

Hemos señalado que el olvido digital no tiene un reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento jurídico. Ahora bien, debemos cuestionarnos si el marco normativo dentro del cual podemos ubicar esta figura —o, al menos, los cuerpos normativos que se relacionan a ella— permite su configuración de algún modo, incluso si es de forma precaria. Así las cosas, se vuelve necesario hacer revista de las principales normas que resultan pertinentes en el estudio de su configuración jurídica.

Sin embargo, es conveniente descartar de inmediato que el olvido digital pueda ser configurado o tenga algún tipo de manifestación en otras disposiciones que no sean las que se revisaran a continuación, toda vez que, indistintamente de la concepción que se tenga del objeto de estudio, las facultades para afectar las publicaciones en Internet — ya sea la fuente original o el motor de búsqueda— no se condicionan o no se encuentran en otro tipo de normas. Esta consideración nos hace descartar normativas como el Decreto Supremo N° 950 del Ministerio de Hacienda; el Decreto Ley N° 409 que establece normas relativas a reos; la Ley N° 20.285 sobre Transparencia y Acceso a la Información pública; o bien, los artículos 38 Ley N° 18.216 que establece penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad y artículo 9 de Decreto Ley N° 3.482 que concede indulto, reduce la pena y elimina anotaciones prontuariales a las personas condenadas, siendo estas dos últimas meros mandatos para no consignar sanciones penales en los registros respectivos. En definitiva, podrán tratarse de casos del derecho al olvido de segunda generación según los postulados del profesor Corral, pero no corresponde a marcos normativos que permitan canalizar la última versión que se aplica al ciberespacio.

1.1.- Constitución Política de la República

La norma básica a la cual podemos recurrir para intentar fundar el derecho al olvido digital es el artículo 19 N° 4 de la Carta Magna. En efecto, y tal como lo expusimos a lo largo de este trabajo, la jurisprudencia se ha refugiado argumentativamente en esta disposición para resolver los casos de olvido que se presentan para su resolución. Opinamos que se trata de una norma bastante amplia, en el sentido que involucra la regulación de tres derechos emanados de la personalidad: los derechos a la vida privada, la honra y la protección de datos personales, con lo que puede aplicarse su contenido normativo a una multiplicidad de situaciones, sacrificando precisión y rigurosidad por la amplitud de la tutela.

Es importante para la discusión recalcar que la autodeterminación informativa fue agregada al acervo de derechos fundamentales mediante la reforma constitucional de la Ley N° 21.096, publicada el 16 de junio del 2018, lo que es “sumamente excepcional”, por cuanto ha ocurrido únicamente dos veces, sumando el reconocimiento de la libertad de creación artística en el artículo 19 N° 25 (Contreras 2020: pp. 88 - 89).

Por ende, consideramos que es necesario “depurar” las argumentaciones referidas al derecho al olvido y sólo decantarlo en el derecho fundamental de protección de datos, en aras de lograr una mayor claridad respecto a los conceptos involucrados¹³⁷. Pero no está demás insistir en que basar exclusivamente el derecho al olvido digital en aquel derecho fundamental no implica que, en los casos concretos, pueda existir la vulneración de otras garantías de la misma naturaleza o clase, incluso aquellas que no estén reconocidas en el numeral 4, las que requerirán de tutela en casos donde se discute la procedencia del derecho al olvido. Por consiguiente, las acciones de protección en la materia podrán estar basadas en diversos derechos fundamentales cuyo resguardo se solicite, pero no debería omitirse el derecho de autodeterminación informativa.

¹³⁷ En sentido contrario Viollier y Velasco: “Cuando se habla de derecho al olvido en internet, no solo ha de tenerse en consideración aquellos intereses jurídicos basados en la autodeterminación informativa, como la protección de la vida privada o la honra, sino que también se ha de tener a la vista otros derechos o bienes constitucionales, atendido a los requerimientos de un Estado democrático de derecho, como el acceso a información por los usuarios de navegadores de internet o la libertad de prensa por medios de comunicación digitales. Indicativo de lo anterior es la evolución de nuestra jurisprudencia nacional en sede de protección, que ha debido pronunciarse sobre las colisiones de derechos suscitadas con ocasión de alegaciones referentes al derecho al olvido de los accionantes” (2021: p. 95).

Probablemente la autodeterminación informativa, como derecho fundamental, solo esté transitando el camino que comúnmente les toca ocupar a derechos fundamentales de nueva generación, en cuanto a recibir una interpretación y aplicación ambigua o errática antes de su consolidación. En palabras de Cerda: «(...) sigue los derroteros propios de los derechos fundamentales de nueva generación: surgen a raíz de la "*liberties' pollution*" de las categorías precedentes, se abren paso tímidamente entre la doctrina y jurisprudencia nacionales, para finalmente cristalizar su reconocimiento en disposiciones legales, llegando a constitucionalizar su contenido e, incluso, a ser incorporados en instrumentos internacionales» (2012: p. 12).

Esto nos lleva a la acción de protección establecida en el artículo 20, mecanismo que ha sido, en la práctica, la vía en donde se han plasmado los casos de derecho al olvido ventilados en la judicatura, descartando el habeas data por sus falencias y desventajas, tema que desarrollaremos más adelante, por lo que por ahora nos limitaremos a comentar la primera acción.

De partida, el derecho al olvido digital no está establecido expresamente en la LPVP¹³⁸ y, tal como nos proponemos demostrar en las páginas siguientes, tampoco es posible inferirlo conforme a una interpretación laxa de los derechos ARCO contenidos en ella. Esto nos hace arribar a la conclusión de que no puede aceptarse como argumento para rechazar una acción de protección, fundada en el derecho al olvido digital, el hecho de que la LPVP contenga un procedimiento especial¹³⁹⁻¹⁴⁰, porque aquel derecho

¹³⁸ El artículo 19, en su número 26 dispone un precepto que constituye la base sobre la cual deben desarrollarse las leyes complementarias de las garantías reconocidas en ese mismo artículo, bajo la limitación de que “no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”, norma que se torna especialmente importante en nuestro tema de estudio, por cuanto la LPVP y la Ley N° 19.733 estarán sujetas a esta regla. Esto involucra concluir que “las injerencias que a partir de esta Ley sufran los derechos constitucionales de los titulares de datos, no pueden significar un desconocimiento del contenido esencial o núcleo irreductible de éstos, so pena de transformarse en limitaciones ilegítimas e inconstitucionales” (Herrera 2000: p. 7).

¹³⁹ Larroucau señala que una de las causales de improcedencia de esta acción constitucional radica en “que existan vías especializadas para debatir y resolver el asunto. Así, por ejemplo, la protección no procede cuando se amenaza o vulnera el derecho a la libertad personal o a la seguridad individual, porque en estos casos se cuenta con el amparo o *habeas corpus*. En algunos casos este límite ha sido demarcado por la ley. Ello ocurre cuando se declara la incompatibilidad entre la protección y otras vías judiciales especializadas, por ejemplo: la denuncia de una violación de derechos fundamentales en materia laboral (Código del Trabajo, 2003, art. 485, inc. final), la acción por discriminación arbitraria en la justicia civil (Ley N° 20.609, 2012, art. 6, a), o bien, el caso del contribuyente que acude al Tribunal Tributario y Aduanero ante la vulneración de algunos derechos –a desarrollar una actividad económica sin sufrir una discriminación arbitraria y a la propiedad– (Código Tributario, 1974, art. 155; y Decreto con Fuerza de Ley N° 30, 2005, art. 129 K” (2020: p. 25).

¹⁴⁰ Ahora bien, de manera atinente al punto referido, Cerda hace la siguiente prevención: «Sobre la procedencia del recurso de protección para obtener el restablecimiento de sus derechos por el titular de los datos personales, alguna jurisprudencia ha estimado que habiendo el artículo 16 de la Ley 19.628 definido todo un procedimiento para el caso en que un administrador de banco de datos no acoja una solicitud del dicho titular debe necesariamente aplicarse él, siendo improcedente el recurso antes mencionado, dado su carácter excepcional y aplicable en casos en que se carece de un procedimiento claramente definido. Cf.

no puede sustanciarse en él. Con todo, el mismo texto del artículo 20 dispone que la acción constitucional procede “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”, lo que consolida la consideración de que el habeas data y la acción de protección son compatibles o complementarias para tutelar el derecho a la protección de datos personales (Corral 2001: pp. 58 - 59).

Las pretensiones procesales de olvido han sido encausadas a través de esta acción constitucional por las notorias ventajas que representa, resaltando su carácter cautelar de urgencia, por cuanto el titular del derecho puede recurrir por “actos u omisiones arbitrarios o ilegales” que produzcan “privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías”, con lo cual se amplía el radio de protección que franquea esta acción. Al consistir en un procedimiento mucho más concentrado y expedito¹⁴¹ comparado con el derivado del habeas data, resulta más atractivo y eficiente deducir esta acción para la solicitud de aplicación del derecho al olvido digital.

Los beneficios y ventajas que presenta la acción de protección comparada con el procedimiento del habeas data son evidentes, lo que trae consigo una indiferencia pasmosa respecto a este último en la búsqueda de la protección de los datos personales. Quizás su única ventaja consista en que el derecho de indemnización de perjuicios contemplado en la LPVP no pueda ser ventilado en sede de protección, al ser un asunto de fondo que precisamente amerita un análisis más detallado del tema, teniendo presente que “el punto aquí no es si estas decisiones son o no correctas, sino que el medio utilizado –la protección del art. 20 de la Constitución de 1980 (2005)– no brinda un espacio de discusión adecuado para ellas” (Larroucau 2020: p. 20).

Incluso, antes del reconocimiento expreso del derecho fundamental de protección de datos se prefería ocupar la acción de protección como garantía para la protección de los datos personales, mecanismo que era utilizado en la práctica, fundándolas en el derecho a la honra y vida privada, derecho a la propiedad o al libre desarrollo de actividad económica (Jervis 2003: p. 26; Cerda 2012: p. 15).

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, posteriormente revocada por la Corte Suprema, en "Mattoli Marron con Dicom S.A.", Rol 2333-2000 de fecha 02 de agosto del 2000, RSCS Protección, Agosto, 2000» (2012: p. 42).

¹⁴¹ Conclusión meridianamente clara a partir de una simple lectura del Auto Acordado de la Corte Suprema Acta Número 94-2015 que regula su tramitación y fallo.

Los fallos escrutados para el desarrollo de esta tesis nos proporcionan la desalentadora consideración de que, al analizar las acciones de olvido en sede de protección, la Corte Suprema prescinde fundamentarla en el derecho de autodeterminación informativa, omisión garrafal a nuestro entendimiento, al soslayar la gravitación de este derecho, que sirve de base sustantiva y fuente formal para determinar el contenido normativo del olvido digital. Pero también abre una brecha por la cual se propicia la incorrecta interpretación del derecho al olvido, aplicándolo a casos donde realmente no corresponde puesto que, en realidad, lo discutido son vulneraciones a otros derechos emanados de la personalidad, como el de la honra, en donde la hipótesis del olvido digital pueda confundirse con situaciones atentatorias contra aquellos derechos fundamentales¹⁴²⁻¹⁴³.

Luego, la jurisprudencia nacional ha observado los siguientes criterios para desestimar la procedencia del olvido digital: (i) si los hechos gozan de interés público; (ii) falta del transcurso un plazo necesario para invocarlo; (iii) falta de consagración legal del derecho al olvido; (iv) y la irresponsabilidad de los motores de búsqueda (Viollier y Velasco 2021: pp. 103 - 104). Los dos últimos criterios consignados ameritan cuestionamientos, si tenemos presente que el derecho al olvido, como construcción judicial, ha

¹⁴² Un ejemplo diáfano de esta confusión corresponde a la sentencia de Corte de Apelaciones de Valparaíso de 30 de julio de 2012 dictada en causa Rol N.º 228-2012 ya referida en el primer capítulo, que suele ser reconocida como la primera sentencia que reconoce el derecho al olvido digital en Chile (como así se hace en Warnier y Díaz 2017: pp. 208 - 209; Viollier y Velasco 2021: p. 101), lo que es un error, habida consideración que el fallo estriba en la cautela judicial del derecho fundamental de la honra, al haber sido vulnerado por conductas calificadas como injuriosas. Para discernir si estamos o no en presencia de un caso que pueda configurar el derecho al olvido en la Red, lo fundamental no es la pretensión de eliminar datos publicados en Internet, más bien el enfoque debe centrarse en los derechos que colisionan y la necesaria ponderación de los mismos, el transcurso del tiempo y su efecto en producir la caducidad el interés público de la información. Con todo, lo que debe rescatarse de esta sentencia es que el sentenciador obliga a *Google* a implementar filtros tecnológicos para evitar la publicación de contenido que pueda catalogarse de injurioso (cons. cuarto). Por una parte, esta decisión es cuestionable, al transformar a la empresa en juez y parte de los posibles conflictos que se presenten, transformándolo en un “Gran Hermano” orwelliano; es compleja la tarea que se le encomienda por cuanto puede conducir a la autocensura u otras extralimitaciones. En segundo lugar, la sentencia, al tomar medidas contra el motor de búsqueda, de inmediato debe ser considerada como excepcional, teniendo presente que la regla viene dada por no afectarlos, aduciendo que supuestamente serían entes neutrales que no suben el contenido a Internet.

¹⁴³ Otro ejemplo más reciente es la sentencia en la causa Rol N.º 39.972-2017 de fecha 4 de diciembre de 2017, sede apelación de acción de protección, mediante la cual la Corte Suprema revoca —en decisión dividida— el fallo de primer grado y acoge la pretensión procesal. Someramente y para contextualizar, diremos que los hechos se basaron en que un abogado solicita a dos gestores de búsqueda la desindexación de un *blog*, donde lo acusaban de ser un delincuente y haber formado parte de un complot para asesinar al hijo del administrador de aquel *blog*, no obstante que la investigación arrojó que la causa de su muerte fue suicidio, decretándose el sobreseimiento total y definitivo de los antecedentes. El recurrente funda la acción constitucional en “el derecho a la honra, en su aspecto del llamado derecho al olvido concebido como el fundamento jurídico que permite que ciertas informaciones del pasado no sean actualmente difundidas cuando son capaces de más daños que beneficios” (cons. primero). Sin embargo, la Corte en ningún pasaje de su resolución reconoce al derecho al olvido como tal, y procede a ordenar a los motores de búsqueda la desindexación de la publicación cuestionada, consistentes en “expresiones objetivamente difamantes” (cons. séptimo). Como puede advertirse, el actor yerra al solicitar el derecho al olvido en su caso, por cuanto había sido objeto de un ataque artero que sólo tenía la finalidad de difamarlo, por lo que las expresiones no tienen protección en el ordenamiento jurídico y de ahí que se ordene la desindexación.

encontrado su espacio dentro del ordenamiento jurídico nacional, al punto de ser ampliamente aceptado y reconocido (siendo su naturaleza jurídica y forma de concreción o ejercicio sus elementos más discutidos). Por otro lado, ya hemos expuesto la inconveniencia de mantener indemnes a los gestores de búsqueda, por su rol en la diseminación de la información y como su afectación —siempre en términos proporcionales y fundados— representa un remedio útil para el olvido.

El análisis pormenorizado respecto a la eficacia de la reforma constitucional que incorporó a la protección de datos escapa al propósito de este trabajo¹⁴⁴, pero es lógico concluir que el reenvío o reserva legal que hace el texto constitucional traslada los problemas y críticas principalmente a la LPVP¹⁴⁵⁻¹⁴⁶.

Lo que debe enfatizarse es que nuestros tribunales superiores de justicia no han abrazado la postura mayoritaria en la doctrina de manera definida, esto es, no han aceptado de modo uniforme la interpretación del derecho al olvido en Internet mediante la aplicación de los derechos ARCO. Esto, en la medida que “son escasas las decisiones adoptadas en la materia que accedan a la tutela del derecho concebido como un derecho de cancelación de datos por parte de su titular, sino que, al contrario, son abordadas precisamente desde una perspectiva de derechos fundamentales, con una ponderación de los otros intereses o derechos constitucionales en pugna, estableciendo inclusive soluciones menos lesivas, como el *deber de actualización de la información*, para el caso de medios de comunicación. También se ha rechazado la cancelación de la información pero ordenando su actualización, debido a que las sanciones

¹⁴⁴ Si la intención era producir en el país un cambio sustancial en la protección de los datos personales, estamos en condiciones de señalar que ese fin dista mucho de haber sido logrado. Contreras por su parte, haciendo un análisis de la moción para la reforma constitucional y del debate legislativo que produjo, sostiene que fueron 3 los objetivos que se perseguían en su reconocimiento expreso: (i) la primera razón sería de carácter pragmático, se buscaba que sirviera como “paraguas” que propulsara y encaminara una futura modificación de la LPVP; (ii) en segundo lugar existiría una razón técnica, era necesario hacer una distinción conceptual y normativa con el derecho a la vida privada, evitando confusiones; (iii) y finalmente desde el punto de vista de su garantía, toda vez que se buscaba, *ex profeso*, su tutela por la acción de protección (2020: pp. 97 - 102).

¹⁴⁵ En la sentencia de segundo grado dictada por la Corte Suprema en la causa Rol N° 18.818-2019 ya analizada, al acogerse parcialmente la pretensión de olvido del actor, le instruye impetrar el habeas data de la LPVP en todos aquellos puntos de su acción que fueron desestimados (cons. décimo séptimo). Esto demuestra, por un lado, la compatibilidad entre el habeas data y la acción de protección en la especie y, por otra, que el máximo tribunal también ha comprendido que la LPVP es la llamada, en último término, a ser la garantía de la protección de los datos personales, no obstante que en la realidad no sea el caso.

¹⁴⁶ El texto original de la moción de reforma constitucional contemplaba expresamente los derechos ARCO, pero como resulta conocido, este contenido fue eliminado del texto definitivo. La principal razón para omitirlos fue procurar evitar una obsolescencia de su contenido prescriptivo —por cuanto al momento de realizarse las discusiones se encontraba en boga la reflexión en torno del derecho de portabilidad de datos—, pero los legisladores los concibieron como parte integrante del derecho fundamental. Es así que la reforma constitucional entendió que la LPVP era una norma de rango legal que complementarían la Constitución, pero que se encuentra sujeta a lo establecido en el artículo 19 N° 26, lo que tiene como consecuencia que los derechos ARCO podrían ser considerados como constitutivos del núcleo normativo esencial del derecho fundamental de protección de datos personales (Contreras 2020: pp. 110 - 112).

administrativas impuestas forman parte de un registro público regulado por el ordenamiento jurídico, o porque se considera que los archivos históricos de los medios de comunicación no constituyen, por sí sola, una vulneración a los derechos que se alegan afectados” (Viollier y Velasco 2021: p. 102).

En todo caso, teniendo de base el estado actual de la legislación es posible sostener que la acción de protección es una herramienta apta para incoar los casos de derecho al olvido ante los tribunales superiores de justicia, pero no corresponde al escenario ideal u óptimo, debido a que cuenta “con resultados inciertos y poco estandarizados, lo que tampoco otorga un adecuado nivel de protección de los derechos de las personas” (Álvarez 2016: p. 54). Amén de lo anterior, se extraña la presencia de un organismo especializado y autónomo en el conocimiento y resolución de estos asuntos, que pueda brindar soluciones más técnicas con un pleno conocimiento del debate de fondo que involucra la hipótesis del derecho al olvido digital. Por ende, mientras no exista tal entidad, deberemos tratar de delimitar el sentido y alcance de este derecho a través de esta acción constitucional.

1.2.- LPVP¹⁴⁷

¿Puede configurarse el derecho al olvido en base a este cuerpo legal? Creemos que la respuesta radica netamente en la interpretación que tengamos del mismo. Si adscribimos a la postura mayoritaria que lo identifica con la aplicación extendida de los derechos ARCO regulados en ella hacia Internet, entonces podríamos responder afirmativamente a la interrogante planteada. La importancia de este dilema radica en dilucidar si el habeas data es una herramienta idónea para encausar las acciones de olvido en nuestro sistema. Hechas estas consideraciones, nos abocaremos a aportar argumentos para sostener que la LPVP no contiene este novedoso derecho (en su versión digital, por cuanto sus versiones anteriores han tenido un largo desarrollo) y, aún en el caso contrario, tampoco podría ser ejercido mediante el habeas data en su estado actual.

¹⁴⁷ La Ley no hace justicia a su denominación, por cuanto sólo regula una materia o ámbito específico de la vida privada, la protección de datos personales, de ahí estriba la razón del por qué en varios artículos doctrinarios se le denomine como “Ley de protección de datos personales”. Cerda explica de esta manera la razón de su denominación por el Legislador: «la Cámara de Diputados, juzgó oportuno circunscribir el proyecto a la normativa que regula el tratamiento de los datos personales por los organismos públicos y particulares, en el entendido que la regulación de la protección de la vida privada de las personas formaba parte del proyecto sobre libertades de opinión y de información, entonces en tramitación legislativa. Ello explica por qué la Ley se denomina "Sobre Protección de la Vida Privada", no obstante contemplar sólo un aspecto de ella, cual es asegurar el derecho a la autodeterminación informativa, en lo referente al tratamiento de datos personales» (2012: p. 16). Por otro lado, Corral menciona un ejemplo de esta dicotomía afirmando que «se advierte en su publicación en el Diario Oficial en que curiosamente se alude a la ley “sobre protección de la vida privada”, en tanto que el decreto de promulgación señala que el proyecto de ley sancionado se titula “protección de datos de carácter personal”» (2001: p. 58).

1.2.1.- Normas relacionadas con la estructura del derecho al olvido

Nuestro país ha tomado una senda de innovación respecto a los desafíos que suponen las tecnologías mediante una postura vanguardista en la región. Como ejemplos, encontramos “las modificaciones experimentadas por la Ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual, en 1985 y 1990 con el objeto de incorporar dentro de las obras especialmente protegidas a los programas computacionales; o al tipificar en 1993 ciertos delitos relacionados con la informática, en la Ley N° 19.223; o en materia de protección de datos, gracias a la sanción en 1999 de la Ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada” (Herrera 2000: p.1).

Dentro de su articulado se encuentran disposiciones que se asemejan al contenido de lo que hemos identificado como derecho al olvido digital. La ley, al tener un alto contenido técnico, correctamente procede a suministrar una serie de definiciones en su artículo 2, de las cuales llaman nuestra atención¹⁴⁸ la contenida en la letra d) sobre dato caduco, definiéndolo como “el que ha perdido actualidad por disposición de la ley, por el cumplimiento de la condición o la expiración del plazo señalado para su vigencia o, si no hubiese norma expresa, por el cambio de los hechos o circunstancias que consigna”. Resulta interesante esta definición por su semejanza a la hipótesis de derecho al olvido, pero con la diferencia de que la caducidad, en este último caso, se produce respecto al carácter “noticioso” de la información, la cual pierde relevancia al disminuir o agotarse el interés público en ella por el transcurso del tiempo.

Recordemos que los datos personales no son diseminados en Internet con el propósito específico de ser publicados individualmente considerados o por sí solos, en realidad, ellos están insertos en publicaciones de corte noticioso que le dan un contexto o mayor explicación a dicha información. Es así como en una crónica policial perfectamente puede exhibirse los datos personales de una persona —mayor de edad— con el objeto de comunicar con mayor acierto a la ciudadanía de la comisión de un delito, pero no tiene mayor justificación o lógica que se comuniquen esos mismos datos sin un contexto o razón en especial.

¹⁴⁸ Sólo nos detendremos en aquellas que, a nuestro juicio, digan relación directa con el derecho al olvido digital, en el sentido de que se asemejen a lo que hemos identificado como tal y sin perjuicio de las referencias ya expuestas en esta investigación.

En su letra l) define al procedimiento de disociación de datos como “todo tratamiento de datos personales de manera que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona determinada o determinable”. Dentro de los remedios que puede otorgar el derecho al olvido encontramos la disociación de los datos, con el propósito de que la información subida a la Red no pueda relacionarse con las personas. Esta medida es bastante útil para no afectar de manera grave a las libertades de información u opinión, ya que de estimarse procedente esta solución, los derechos que en principio se enfrentan pueden convivir con un alto grado de satisfacción, maximizando su ejercicio.

Los literales n) y ñ) definen a los responsables del registro o banco de datos y al titular de los datos respectivamente. Estos serían los sujetos involucrados dentro de los casos de olvido digital y que hemos desarrollado extensamente en el capítulo II.

El tratamiento de datos personales está definido en la letra o) como “cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma”. Se trata de “un concepto genérico que comprende acciones diversas destinadas a objetivos tan dispares, tales como la recogida de datos, su cesión a terceros o su eliminación (...)” (Herrera 2000: p. 4).

Esta definición es esencial debido a que la utilización o difusión de datos personales en Internet perfectamente puede catalogarse de tratamiento de datos personales al tenor de este concepto, ya sea por portales de Internet que suben el contenido o bien por los motores de búsqueda que lo exhiben y sistematizan de forma orgánica. Esta amplitud fue establecida por diseño, por cuanto «el propósito del legislador ha sido prever el mayor número de operaciones de que puedan ser objeto los datos personales, en razón de lo cual contempla un extenso catálogo de acciones que pueden recaer sobre ellos. A mayor abundamiento, para reforzar el carácter ilustrativo de ellas y precaverse de cualquier omisión, concluye con una fórmula general, cual es "utilizarlos en cualquiera otra forma" diversas de las ya enunciadas» (Cerdeña 2012: pp. 20 - 21).

Deliberadamente hemos dejado para un análisis por separado los conceptos de la letra b) bloqueo de datos, como “la suspensión temporal de cualquier operación de tratamiento de los datos almacenados”; h) eliminación o cancelación de datos como “la destrucción de datos almacenados en registros o bancos de datos, cualquiera fuere el procedimiento empleado para ello”; y j), la modificación de datos como “todo

cambio en el contenido de los datos almacenados en registros o bancos de datos”. Estas definiciones deben relacionarse con los derechos de rectificación, cancelación y bloqueo establecidos en el artículo 12¹⁴⁹⁻¹⁵⁰ —descartamos el de acceso, que no obstante consistir en la puerta de entrada para el ejercicio de los demás (Jervis 2003: p. 23), va en la dirección opuesta a la hipótesis del olvido, por cuanto esta última supone el conocimiento previo del tratamiento de datos personales en Internet—, y el de oposición dispuesto en el 3 inciso segundo¹⁵¹.

Jervis conceptualiza al derecho de rectificación (modificación) como la “facultad de todo titular de datos para solicitar la rectificación de aquellos datos que le conciernen, y que sean datos erróneos, inexactos, equívocos o incompletos” (2003: p. 23). Respecto al de cancelación o eliminación señala que se trata de “la facultad de todo titular de datos para exigir la destrucción de los datos almacenados, cualquiera fuera el proceso empleado para ello, cuando el almacenamiento de los datos carezca de fundamento legal o cuando estuvieren caducos” (2003: p. 24). Finalmente, en lo referido al de bloqueo sostiene que tiene por objeto “exigir la suspensión temporal de cualquiera de las operaciones de tratamiento de datos; este bloqueo procederá en todos aquellos casos en que la exactitud de los datos no pueda ser establecida o su vigencia sea dudosa y respecto de los cuales no proceda cancelación” (2003: p. 24)¹⁵².

La mayor parte de la academia entiende que serían estos derechos subjetivos en específico los que servirían de base para impetrar el derecho al olvido digital en Chile, de manera que se encontraría

¹⁴⁹ Norma que en lo pertinente dispone lo siguiente: “En caso de que los datos personales sean erróneos, inexactos, equívocos o incompletos, y así se acredite, tendrá derecho a que se modifiquen.

Sin perjuicio de las excepciones legales, podrá, además, exigir que se eliminen, en caso de que su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando estuvieren caducos. Igual exigencia de eliminación, o la de bloqueo de los datos, en su caso, podrá hacer cuando haya proporcionado voluntariamente sus datos personales o ellos se usen para comunicaciones comerciales y no desee continuar figurando en el registro respectivo, sea de modo definitivo o temporal”.

¹⁵⁰ “Sin bien la redacción del artículo 12 difiere de las actuales conceptualizaciones del derecho al olvido, asociadas al peligro de afectación de derechos fundamentales y paso prudencial del tiempo, si contempla los límites legales para la mantención de los datos y la caducidad de los mismos, considerando esta posibilidad incluso como indisponible en el artículo 13 (...)” (Vivanco 2017: p. 360).

¹⁵¹ Norma del siguiente tenor: “El titular puede oponerse a la utilización de sus datos personales con fines de publicidad, investigación de mercado o encuestas de opinión”.

¹⁵² La autora señala que además de estos derechos “troncales”, existen los de obligación de comunicación a terceros y el de oposición del artículo 3.

subyacente en los derechos ARCO. Este tópico es de tal importancia, que estimamos prudente desarrollarlo en las páginas siguientes, dentro de apartados especiales para el efecto.

Otra disposición que incumbe al análisis es el artículo 6¹⁵³, que establece una obligación de oficio para el responsable del banco de datos cuando su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando hayan caducado, con el objeto de procurar la calidad de los mismos procediendo a la eliminación, modificación o su bloqueo cuando no satisfagan dicho estándar.

El principio de finalidad, que hemos identificado previamente como el soporte esencial del derecho al olvido digital, se extiende a varios pasajes de la esta ley. En efecto, este principio disciplina toda operación a la cual se sujeten los datos personales, de manera que “se alude a la finalidad en cuanto una de las condiciones a que debe ceñirse el tratamiento, como contenido de la información que debe suministrarse al titular de los datos al instante de la recogida, como circunstancia a que se condiciona el uso de los datos, como contenido del derecho de acceso e información y del registro de bases de datos” (Cerdea 2012: p. 26)¹⁵⁴.

Es importante acotar que existen dos casos que, en su semblante, pueden resultar muy similares al derecho al olvido, pero deben ser descartados como tal debido a que se refieren a materias específicas, donde la Ley las ha resuelto de manera concreta, alejándose de los postulados básicos de los cuales participa el derecho al olvido en Internet.

El primero de ellos lo encontramos en el artículo 18, disposición que prohíbe la comunicación de información que verse sobre obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial luego del transcurso de 5 años desde que la obligación se hizo exigible, limitación introducida por la Ley N° 19.812, publicada el 13 de junio de 2002. Por su parte, el artículo 21 prohíbe a las entidades públicas la

¹⁵³ “Artículo 6°.- Los datos personales deberán ser eliminados o cancelados cuando su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando hayan caducado.

Han de ser modificados cuando sean erróneos, inexactos, equívocos o incompletos.

Se bloquearán los datos personales cuya exactitud no pueda ser establecida o cuya vigencia sea dudosa y respecto de los cuales no corresponda la cancelación.

El responsable del banco de datos personales procederá a la eliminación, modificación o bloqueo de los datos, en su caso, sin necesidad de requerimiento del titular”.

¹⁵⁴ Cerdea, sobre este principio, agrega que “en doctrina, se ha elevado el principio de finalidad, a que debe sujetarse el tratamiento de los datos personales, a la categoría de derecho subjetivo del titular de los mismos, sosteniéndose que este dispone del derecho a un uso conforme a fin de los datos que le conciernen. Si bien se lo mira, puede apreciarse en ello la concurrencia del derecho de cancelación o eliminación, el cual tiene lugar una vez han cesado las condiciones que legitiman el tratamiento de tales datos, como acontece una vez satisfecha la finalidad que justificó su recogida, o bien ante una desviación en el empleo de los mismos para un fin diverso de aquél” (2012: p. 27).

comunicación de datos personales referentes a condenas por delitos, infracciones administrativas o faltas disciplinarias una vez prescrita la acción penal o administrativa, o cumplida o prescrita la sanción o la pena, salvo en el caso de la judicatura u otros órganos públicos en el ejercicio de sus funciones, quienes deberán tratar los datos personales con la debida reserva o secreto.

Estos casos se circunscriben a temáticas puntuales que se encuentran totalmente resueltas, toda vez que el legislador estimó adecuado restringir la difusión de aquellos datos personales referidos a materias comerciales y de prontuario sancionatorio —penal o administrativo— por las perniciosas secuelas que pueden producir en las personas, perjudicando su reinserción laboral o social. Si bien consiste en información veraz y cuyo tratamiento en un origen estaba permitido, por circunstancias sobrevinientes —cumplimiento de un plazo o condición— debe ser limitada su comunicación.

Podríamos hablar de un olvido en términos generales y relacionado a su segunda generación, pero en ningún caso se trata del derecho al olvido cuyo examen nos ocupa, en consideración de que no se cumplen los requisitos e hipótesis de procedencia, pero, por sobre todo, su aplicación no se efectúa en el ciberespacio, sino más bien en bancos o registros de datos correspondientes a la tipología “clásica” definida en la LPVP. En efecto, el derecho en estudio es de carácter complejo, llamado a resolver una variada gama de situaciones, no solo aquellas de la misma naturaleza que regulan estos artículos. En definitiva, estas normas, al igual que el artículo 17, establecen limitaciones a la comunicación de ciertos tipos de datos personales, pero no pueden ser entendidas como casos de derecho al olvido digital, al menos no como aquel que es objeto de la presente investigación.

Para finalizar este examen descriptivo de la LPVP, es menester señalar la naturaleza y el sistema de la responsabilidad contenida en ella. Originalmente, la moción parlamentaria con la cual se abrió el debate para la creación de la LPVP no contenía la estipulación de tipos penales, puesto que se circunscribía a dar una protección en materia civil. Sin embargo, durante la discusión se planteó la conveniencia de resguardar la protección de datos personales mediante figuras penales para desincentivar un análisis económico en la vulneración de la Ley (en la medida que sólo existan sanciones de naturaleza civil, el responsable del banco de datos personales podría infringir la normativa a sabiendas o deliberadamente, mediante el cálculo de la ganancia y pérdida pecuniaria que le reportaría aquella infracción, transformándose en un negocio lucrativo), lo que fue finalmente desestimado, habida cuenta de que el

propósito original del proyecto no contemplaba sanciones penales, además de estimarse compleja su implementación. De todas formas, existen disposiciones que prescriben este tipo de delitos, como así lo hace la Ley N° 19.223 que Tipifica Figuras Penales Relativas a La Informática (Cerde 2012: p. 44).

En lo referido al sistema de responsabilidad, consistiría en uno de carácter subjetivo¹⁵⁵. En primer lugar, el artículo 11 dispone que “El responsable de los registros o bases donde se almacenen datos personales con posterioridad a su recolección deberá cuidar de ellos con la debida diligencia, haciéndose responsable de los daños”. Por su parte, el artículo 23 en lo pertinente señala que el “responsable del banco de datos personales deberá indemnizar el daño patrimonial y moral que causare por el tratamiento indebido de los datos (...)”. Según Jervis, mediante el concurso de ambos preceptos es posible concluir que la LPVP ha dispuesto un sistema de responsabilidad subjetivo, al exigir que el agente cuente con culpa o negligencia en su actuar, siguiendo las reglas generales en materia de responsabilidad civil (2003: p. 32). A idéntica conclusión llega Corral, razonando en torno a que, si el legislador hubiese establecido una responsabilidad objetiva, lo hubiese señalado expresamente en una norma inequívoca agregando que, según la historia de la ley, *ex profeso* se incorporó la expresión “indebido” con el propósito de enfatizar la necesidad de la culpa y la aplicación de las reglas generales establecidas en el Código de Bello para la responsabilidad aquiliana (2001: pp. 55 - 56). Esta solución parece ser la seguida por la jurisprudencia, como así puede extraerse del fallo de la Corte Suprema recaído en la Causa Rol N° 6.968-2010, fecha 25 de septiembre de 2012¹⁵⁶.

1.2.2.- La interpretación amplia de los derechos ARCO hacia Internet

¹⁵⁵ Por su parte, Cerda dice, sosteniendo que la responsabilidad necesariamente es objetiva por cuanto surge con la constatación del tratamiento indebido. Arriba a esta conclusión mediante los siguientes fundamentos: (i) la expresión “indebido” corresponde a un reproche normativo mas no subjetivo; (ii) tal como señala Jervis, la regla general viene dada por la responsabilidad de corte subjetiva, por lo que la interpretación necesaria obedece a entender que la regulación especial en la LPVP es distinta a la regla general, de lo contrario carecería de sentido haberla establecido; (iii) y porque el parámetro objetivo se adecúa de mejor manera con las características de nuestra sociedad contemporánea, en razón a sus avances tecnológicos (2012: pp. 44 - 45).

¹⁵⁶ “Octavo: Que, conforme a lo que se ha razonado precedentemente, la indemnización de perjuicios por la que debe responder el operador de datos personales deriva de la falta del deber de cuidado en el tratamiento de esos antecedentes. En otros términos, deviene de haber hecho públicos datos ilícitos, inexactos, erróneos, equívocos, incompletos, caducos o que no correspondan con veracidad a la situación real del titular de los datos, casos en los que, en el evento de producirse la información, se omite el deber de cuidado exigido por la ley al operador, es decir, en la especie, debió existir negligencia en la publicación de los datos de que se trata –morosidad en una cuota no incluida en la fusión de créditos- referidos específicamente al incumplimiento de obligaciones comerciales por parte del demandante”.

A propósito de la doctrina analizada para la elaboración de la presente investigación, de forma pacífica podemos aseverar que esta postura es la que concita mayor aceptación, tanto en el plano nacional como en el extranjero. Respecto al derecho comparado y uniforme, el mayor ejemplo que debe señalarse viene dado por el artículo 17 del RGPD, disposición que lo identifica como derecho a la supresión de datos y que procederá, además, en casos donde haya operado el derecho de oposición y la revocación del consentimiento en el tratamiento de datos personales.

Es así como parte importante de la doctrina nacional estima que, mediante una interpretación amplia de los derechos ARCO establecidos en la LPVP es posible aplicar el derecho al olvido a contenido subido a Internet, ya sea a sitios *web* o a los propios gestores de búsqueda.

A su vez, dentro de la postura mayoritaria existe una inclinación para interpretar el derecho al olvido digital mediante la aplicación de todos los derechos ARCO (salvo el de acceso, por las razones previamente expuestas). Bajo esa lógica encontramos a Muñoz, quien sostiene que las dos normas fundamentales para determinar si la LPVP puede aplicarse a datos personales vertidos en la Red son las definiciones dadas en el artículo 2, específicamente en sus letras o) y m), esto es, el tratamiento de datos y registro o banco de datos respectivamente. Luego, una vez aceptada la interpretación de que los motores de búsqueda y los sitios *web* consisten específicamente en banco de datos que realizan tratamiento de datos personales, les sería aplicable el contenido de la LPVP, particularmente podrían ser entendidos como responsables de bancos de datos y, por consiguiente, sujetos pasivos o destinatarios de los derechos de rectificación, cancelación u oposición, bajo el fundamento que los principios que informan este cuerpo legal, especialmente el de finalidad, permitirían aplicarla en toda hipótesis donde se requiera protección de datos personales, incluida la Internet (2015: pp. 227 - 236).

Por otro lado, Reusser hace una interpretación más acotada. Si bien reconoce la importancia del principio de finalidad en el tratamiento de datos personales, restringe el derecho al olvido exclusivamente al derecho de cancelación de datos personales según el contenido prescriptivo señalado en la LPVP, concretamente, en la conceptualización de “eliminación o cancelación de datos” del artículo 2 letra h), y que aquella eliminación se realiza conforme al artículo 6 y 12 del cuerpo legal (2018: p. 126).

En general, esta visión laxa de la doctrina de mayoría reposa en el carácter genérico y amplio de los conceptos y principios incorporados a la LPVP. En primer término, el inciso segundo del artículo 1 de

la LPVP, junto a las definiciones suministradas por el artículo 2 establecen un significado legal de carácter amplio, dentro de los cuales podría enmarcarse el derecho al olvido digital. Lo anterior, teniendo como premisa básica el inciso segundo del artículo 9 que dispone: “En todo caso, la información debe ser exacta, actualizada y responder con veracidad a la situación real del titular de los datos”, lo que dejaría de manifiesto que el objeto de estudio se encontraría, al menos tácitamente, dentro de la LPVP (Warnier y Díaz 2017: pp. 204 - 206)¹⁵⁷.

Llegados a este punto y tal como lo anunciamos más arriba, resulta importante cuestionarnos si el *habeas data* —establecido en el artículo 16— podría ser una herramienta idónea para hacer efectivo el derecho al olvido en Internet, fundado en los derechos ARCO de la LPVP. Jervis lo conceptualiza como “el instrumento a través del cual, los titulares de los datos pueden ver protegidos sus derechos frente a acciones que resulten ilegales o arbitrarias o que importen un uso indebido de información de carácter personal que le concierne por parte del responsable del fichero o banco de datos” (2013: p. 27).

Como mecanismo de control posee dos modalidades, una preventiva, por la cual el titular de los datos personales puede solicitar información del tratamiento y acceder a ellos, y una faceta correctiva, mediante la cual se busca que aquellos datos nominativos sean modificados o cancelados, cuando el tratamiento vulnera los derechos de los titulares o bien es contrario al ordenamiento jurídico (Cerdea 2012: p. 42). Por su parte, Corral entiende que “se trata, por tanto, de una acción judicial específica y autónoma, de objeto definido y de tramitación concentrada” (2001: p. 51).

Ahora bien, “según las particularidades léxico-jurídicas del país de que se trate, puede conceptuarse al *habeas data* como una acción, una garantía constitucional, un procedimiento jurisdiccional de trámite especial y sumarísimo, un proceso constitucional o un recurso protectorio del derecho de autodeterminación informativa o derecho a la protección de los datos personales, frente a los posibles excesos del poder de registración precisamente de la información de carácter personal”, asevera Bazán (2005: p. 90).

¹⁵⁷ Los autores agregan lo siguiente: “En conclusión, creemos que, al igual que sucedió en Europa, con normas muy similares a las nuestras, no es necesario modificar la ley N° 19.628 para reconocer el Derecho al Olvido que tienen los titulares de datos personales. Una interpretación moderna, pero, al mismo tiempo, leal con el tenor y espíritu de la norma permite concluir que el gestor de los motores de búsqueda efectúa tratamiento de datos personales y que existe el Derecho al Olvido respecto de los motores de búsqueda y que también hay una acción judicial especial en contra de ellos, en virtud de lo dispuesto por la ley N° 19.628, según la cual si el responsable del registro o banco de datos no se pronunciare sobre la solicitud del requirente dentro del plazo o la denegare por una causa improcedente, el titular de los datos tendrá derecho a recurrir ante el juez de letras en lo civil, solicitando amparo de los derechos de modificación, cancelación o bloqueo de los datos (art. 16)” (2017: p. 208) .

En cuanto a su denominación y objeto, el habeas data «es a la autodeterminación informativa lo que lo que el habeas corpus es a la libertad personal. El habeas data se presenta como un subtipo de la acción de amparo o habeas corpus, que como todos sabemos significa “trae el cuerpo” o “dadnos el cuerpo”, de manera que el habeas data se traduce en “traer el dato” o “dadnos el dato”» (Jervis 2003: p. 27).

Establecidas sus características, diremos que parte de la literatura jurídica analizada para este trabajo estima que es posible incoar el olvido digital mediante el habeas data¹⁵⁸, apreciación que de inmediato genera nuestra discrepancia. Esta herramienta no es apta para tal propósito, por cuanto la LPVP no establece el olvido digital, ni siquiera de manera tácita¹⁵⁹, sumado a las graves carencias y desaciertos de los cuales adolece, circunstancias que pasaremos a ver en mayor profundidad.

1.2.3.- Razones de inaplicabilidad de la LPVP: el derecho al olvido no subyace en su contenido prescriptivo

Procederemos a señalar razones para sustentar nuestra posición de que el derecho al olvido digital no se encuentra dentro de su contenido y, en subsidio, las condiciones que limitan o dificultan su configuración, por cuanto “la regulación tiene limitaciones para que pueda ser eficazmente utilizada en protección al derecho al olvido” (Corral 2017: pp. 5 - 6).

1.2.3.1.- Campo o ámbito de aplicación

El primer óbice que tiene la postura mayoritaria en su pretensión de aplicar el olvido digital a Internet mediante la LPVP de inmediato se hace patente en su artículo 1, que en lo pertinente señala: “El tratamiento de los datos de carácter personal en registros o bancos de datos por organismos públicos o por particulares se sujetará a las disposiciones de esta ley, con excepción del que se efectúe en ejercicio de las

¹⁵⁸ Como ejemplo, Warnier y Díaz, autores que sostienen lo siguiente: “Sea que el Derecho al Olvido sea un derecho autónomo o devenga de otros derechos, la persona informada y que se encuentre afectada por una publicación, puede exigir, ya sea a través de la acción prevista en el artículo 16 de la ley N° 19.628, el recurso de protección o la acción ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en última instancia, que dicha información sea eliminada o bloqueada de los motores de búsqueda que proporciona Internet, observando, claro está, los criterios de proporcionalidad, transcurso del tiempo y situación actual del titular del dato personal que se pretende olvidar” (2017: p. 215).

¹⁵⁹ Vivanco plantea lo siguiente: “Sin embargo, la estructura procedimental del derecho al olvido no está presente en las normas planteadas y no cuenta con una regulación expresa en el caso chileno, cuando menos hasta ahora, pese a los intentos legislativos de que así sea” (2017: p. 361), aseveración plenamente compartida en esta tesis.

libertades de emitir opinión y de informar, el que se regulará por la ley a que se refiere el artículo 19, N° 12, de la Constitución Política”. En efecto, la ley es clara en circunscribir su aplicación a temáticas que se aparten del ejercicio de las libertades que se oponen, las que estarán normadas por una ley de *quórum* calificado para el efecto, la ley N° 19.733, sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo¹⁶⁰.

Este obstáculo normativo es frecuentemente ignorado por la doctrina y jurisprudencia. De manera excepcional encontramos a Reusser, quien se aboca a franquear argumentos que matizarían esta limitación. Sostiene que la real motivación para establecerla obedece a una técnica legislativa, toda vez que, en la tramitación de la LPVP, los legisladores ocuparon esta disposición como subterfugio o “norma de escape”, con el fin de evitar reunir los votos necesarios para aprobar una iniciativa de *quórum* calificado. Vale decir, prefirieron regular las temáticas de la LPVP en su calidad de ley ordinaria y de ahí la razón de excluir las materias de la ley N° 19.733. Por consiguiente, concluye que “no existen razones de naturaleza dogmática que permitan justificar la aparente preeminencia de las libertades de opinión e información, sino que se debe a razones puramente prácticas de tramitación legislativa” (2018: p. 130).

Luego, lo que a su juicio permitiría aplicar la LPVP a contenidos noticiosos o información periodística es que no existe un real conflicto normativo entre ambos cuerpos legales, toda vez que, transcurrido el tiempo, aquel carácter noticioso menguará, lo que deviene en la prevalencia de la LPVP a través de la cancelación de datos personales (2018: p. 131).

Sin embargo, la circunstancia específica que suprime cualquier conflicto normativo es precisamente el contenido del inciso primero del artículo 1, norma de tenor claro que impide la aplicación de la LPVP a materias propias de la ley N° 19.733. Por lo demás, las directrices que debemos tener presente para interpretar estas leyes vienen dadas por los artículos 19 al 24 del Código Civil, y tal como preceptúa el primero de ellos, la primera regla dictamina que no puede desatenderse su tenor literal cuando el sentido es claro, so pretexto de consultar su espíritu, intención o historia fidedigna. Y en efecto, el sentido sobre el particular es totalmente claro y no reviste ambigüedad alguna (como si sucede en otros

¹⁶⁰ El profesor Herrera efectúa la siguiente crítica al respecto: “Podría estimarse acertado, si consideramos que dentro de las líneas que siguen las leyes de protección de datos está la búsqueda de equilibrio entre los distintos intereses en juego, entre ellos la libertad de información. Pero, la exclusión absoluta de las empresas de comunicación social del ámbito aplicativo de la Ley de protección de datos, puede convertirse en un aumento de privilegios para la minoría que disponga de recursos para explotar la información. Lo más razonable habría sido prever un régimen especial para los registros o bancos de datos de las empresas de comunicación social, en vez de depender de otro cuerpo normativo” (2000: pp. 6 - 7).

pasajes de la misma). Por ende, resultaría improcedente la aplicación de un derecho al olvido sustentado en la LPVP a materias en virtud de las cuales se ejerciten las libertades de emitir opinión e informar, por cuanto aquel cuerpo legal no tiene cabida en ellas.

Con todo, debemos cuestionarnos si la actividad de tratamiento de datos personales realizada por los gestores de búsqueda puede interpretarse dentro de la excepción establecida en el artículo 1, inciso primero de la LPVP, o visto desde otro punto, incumbe preguntarnos si estas herramientas pueden ser concebidas dentro del ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar regulado por la ley N° 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo. A nuestro parecer, la respuesta es negativa, por cuanto dicha actividad se circunscribe a un giro específico de estas empresas privadas del cual, por supuesto, obtienen beneficios económicos, vale decir, corresponde a la explotación de un negocio y no necesariamente tienen que ver con manifestaciones de las libertades en cuestión. Lo anterior, por cuanto los gestores tienen como principal función facilitar la pesquisa de la información y entregarla de forma sistematizada, mas no corresponden a la fuente original del contenido. Esta reflexión nos fuerza a concluir que, de existir un derecho al olvido digital en la LPVP, sólo podría ejercerse en contra de estas herramientas, pero ello es poco probable, según pasaremos a examinar las lamentables carencias de las cuales adolece.

1.2.3.2.- El limitado alcance de los derechos ARCO como soluciones efectivas

En este punto nos basaremos en los razonamientos de los autores Viollier y Velasco, quienes acertadamente exponen que los derechos ARCO, especialmente el de cancelación (incluso interpretado como desindexación) son soluciones de corte “binario”, que pueden resultar desproporcionadas:

Como se indicó, la aproximación jurídica del derecho al olvido desde el estatuto normativo de la Ley 19.628 y la disciplina de protección de datos implica ciertas consecuencias jurídicas y prácticas que, *a priori*, no resultan idóneas para el respeto y garantía con otros derechos o bienes constitucionales en colisión, como lo es típicamente la libertad informativa. En efecto, el derecho al olvido concebido como el mero ejercicio de un derecho ARCO constituye, en términos del test de proporcionalidad, una medida idónea o eficaz para la consecución de la finalidad legítima pretendida, como integrante del derecho a la autodeterminación informativa. Sin embargo, serias dudas surgen a propósito de la *necesidad* de la medida, esto es, que dentro de todas las opciones

que otorga nuestro ordenamiento jurídico para la debida tutela del derecho al olvido, el derecho de cancelación de la información sea el menos lesivo o restrictivo de otros derechos, como la libertad de información, pues dicha vía ofrece una solución binaria que, de acogerse por el ente responsable, derechamente deja sin disponibilidad el contenido en los motores de búsqueda. En este sentido, la necesidad de la medida resulta en particular relevante si la información que se solicita ser cancelada en un caso concreto es de aquella que permita ser calificada de *interés público* (Ley 19.733), o bien, si está destinada a la conservación de nuestra memoria histórica.

En consecuencia, la concepción del derecho al olvido como un derecho de cancelación de la información por parte de su titular no siempre implica en que aquella sea la mejor solución jurídica frente a un caso concreto, pues algunas veces —en realidad, en bastantes de ellas— puede resultar desproporcionada. Se trata, en rigor, de una medida binaria que no permite optar por medidas menos lesivas a otros derechos fundamentales en colisión y, en consecuencia, tampoco su ponderación (2021: p. 97).

La interpretación extensiva de los derechos ARCO no rinde garantía de una adecuada solución, bajo la lógica de que los casos de derecho al olvido requieren de un esquema modulado o progresivo en el ocultamiento de la información cuestionada. Es aquel diseño de aplicación escalonada de medidas restrictivas (donde la cancelación o eliminación debe ser excepcional) el que garantiza la debida armonía que debe existir entre los derechos fundamentales en tensión, puesto que buscan la coexistencia —en la medida de lo posible— de los derechos en conflicto.

Tal como afirman los autores, la cancelación de datos es un remedio binario, habida cuenta que se agota en la aceptación o denegación del borrado de datos (o desindexación en el caso de los motores de búsqueda), lo que deja de manifiesto su rigidez y, por tanto, su insuficiencia, carestía de la cual deriva la necesidad que para una construcción dogmática del olvido digital no puede concebirse como un derecho de cancelación o borrado de datos personales *online*. Entonces reiteramos la pregunta que hicimos en las primeras páginas de este trabajo: ¿Si la cancelación es la última opción que debe tomarse, por qué denominarlo conforme a la solución que menos cabida debe tener en los hechos?¹⁶¹ El borrado de los datos

¹⁶¹ Cuestionamiento que podríamos dirigir hacia el RGPD, al establecer una equivalencia entre el derecho al olvido con el de supresión de datos. Sobre este punto, interesante resulta la reflexión de los autores Viollier y Velasco, quienes afirman: “en vez de concebir el derecho al olvido «a la europea», ya sea utilizando el procedimiento y los preceptos establecidos en la legislación de protección de datos personales, o bien, estableciendo legalmente a motores de búsqueda como responsables de datos personales, el problema de la persistencia de la información puede ser abordado, en términos sustantivos, en forma más

interesa la máxima afectación de las libertades de opinión e información (que incluso trasunta a los motores de búsqueda, ya que borrada la fuente original, la información del vínculo exhibido por el gestor también desaparecerá), por lo que no puede preferirse por sobre otras medias menos gravosas. Siguiendo esta idea, recordamos acá lo dicho con anterioridad respecto a que, en ciertos casos, la cancelación de datos está totalmente proscrita, como sucede con las hemerotecas digitales y registros públicos.

Por otro lado, el ejercicio de derechos ARCO en los ámbitos sobre los cuales fueron pensados (bancos de datos) produce efectos relativos o específicos respecto al titular del dato personal. En cambio, de aplicarse aquellos derechos a Internet el campo de injerencia se vuelve más amplio, afectando derechos e intereses diversos que circulan dentro del ciberespacio. Los responsables de los sitios *web* o gestores de búsqueda pueden incurrir en conductas de extralimitación, borrando contenido que pueda ser cuestionable o accediendo a las solicitudes de eliminación de datos de manera liviana, sin el correcto análisis del mérito y fundamento de las peticiones, para evitar ser sujetos pasivos de acciones de derecho al olvido (Viollier y Velasco 2021: pp. 93 - 94)¹⁶².

1.2.3.3.- Deficiencias de la LPVP

Huelga decir que esta ley adolece de varias y graves falencias. La doctrina unánimemente arriba a la conclusión de que es una norma deficitaria. Estos yerros necesariamente afectan la caracterización de la LPVP como plataforma mediante la cual pueda intentarse el derecho al olvido digital, por cuanto su aplicación se ve seriamente comprometida, no solo respecto a este derecho, sino que para cualquier otro reconocido expresamente en ella¹⁶³.

satisfactoria desde la disciplina del derecho constitucional, en especial desde los presupuestos teóricos de los límites a los derechos fundamentales, como la ponderación y el principio de proporcionalidad” (2019: p. 105).

¹⁶² Viollier y Velasco agregan lo siguiente: “Asimismo, por tratarse de una decisión que impacta en el ejercicio de derechos fundamentales, la tarea de acceder a eliminación de contenido en internet debería estar reservada, en principio, a organismos de carácter imparcial, como tribunales de justicia o agencias de carácter independiente. Que sea el responsable de base de datos el encargado de decidir en primera instancia transforma al motor de búsqueda en juez y parte de la disputa. Esto es problemático, pues —como vimos— los motores de búsqueda tienen incentivos económicos perversos para acceder a las solicitudes de desindexación. Aunque lo anterior es predicable respecto de cualquier derecho ARCO, en el caso del derecho al olvido existen ciertas características que dificultan considerablemente esta situación. Por un lado, requerirá que se ponderen distintos derechos o intereses, incluyendo aquellos que son ajenos a la disciplina de protección de datos personales. Por el otro, el mismo organismo implicado en la remoción de enlaces o URL es el encargado de esta decisión” (2021: p. 94).

¹⁶³ “Si bien la ley reconoce una serie de derechos a las personas naturales titulares de los datos, estos deben ser ejercidos ante tribunales civiles, en procedimiento de larga y costosa tramitación, lo que constituye una barrera para el ciudadano común. A

Uno de los juristas más críticos de la normativa es Jijena, quien sostiene que «las causas de la falta de real aplicación de la ley en Chile se deben a sus graves errores de fondo y de estructura, que desde 1999 han impedido su vigencia efectiva. A la ley chilena le faltan aspectos orgánicos esenciales, como la existencia de un registro de bases de datos particulares, de un ente fiscalizador, de un procedimiento de reclamo administrativo y de sanciones eficaces. La norma ha transformado el hábeas data en una mera declaración de intenciones, ya que por la vía de las excepciones y por establecer como regla general una enorme libertad en materia de procesamiento de datos personales, se permite su “tratamiento” sin autorización de los titulares» (2010: p. 414).

Para entender la dimensión y magnitud de estas deficiencias, es pertinente trazar aquellas características fundamentales que deben reunir las legislaciones de protección de datos personales y, para ello, seguiremos los postulados del profesor Herrera. En primer lugar, las normativas de protección de datos están erigidas sobre pilares, los cuales, a su vez, interactúan entre sí para formar un sistema en cuyo equilibrio se condiciona la correcta aplicación de estas leyes. Estos pilares corresponden a (i) principios jurídicos orientadores, útiles para guiar a los sujetos llamados a interpretar la ley que, siendo abstracta y general, no puede regular todas y cada una de las hipótesis que requieran su aplicación; (ii) derechos y obligaciones recíprocas entre los sujetos activos y pasivos, los titulares de los datos y el responsable del registro respectivamente, donde encontramos a los derechos ARCO tradicionales y los más recientes, como el derecho al olvido; (iii) y finalmente, para la protección y seguridad de estos derechos y principios encontramos las garantías, como son las “exigencias de seguridad a partir de los riesgos del tratamiento y los tipos de datos personales; fiscalización especializada; sanciones preventivas; modelos de prevención; encargados de protección de datos; entre otras” (2019).

Bajo la consideración de aquellas características, el profesor Herrera concluye que es precisamente este tercer elemento cuya carencia se hace palmaria (haciendo presente que los otros también requieren de perfeccionamiento)¹⁶⁴. “Para qué decir, de los nuevos estándares de protección de datos propios del

la fecha, luego de quince años de vigencia de sus normas, no existe jurisprudencia civil relevante que haya sancionado el tratamiento indebido de datos personales” (Álvarez 2016: pp. 53 - 54).

¹⁶⁴ El jurista agrega: “no cuenta con un órgano de control especializado e independiente que fiscalice el correcto cumplimiento de la ley; no tiene precisión sobre medidas de seguridad básicas que deban establecerse según el tipo de dato personales que se registre; no tiene sanciones preventivas frente a incumplimientos legales, sino solo un sistema ilusorio de indemnización de perjuicios; por mencionar garantías fundamentales que faltan” (2019).

tratamiento tecnológico actual realizado en el ciberespacio, a través de redes sociales, comercio electrónico y mediante inteligencia artificial y redes neuronales. Nuestra ley ni lo intuye” (2019).

Es difícil concebir tamaña omisión del legislador. La falencia es tan grave que puede catalogarse de grosera o burda. Probablemente las causas de estos vicios obedezcan a que la LPVP “fue redactada con la asesoría directa de grupos, gremios y empresas interesadas en asegurar el negocio que constituye el procesamiento de datos personales, lo que se sumó al desconocimiento de los parlamentarios que la impulsaron” (Jijena 2010: p. 414).

Dentro de todas estas omisiones, una de las más relevantes consiste en haber ignorado la creación de un órgano, agencia o autoridad de control y fiscalización de carácter especializado e independiente. Este diagnóstico está meridianamente asentado en la doctrina, lo que si concita mayor discusión es el organismo que en definitiva deba cumplir con estas funciones¹⁶⁵.

Cerda lo define como “una entidad administrativa cuyo propósito es informar los derechos de los ciudadanos frente al tratamiento automatizado de datos que les conciernen, asesorar a los responsables de tratamiento, visar los códigos de conducta adoptados por entidades públicas o privadas, fiscalizar el cumplimiento de la legislación y sancionar las infracciones cometidas respecto de ella o abogar por que así ocurra, según sea el caso. En definitiva, la entidad llamada a velar porque se cumpla la normativa interna sobre tratamiento de datos” (2012: p. 41).

En los capítulos anteriores relatamos como la AEPD y CNIL fueron fundamentales para el establecimiento del derecho al olvido digital en sus respectivos países, colaborando con criterios esenciales sobre los cuales se pudo identificar y configurar de forma clara y sólida. En efecto, es usual ocupar a la AEPD como ejemplo de una institución exitosa en la función de protección de datos, “conocida por su fuerza, capacidad y liderazgo, ha podido consolidar sus atribuciones (...)” (Álvarez 2016: p. 74).

¹⁶⁵ La explicación de Álvarez es del siguiente tenor: “Las alternativas para el establecimiento de una autoridad de control en materia de protección de datos personales son varias. La primera, es la creación de una agencia autónoma constitucional, similar al CPLT [Consejo para la Transparencia], exclusivamente dedicada a la protección de datos personales; la segunda, es otorgarle al CPLT esa atribución; la tercera, encomendarle esa función a otros órganos del Estado, como el SERNAC, alguna superintendencia o, incluso, dispersar sus competencias entre distintos órganos públicos” (2016: p. 60).

La realidad chilena es mucho más precaria, toda vez que la LPVP aglutina tantos defectos que podríamos hablar de que, en varias temáticas, se transforma en una norma obsolescente.

Las críticas se extienden a su contenido normativo, esto es, lo que efectivamente fue reconocido y regulado por la LPVP, pero de manera poco feliz. Así, encontramos conceptos como “fuentes de accesibles al público”, definición ambigua¹⁶⁶ habida cuenta de la forma tan imprecisa de conceptualización, por lo que corresponde a “un error los términos tan amplios de la definición, ya que no hay que olvidar que el régimen de los datos contenidos en las fuentes accesibles al público —al igual que como ocurre con los datos sensibles— debe ser especial y no la regla general” (Herrera 2000: p. 6).

Y tales deficiencias son tan graves que urge su modificación, con el objeto lograr un estándar adecuado de protección para cumplir los compromisos asumidos con la OECD, pero, principalmente, para salvaguardar realmente los derechos e intereses de los titulares de los datos personales, entendiendo que esta ley no es idónea para regular los actuales y nuevos desafíos en la materia.

Como respuesta y a la fecha de redacción de esta tesis, existen varios proyectos de ley que buscan modificar la LPVP para incorporar una autoridad o agencia para la protección de datos personales (como en los boletines 6120-07 del 2008, de la Cámara de Diputados y 11144-07 de 2017 del Senado). Sin embargo, el panorama no es alentador, en consideración de que legislar sobre protección de datos personales no parece ser prioridad para las autoridades de nuestro país¹⁶⁷.

Representada la realidad nacional, resulta complicado hacer un encaje interpretativo satisfactorio para argüir que existe un derecho al olvido dentro de la LPVP. Al no señalarlo expresamente dentro de su catálogo de derechos se transforma en un tema abierto al debate. Pero lo que no reviste vacilaciones es la constatación de la dificultad para hacer efectivos los derechos de los titulares de los datos personales, por cuanto nuestra legislación no está a la altura de las circunstancias.

¹⁶⁶ Calificativo utilizado por Cerda (2012: p. 24).

¹⁶⁷ En efecto, los intereses involucrados en la regulación de datos personales se hacen presente mediante grupos que influyen en las posibles regulaciones en la especie, pero en el sentido de evitar modificar el estado de las cosas. Por consiguiente, estos grupos de interés o poderes fácticos tuvieron, según lo previamente expuesto por Jijena, injerencia en la creación de la ley, proyectándose hasta el día de hoy. El profesor Herrera lo explica de la siguiente manera: «Es un interrogante cuya respuesta no tiene que ver con la complejidad del tema ni con la necesidad de recursos para financiarla. En realidad creo que hay grupos de presión muy “convincientes” que frenan cada intento por corregir esta ley. Una legislación débil en protección de datos puede resultar beneficiosa a corto plazo para quienes reciben ganancias políticas y económicas del statu quo, que nos mantiene con retraso de casi tres décadas, comparados con el estándar legislativo internacional. Lamentablemente, los beneficiados no somos necesariamente nosotros, los titulares de datos personales» (2019).

Para finalizar este punto, no hay que olvidar que la LPVP fue concebida para regular las bases o bancos de datos en los términos “clásicos” de estos conceptos; hacer extensiva la normativa a Internet de inmediato genera problemas interpretativos e involucra tomar licencias demasiado amplias, por cuanto el ciberespacio no estuvo en mente de los legisladores, al menos, según la realidad que vivimos hoy en día. La interpretación laxa de los derechos ARCO hacia la *web* no es la forma de superar el conflicto de derechos e intereses en la materia, ya que la hipótesis del derecho al olvido denota una situación compleja, en donde el quid de la correcta solución necesariamente estriba en lograr un adecuado equilibrio a través de la ponderación de los derechos en tensión, resultado que la LPVP no está en condiciones de proporcionar. El derecho en estudio requiere de remedios versátiles para adaptarse a las necesidades del caso concreto, y estos remedios no son identificables o correctamente establecidos —ya sea por los derechos ARCO o por sus principios— en la ley, por lo que derivar un derecho al olvido digital sobre aquellos fundamentos resulta insuficiente, pero, principalmente, no se condice con el valor de la debida certidumbre jurídica a la cual siempre el ordenamiento debe aspirar.

Bajo tales consideraciones, siendo exiguas y limitadas las soluciones concedidas por los derechos ARCO, “desde el punto de vista técnico-jurídico, el reconocimiento formal del derecho al olvido supone la creación de un nuevo derecho, que supone una ampliación del contenido del derecho de oposición y supresión” (Moreno y Serrano 2017: p. 45).

A nuestro juicio, los defectos que sufre la ley hacen imprescindibles reformas en la materia, con el fin de acondicionar la legislación a las nuevas necesidades y, dentro de ellas, reconocer expresamente un derecho al olvido digital respecto a los creadores del contenido o fuentes directas (páginas o sitios de Internet y hemerotecas digitales) y motores de búsqueda, engrosando el catálogo de derechos de los titulares de los datos nominativos.

1.3.- Ley N° 19.733 Sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo

Este es el segundo cuerpo de rango legal que amerita un análisis por separado, atendida su importancia en la delimitación y contornos del ejercicio del derecho al olvido digital, norma que deriva del derecho fundamental establecido en el artículo 19, número 12 de la Constitución actual.

Debemos comenzar señalando que las libertades de opinar e informar son distintas. Para dejar de manifiesto sus diferencias, tomaremos las definiciones de cada una de ellas según Nogueira. En primer término, la libertad de opinión consiste en “la facultad de la persona para expresar de cualquier forma y por cualquier medio, sin censura previa, su universo moral, cognitivo y simbólico, vale decir, lo que tiene su origen y desarrollo en la esfera psíquica de la persona y es explicitado de propia voluntad (lo que cree, piensa, sabe o siente), a través de ideas y juicios de valor (sin que ellos constituyan en sí mismos vejaciones o insultos, innecesarios para expresar ideas), los que por su naturaleza, son subjetivos, pudiendo intercambiarlos y difundirlos. Tal derecho incluye el guardar silencio y no emitir opinión” (2004).

Por su parte, el jurista conceptualiza a la libertad de información como “la facultad de toda persona para ser informada, recibir y transmitir, sin censura previa (con excepción de la protección de los menores y adolescentes), de cualquier forma y por cualquier medio respecto de hechos, datos o acontecimientos organizados que describen y se relacionan con una situación u objeto determinado, dentro de un contexto y cultura determinada, pudiendo interpretarla y comentarla, siendo tal comunicación veraz y versando sobre acontecimientos de relevancia pública, ya sea por su contenido o por las personas que en ella participan, respetando los ámbitos de privacidad de las personas que no dañan a terceros o que no inciden en ámbitos de relevancia pública o afecten el bien común, contribuyendo a la formación de una opinión pública libre y el discernimiento crítico de la ciudadanía en una sociedad democrática. Tal derecho incluye la facultad instrumental de crear, desarrollar y mantener medios de comunicación de acuerdo con las regulaciones que determina la Constitución y las leyes” (2004).

De inmediato surge con nitidez una de las principales diferencias: la libertad de opinión es de corte subjetivo, por lo que tiene un marco amplio dentro del cual puede manifestarse, al tratarse de juicios de valor o consideraciones axiológicas. Por el contrario, la libertad de opinar tiene una raigambre concreta con la realidad, por lo que se encuentra supeditada a la misma, tornándose más objetiva por requerir de veracidad y contrastación con los hechos. No obstante lo anterior, Nogueira sostiene que acaecido un conflicto entre las libertades de opinión e información con el derecho a la vida privada, “el criterio relevante no es la veracidad sino la relevancia pública de la información” (2004). Si bien el autor habla del derecho a la vida privada y no de autodeterminación informativa, podemos llegar a la misma conclusión, haciendo presente que en los casos de derecho al olvido en la *web* el transcurso del tiempo produce la merma del interés público de la información.

Anotadas aquellas ideas, surge la pregunta si el derecho al olvido en Internet procede como límite de ambas libertades. No tenemos duda en cuanto a la libertad de información, facultad cuyo ejercicio supone ser disciplinado por los hechos y el compromiso con la “verdad”, aunque puedan existir errores en la información. Dentro de la hipótesis de procedencia del olvido digital, nos encontramos con información caduca, desfasada o anacrónica por el transcurso del tiempo, por lo que no se ajusta a la realidad actual del titular de los datos contenidos en aquella crónica periodística o noticia, no obstante que al momento de su publicación si existía su correlato con la veracidad de los hechos. Adicionalmente, el transcurso del tiempo hace sucumbir el interés público de la noticia o información, por lo que la legitimidad de conservar la publicación desaparece, dando paso al olvido digital mediante sus diversos remedios o soluciones. Por ende, el objeto de impedir la diseminación de la noticia o propiciar su ocultamiento se encuentra en coherencia con la exigencia de suministrar información veraz al público, lo que no debe confundirse con la circunstancia de que para la procedencia del olvido digital se prescinde del criterio de veracidad de la información o de los datos.

Ahora, la libertad de opinión supone distintos alcances. Si bien, los juicios de valor o la explicitación de ideas o pensamientos pueden experimentar modificaciones por los sujetos mediante un simple cambio de parecer o criterio, debemos preguntarnos si el factor cronológico es suficiente para producir una pérdida de legitimidad sobreviniente en la publicación. Dicho de otra manera: ¿las opiniones caducan con el tiempo? *A priori*, la respuesta tiende a ser negativa, por cuanto el marco más amplio de la libertad de opinión y su subjetividad pueden dictaminar que el tiempo no modifique el ejercicio legítimo de la misma.

Sin embargo, siguiendo la prudencia y la máxima de que no existen derechos absolutos, debemos concluir que, al igual que en la libertad de información, en el caso de la libertad de opinión también puede proceder el olvido digital, por cuanto este derecho no busca como primera solución la eliminación, en este caso, de la opinión, existiendo otros remedios que podrían ser proporcionales para resguardar el equilibrio de aquella libertad con el derecho de protección de datos personales¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Viollier y Velasco también advierten de los efectos de la procedencia del derecho al olvido en ambos tipos de libertades: “La libertad de expresión, de conformidad al artículo 19 numeral decimosegundo de la Constitución, distingue entre la opinión y la información: la primera constituye un juicio de valor y la segunda una afirmación o negación de un hecho. La libertad de información, a su vez, comprende la de informar y la de ser informado —o de acceder a información—. Lo cierto es que la

Con todo, la Corte Suprema ha entendido que ambas libertades contribuyen al desarrollo de un Estado de Derecho Democrático, por lo que toda limitación en su ejercicio debe aplicarse de forma excepcional y no preferente. Este criterio se justifica en que la importancia de estas libertades para la democracia no implica que se transformen en derecho absolutos, tal como sucede en la ecuación que supone el derecho al olvido¹⁶⁹.

Pasando derechamente al análisis de este cuerpo normativo, la primera norma que es oportuno destacar es su artículo 30¹⁷⁰, la que nos ofrece pautas para la determinación el carácter público de una información o noticia. Así lo ha entendido la Corte Suprema en la sentencia de 19 de mayo de 2020, en causa Rol N.º 41.260-2019 que ya analizamos en el primer capítulo, criterios que entendió importantes para resolver el asunto¹⁷¹.

decisión de desindexar un contenido afectaría ambas esferas de la libertad informativa. Al dejar de estar disponible a través de los motores de búsqueda, la información se vuelve particularmente difícil de acceder para un usuario final, lo que limita el ejercicio de su derecho a informarse por los canales que este considere adecuados y afecta la «libre difusión de los contenidos». Lo dicho, especialmente cuando se trata de información de interés público. Por otro lado, la desindexación de un contenido puede significar una limitación de la libertad de expresión en el sentido negativo o afectar el ejercicio del periodismo, en la medida que implique un empobrecimiento de la información disponible, al punto que afecte la capacidad de periodistas, comunicadores e investigadores de acceder a información necesaria para realizar su labor e informar al público de hechos de interés público” (2021: pp. 83 - 84).

¹⁶⁹ “Séptimo: Que la importancia cardinal que reviste la libertad de expresión y de información para el funcionamiento del sistema democrático, importa que cualquier restricción, sanción o limitación que se imponga ser interpretada de manera restrictiva, y que -como principio general- se debe preferir el establecimiento de las responsabilidades ulteriores por los eventuales abusos que se cometan en su ejercicio, ya sea en el ámbito penal respondiendo por la perpetración de eventuales delitos, como en sede civil por la comisión de ilícitos civiles. Una interpretación diferente conllevaría, en mayor o menor grado, una forma implícita de censura previa, sin perjuicio que, atendido que no se trata de un derecho absoluto, en ciertos casos la libertad de expresión y de información ha de ceder frente a otros derechos fundamentales igualmente valiosos, merecedores de la protección y tutela jurisdiccional por parte de un Estado respetuoso de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, Causa Rol N° 31.817-2019, sentencia sobre apelación de protección, de fecha 6 de julio de 2020. En el mismo sentido: considerando quinto, Causa Rol N° 26.124-2018, sentencia sobre apelación de protección, de fecha 22 de enero de 2019; considerando sexto, Causa Rol N° 33.079-2020, sentencia sobre apelación de protección, de fecha 18 de agosto de 2020.

¹⁷⁰ En lo pertinente: “Para lo dispuesto en el presente artículo se considerarán como hechos de interés público de una persona los siguientes: a) Los referentes al desempeño de funciones públicas; b) Los realizados en el ejercicio de una profesión u oficio y cuyo conocimiento tenga interés público real; c) Los que consistieren en actividades a las cuales haya tenido libre acceso el público, a título gratuito u oneroso; d) Las actuaciones que, con el consentimiento del interesado, hubieren sido captadas o difundidas por algún medio de comunicación social; e) Los acontecimientos o manifestaciones de que el interesado haya dejado testimonio en registros o archivos públicos, y f) Los consistentes en la comisión de delitos o participación culpable en los mismos.

Se considerarán como pertinentes a la esfera privada de las personas los hechos relativos a su vida sexual, conyugal, familiar o doméstica, salvo que ellos fueren constitutivos de delito”.

¹⁷¹ “Quinto: Que el artículo 30 de la Ley N° 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, preceptúa que se consideran como hechos de interés público de una persona los consistentes en la comisión de delitos o participación culpable en los mismos, razón por la cual la información que la recurrente solicita eliminar relativa a su participación en los delitos ya referidos dice relación con un hecho de interés público”.

En su Título IV, artículos 16 y siguientes, se regula el derecho de aclaración y de rectificación, reconocido a nivel constitucional en el artículo 19 N°12 inciso tercero de la Carta Fundamental, el que puede estimarse similar —en principio— con el de olvido digital, pero que debe descartarse como manifestación de este último. Las razones son las siguientes: (i) posee un limitado plazo de prescripción de 20 días contado desde la fecha de emisión; (ii) se trata de una medida específica para personas naturales o jurídicas “ofendida o injustamente aludida”, con el propósito de proporcionarles un espacio para emitir descargos respecto a la publicación; (iii) si bien procede respecto de “algún medio de comunicación social” en términos amplios, únicamente regula con más precisión los servicios de radiodifusión sonora o televisiva (artículo 17), no conteniendo norma especial respecto a Internet; (iv) existe el derecho a réplica, que según el artículo 19 inciso quinto, procede cuando el “medio hiciere nuevos comentarios a la aclaración o rectificación”; (v) y tiene como límite “las apreciaciones personales” sobre las cuales no procede, por ser manifestación de la libertad de opinión.

Todas estas características inclinan nuestro parecer a descartar aquel derecho como una manifestación del derecho al olvido en la Red, debido a que este último es mucho más complejo por estar provisto de una amplia gama de soluciones atinentes a distintos escenarios que requieran el cese de la publicación o publicidad de la información por pérdida del interés público a raíz del paso del tiempo, prescindiendo de la veracidad de la información. Por su parte, el derecho de aclaración y de rectificación es una garantía que tiene por finalidad manifestar comentarios sobre la publicación inexacta o agravante, con el propósito ulterior de propender a un equilibrio en la dinámica de la emisión de información entre medios y telespectadores; reconociendo la facultad de pronunciamiento de las personas sobre noticias recientes que los afecten. Mientras el derecho al olvido propone invisibilizar el contenido noticioso a través de la protección de los datos personales, el derecho de aclaración y de rectificación posibilita la respuesta de las personas para asegurar la veracidad de la información y proteger sus derechos fundamentales de honra y vida privada¹⁷².

¹⁷² En el mismo sentido, Pica afirma que la diferencia radica en que el derecho de rectificación “se predica sólo respecto de los medios de prensa, respecto de informaciones erradas u ofensivas, en condiciones que el derecho al olvido se predica respecto de toda la web y respecto de informaciones y datos sin distinción de veracidad” (2016: p. 314).

2.- Perspectivas y desafíos para el futuro

Para finalizar esta investigación, llegó el momento de referirnos al *elefante en la habitación*, que tiene la potencialidad de producir un cambio sustancial en la protección de datos nominativos, y que no es otra cosa que la nueva Constitución que, a la fecha donde se escriben estas palabras, una Convención Constitucional (que tiene su origen en la Ley N° 21.200 de Reforma Constitucional, el Plebiscito Nacional del 25 de octubre de 2020 y las elecciones de Convencionales Constituyentes del 15 y 16 de mayo de 2021) se encuentra redactando su contenido. Concita poderosamente nuestro interés la forma mediante la cual se plasmará el derecho de autodeterminación informativa, derecho fundamental que no puede omitirse.

Entonces, queda en suspenso si la LPVP necesite de modificaciones para acomodarse al contenido del derecho fundamental de protección de datos que deberá ser reconocido en el nuevo texto constitucional. Lo seguro es que esta ley si requiere modificaciones para adecuarse a los nuevos desafíos inmanentes de la informática y actualidad de la tecnología, con el propósito de crear una institucionalidad que garantice la protección efectiva de los datos personales en la era digital.

Con todo, lo que nos ocupa específicamente son los proyectos para introducir al derecho al olvido en línea al derecho positivo nacional, mediante su reconocimiento expreso. Así, en primer lugar, encontramos el Boletín N° 9388-03 de 2014, del Senado y en primer trámite constitucional. El proyecto reconoce que una de sus principales motivaciones es la sentencia del TJUE en el caso Costeja y posee un artículo único que incorpora al artículo 1 de la LPVP el siguiente inciso: "Toda persona tiene derecho a exigir de los motores de búsqueda o sitios web la eliminación de sus datos personales. La falta de pronunciamiento sobre la solicitud del requirente o denegación de la misma por parte del responsable de dichos motores de búsqueda o sitios web, le dará derecho al titular a ejercer el recurso contemplado en el artículo 16".

Esta iniciativa es deficiente y así lo reconoce la doctrina, habida cuenta que carece de la necesaria claridad y rigurosidad para abordar el tópico, lo que deja de manifiesto un profundo desconocimiento del tema que se pretende regular. La amplitud con la que se consagra el derecho, sin ningún tipo de especificación o restricciones, hace esta propuesta descartable por la falta de prolijidad en la regulación. Como advierte Muñoz, lo impreciso de este proyecto lo transforma en una amenaza para las libertades de

expresión, de información y de prensa, toda vez que podría concebirse como un derecho de eliminación general de datos personales en Internet sin limitación alguna (2015: pp. 237 - 238).

En segundo lugar, existe el Boletín N° 9917-03 de 2015, del Senado y en primer trámite constitucional. A diferencia del anterior, este proyecto denota un desarrollo más denodado y amplio al intentar la modificación de distintas normativas. Dentro de ellas, busca reemplazar el artículo 18 de la LPVP para incluir, entre otras disposiciones, lo siguiente: “El titular del dato tendrá acción para reclamar la correspondiente indemnización por el daño patrimonial y moral, que por la inobservancia de esta norma, se le hubieren provocado, sin perjuicio de proceder a eliminar, modificar o bloquear los datos de acuerdo a lo requerido por el titular o, en su caso, lo ordenado por el tribunal”.

La principal falencia de aquel proyecto es que se circunscribe a datos comerciales, por lo que deja en indefensión a los titulares de datos personales que se refieran a otras materias. Hasta la saciedad hemos expuesto casos de derecho al olvido donde la información se refería a circunstancias de índole judicial, especialmente en el área penal, por lo que omitir este ámbito de inmediato concita nuestro reparo. Una modificación idónea pasa por reconocer todas las materias que deben ser reguladas por el derecho al olvido, estableciendo los requisitos, criterios y limitaciones para su ejercicio, condiciones de las cuales este proyecto no se hace cargo.

Finalmente encontramos el Boletín N° 10608-07 de 2016, de la Cámara de Diputados y en primer trámite constitucional. Propone la incorporación al artículo 2 de la LPVP de un literal p), donde se define al derecho al olvido de la siguiente manera: “Derecho al olvido, es la facultad irrenunciable que tiene el titular de uno o más datos personales para exigir la cancelación o la disociación de datos relativos a su persona, cuando su publicación o exposición carezca de fundamento legal, cuando se trate de un dato caduco, o bien afecte el libre desarrollo de alguno de sus derechos fundamentales”.

Este proyecto, a simple vista, es un esfuerzo más completo que los dos anteriormente revisados. Sin embargo, adolece de imprecisiones y falencias que ponen en evidencia su insuficiencia. Sus deficiencias, en primer término, consisten en la ambigüedad de la definición del derecho, donde no se especifica los remedios que franquea el derecho al olvido, limitándose a distinguir exclusivamente entre la cancelación o disociación y sin reconocer la necesidad del transcurso del tiempo como elemento estructural.

Pero el error más grave consiste en las limitaciones formuladas a su ejercicio, por cuanto se sostiene que no procederá sobre medios de comunicación social y organismos públicos, por lo que su eficacia resulta seriamente comprometida y, en consecuencia, “podría implicar la inutilidad de la consagración del derecho que se pretende, ya que la ley N° 19.733 contiene un concepto de medio de comunicación social tan amplio, que pueden incluirse las páginas web, los blogs, los motores de búsqueda y otros mecanismos de expresión utilizados en internet” (Corral 2017: p. 19).

Los defectos de la LPVP van más allá de la simple omisión del derecho al olvido digital, por lo que un proyecto de modificación de esta norma que se limite a su reconocimiento expreso, por muy completo y acucioso que sea, no resultará suficiente para garantizar su eficacia. La única solución estriba en una modificación integral de la normativa, identificando sus defectos y omisiones, y dentro de las soluciones proponer el reconocimiento expreso del derecho al olvido en el ciberespacio.

Existen voces dentro de la doctrina que se muestran renuentes al reconocimiento positivo del derecho al olvido digital, preocupación legítima habida consideración de los riesgos que involucra una regulación defectuosa¹⁷³. Sin embargo, la posición de esta tesis es favorable a legislar y establecer expresamente este derecho, incorporándolo al inventario de derechos de los titulares de datos personales. Es así como el desafío reside en establecer un derecho al olvido que esté en armonía con nuestro sistema jurídico y que consista en una verdadera garantía de protección de datos nominativos en la Red.

Proponemos al derecho al olvido como un derecho subjetivo independiente que, si bien deriva del derecho fundamental de protección de datos, es distinto de los derechos ARCO establecidos por la doctrina y las legislaciones de protección de datos, que reconoce y ampara el control y disposición de nuestros datos personales en la Red mediante el ocultamiento de los datos o cesación de la difusión de la información, cuando el trascurso del tiempo merma el legítimo interés público en los hechos.

Una interpretación amplia o por analogía de estos derechos (ARCO) para calzar su contenido prescriptivo con el derecho al olvido resulta problemática, habida cuenta de los vicios y errores de los cuales adolece la LPVP, pero principalmente, porque los casos que requieren de solución por el derecho al olvido ameritan de una fórmula dúctil, a través de remedios flexibles que propicien el debido equilibrio entre el derecho de protección de datos personales con las libertades de opinión e información, en atención

¹⁷³ Así encontramos a Corral, quien expone lo siguiente: “pensamos que es preferible que su reconocimiento, así como sus limitaciones y formas de aplicación, se vayan construyendo por la vía jurisprudencial, sobre la base de criterios que vayan surgiendo de la doctrina y de las experiencias del derecho extranjero” (2017: p. 19).

a la ponderación que resultará necesaria de efectuar para identificar el remedio adecuado al caso en particular.

Las publicaciones en línea, en principio y por regla general, son manifestaciones de aquellas libertades y, por ende, toda limitación debe observar un adecuado razonamiento y fundamento, junto con la implementación de medios que no eliminen la información como primer método, toda vez que ese remedio debe reservarse como último recurso. Bajo estas consideraciones, nos alejamos de cualquier consagración legal de este derecho que lo relacione a la aplicación de los derechos ARCO —especialmente con el de cancelación— sobre Internet¹⁷⁴.

Indistintamente de la interpretación que se tenga sobre el derecho al olvido, asunto discutido extensamente en este trabajo, su reconocimiento a nivel doctrinario, jurisprudencial y en el derecho comparado nos permite arribar a la conclusión de que este derecho llegó para quedarse, debido a que surge de la necesidad de premunir a las personas de las facultades necesarias para desasirse de su pasado, brindado una nueva oportunidad para construir la imagen o reputación que deseen. Si la vida es un proceso de constante aprendizaje, no puede aceptarse que las personas sean definidas y escrutadas por hechos pretéritos o errores del pasado sin limitaciones, máxime en la era digital, en la cual, la facilidad de difusión y expansión de información personal representa una amenaza al libre ejercicio de los derechos fundamentales. Si Internet se muestra como un coloso implacable que recuerda todos los pormenores de nuestras experiencias pasadas, el derecho al olvido es el instrumento para permear esa memoria indeleble.

¹⁷⁴ Con todo, y según lo que expusimos en el capítulo II, las redes sociales responden a circunstancias diversas a las señaladas, especialmente por su relación con el principio de consentimiento en el tratamiento de datos personales. Estas plataformas sí requieren de regulación por el derecho al olvido, al consistir en medios de difusión populares y donde frecuentemente se lesionan los derechos de los titulares de datos personales y, por ende, hablamos de un derecho al olvido “impropio”, que sin participar de las características comunes de este instituto (como el transcurso del tiempo y el escenario de conflicto de derechos fundamentales y su necesaria ponderación), si pueda dar una respuesta adecuada en este contexto, como podría ser precisamente la aplicación excepcional de los derechos ARCO.

Conclusiones

1.- El derecho al olvido ha experimentado un considerable desarrollo en el tiempo, por lo que no es una figura nueva, habida cuenta que en la actualidad se observan 3 etapas evolutivas. Sus orígenes se remontan a la primera mitad del siglo pasado, en el caso *Melvin v. Reid* (1931), asunto que fue resuelto a favor de la solicitante en base del derecho a la vida privada. En doctrina, William Prosser fue el primero en identificar la hipótesis basal del derecho al olvido en 1960, mientras analizaba la obra de 1890 publicada por Warren y Brandeis. La segunda etapa del desarrollo de este derecho está íntimamente relacionada con los sistemas de procesamientos de datos referidas al área del registro de condenas penales y antecedentes comerciales, para luego dar cabida a las legislaciones que apuntaban a la regulación de bancos de datos y tratamiento de datos personales.

2.- Es dentro de la tercera etapa donde encontramos al derecho al olvido digital, que tuvo como hito de origen la sentencia del 13 de mayo de 2014 del TJUE en el caso *Google Spain S.L. y Google inc. contra Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González*, resolución que impulsó el estudio y desarrollo del derecho al olvido en Internet, y que fue resultado de los criterios desarrollados por las agencias de protección de datos, especialmente la AEPD. Producto de aquella sentencia, el segundo antecedente que marca un punto de inflexión en la consolidación de este derecho es su reconocimiento expreso en el artículo 17 del RGPD, estableciendo una sinonimia entre aquel y el de supresión de datos.

3.- Las principales críticas de las cuales ha sido objeto estriban en que podría convertirse en un mecanismo para reescribir la historia, amén de servir como medio de censura contra la libertad de expresión e información. Estos reparos deben ser superados, toda vez que el derecho al olvido no pretende suprimir los hechos arbitrariamente ni avasallar aquellas libertades, más bien busca premunir a las personas de las herramientas suficientes para desprenderse de su pasado y así poder construir su futuro, sin el constante cuestionamiento o escarnio público. Con todo, existen casos donde este derecho es improcedente, como son aquellos donde exista un legítimo interés público en los hechos o interés en la conservación histórica e investigación científica.

4.- La hipótesis de procedencia con la cual hemos trabajado consiste en noticias o informaciones publicadas por terceros dentro del ciberespacio y que contienen datos personales, ya sea en páginas *webs*, hemerotecas o cualquier otro sitio digital, incluidos los motores de búsqueda, que en principio son

legítimas por ser manifestaciones de la libertad de expresión y de información, pero que con el transcurso del tiempo tal legitimidad deviene en una ilicitud, toda vez que los datos personales contenidos en la noticia han dejado de cumplir su finalidad y, por ende, no resulta adecuado mantener dicha publicación o información, en razón de que su publicidad o exposición perpetua erosiona gravemente el derecho de autodeterminación informativa, pudiendo afectar otros derechos fundamentales como el de la vida privada, honra, entre otros. Por consiguiente, el derecho al olvido en Internet tiene como elementos matrices el principio de finalidad de los datos personales y el transcurso del tiempo como requisito *sine qua non* para su configuración jurídica, todo ello dentro del contexto de conflicto entre derechos o garantías constitucionales, solucionables con una interpretación ponderativa de aquellos, aplicando el principio de proporcionalidad.

Sin embargo, existen casos donde el titular del dato personal por sí mismo o mediante un tercero publica información propia en la red y posteriormente desea eliminarla. Esta segunda hipótesis no participa de aquellas características básicas, y más bien se relaciona con la revocación del consentimiento para el tratamiento de datos personales. El escenario común de estos casos son las redes sociales, siendo este el contexto donde eventualmente podríamos aplicar los derechos ARCO en aquellas plataformas, pero de forma excepcional. Así identificamos un derecho al olvido “impropio”.

5.- Uno de los tópicos más discutidos sobre el tema en estudio corresponde a su naturaleza jurídica. Podemos encontrar una posición mayoritaria, que lo identifica como la proyección de los derechos ARCO en Internet. La interpretación *lato sensu* de estos derechos no está exenta de dificultades, por cuanto no proporcionan soluciones equilibradas para el conflicto de derechos fundamentales en la materia. Consisten en medidas de corte binario que se agotan con su aplicación o rechazo, sin ofrecer mecanismos flexibles o dinámicos para adecuarse a las necesidades del caso concreto. A lo anterior, debemos agregar las graves falencias de las cuales adolece la LPVP, cuerpo normativo que ni siquiera está en condiciones de garantizar los derechos que expresamente están contemplados en su articulado.

6.- El derecho al olvido digital no está regulado en nuestra legislación, y tampoco subyace dentro del contenido prescriptivo de la LPVP. Los casos donde se reclama este derecho se han ventilado en sede de acción de protección, descartándose el habeas data por sus notables desventajas. Por consiguiente, los tribunales superiores de justicia han tenido que aplicarlo recurriendo a los derechos fundamentales que

pueden verse afectados, como el de la vida privada y honra. Si bien la jurisprudencia se ha mostrado inconsistente en la aplicación de sus criterios y fundamentos, existe una escasa aplicación del derecho de protección de datos personales. Esto es un desacierto, habida consideración de que el derecho de autodeterminación informativa descansa en la facultad de control y disposición de datos nominativos, con un marcado rol o efecto instrumental en la protección de los demás derechos fundamentales. Esta es la razón por la cual identificamos al derecho fundamental de protección de datos personales como su fuente formal.

7.- Proponemos al derecho al olvido como un derecho subjetivo independiente y distinto de los derechos ARCO. Aunque también deriva del derecho fundamental de autodeterminación informativa, se diferencia de aquellos por tener como objeto el ocultamiento de los datos o cesación de la difusión de la información, cuando el trascurso del tiempo merma el legítimo interés público en los hechos. En efecto, el olvido digital suministra un amplio abanico de remedios de aplicación progresiva, donde siempre debe priorizarse los mecanismos menos gravosos. La cancelación de datos debe ser considerada como la última solución por ser una medida limitada, tanto por su rigidez como por su campo de aplicación, considerando que no procede sobre registros públicos o hemerotecas digitales, pero, principalmente, por significar el mayor grado afectación de las libertades de información y opinión.

8.- Por la falta de claridad en los fallos sobre la materia, la disparidad de interpretaciones doctrinales y las graves falencias de la LPVP, se torna imperiosa una modificación estructural de este cuerpo normativo que garantice un estándar moderno y eficiente de protección de datos personales. En ese orden de ideas, se requiere un órgano de control y fiscalización, autónomo y especializado, indispensable para fortalecer el ejercicio, cumplimiento y desarrollo de la normativa en cuestión. Y dentro de estas modificaciones, resulta necesaria la consagración expresa del derecho al olvido digital, teniendo en consideración los criterios, requisitos y limitaciones ya consolidados, para efectos de otorgar certidumbre a los titulares de datos personales respecto a su protección en Internet.

Bibliografía citada

1. ALEXY, Robert (1993): *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Colección: "El Derecho y la justicia". Título original: THEORIE DER GRUNDRECHTE (Traducción de Ernesto Garzón Valdés).
2. ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel (2016): "Acceso a la información pública y Protección de datos personales: ¿Puede el Consejo para la Transparencia ser la Autoridad de control en materia de protección de datos?", en *Revista De Derecho*, N° 23 (1), pp. 51-79. Disponible en: <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/1796>. Fecha última consulta: 7 de marzo del 2022.
3. ANGUITA RAMÍREZ, Pedro (2016): *Acciones de protección contra Google: análisis del llamado derecho al olvido en buscadores, redes sociales y medios de comunicación*, Librotecnia, Santiago, Chile.
4. AZURMENDI, Ana (2015): «Por un "derecho al olvido" para los europeos: aportaciones jurisprudenciales de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo del caso Google Spain y su recepción por parte de la Audiencia Nacional española de 29 de diciembre de 2014», en *Revista de Derecho Político*, N° 92, pp. 273-310.
5. BARNES, Javier (1994): "Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario", en *Revista de Administración Pública*, N° 135, pp. 495-522.
6. BAZÁN, Víctor (2005): "El hábeas data y el derecho de autodeterminación informativa en perspectiva de derecho comparado", en *Estudios Constitucionales*, Vol. 3, N° 2, pp. 85-139. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82030204>. Fecha última consulta: 7 de marzo del 2022.
7. BOIX PALOP, Andrés (2015): "El equilibrio entre los derechos del artículo 18 de la Constitución, el «derecho al olvido» y las libertades informativas tras la sentencia Google", en *Revista General de Derecho Administrativo*, N° 38. Disponible en: https://www.academia.edu/10390494/El_equilibrio_entre_los_derechos_del_art%C3%ADculo_18_de_la_Constituci%C3%B3n_el_derecho_al_olvido_y_las_libertades_informativas_tras_la_sentencia_Google. Fecha última consulta: 7 de marzo del 2022.

8. BOIX PALOP, Andrés (2016): “La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 173, pp. 55-112.
9. CERDA SILVA, Alberto (2003): “Autodeterminación informativa y leyes sobre protección de datos, en *Revista Chilena de Derecho informático*, N° 3, diciembre, pp. 47-75.
10. CERDA SILVA, Alberto (2012): “Legislación Sobre Protección de las Personas Frente al Tratamiento De Datos Personales”. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/342183451_Legislacion_sobre_Proteccion_de_las_Personas_frente_al_Tratamiento_de_Datos_Personales. Fecha última consulta: 7 de marzo del 2022.
11. CONLEY, Chris, (2010): “The right to delete”, en *AAAI Spring Symposium Series*, pp. 53-58. Disponible en: <https://www.aaai.org/ocs/index.php/SSS/SSS10/paper/view/1158>. Fecha última consulta: 7 de marzo del 2022.
12. CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (2020): “El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución chilena”, en *Estudios Constitucionales*, Vol. 18, N° 2, pp. 87-120.
13. CORRAL TALCIANI, Hernán (2000): "Configuración jurídica del derecho a la privacidad II: Concepto y delimitación", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 27, N° 2, pp. 331- 355.
14. CORRAL TALCIANI, Hernán (2001): “Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada”, en *Estudios sobre la ley N° 19.628 sobre Protección de datos de carácter personal*, Jorge Wahl Silva (ed.), Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 5, Universidad de los Andes, Santiago, pp. 39-59.
15. CORRAL TALCIANI, Hernán (2017): "El derecho al olvido en Internet: antecedentes y bases para su configuración jurídica", en *Revista Jurídica Digital UANDES*, Disponible en: <http://rjd.uandes.cl/index.php/rjduandes/article/view/7/39>. Fecha última consulta: 7 de marzo del 2022.
16. CORRIPIO GIL-DELGADO, María (2001): “La protección de Datos Personales en Internet”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 55, N° 1901, pp. 2913-2927. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=78684>. Fecha última consulta: 7 de marzo del 2022.
17. COTINO HUESO, Lorenzo (2011): “La colisión del derecho a la protección de datos personales y las libertades informativas en la red: pautas generales y particulares de solución” en *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, Lorenzo

- Cotino Hueso (coord.), PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia), Valencia, pp. 386-401.
18. COTINO HUESO, Lorenzo (2015): «El conflicto entre las libertades de expresión e información en internet y el derecho a la protección de datos. El derecho al olvido y sus retos: “Un falso derecho, a juzgar por un falso tribunal”», en *Derecho de la información: El ejercicio del derecho de la información y su jurisprudencia*, Madrid: CEPC, pp. 387-430.
 19. DE TERWANGNE, Cécile (2012): “Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido”, en *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*. Disponible en: <http://www.crid.be/pdf/public/7166.pdf>. Fecha última consulta: 7 de marzo del 2022.
 20. GOMES DE ANDRADE, Norberto (2012): “El olvido: El derecho a ser diferente... de uno mismo. Una reconsideración del derecho a ser olvidado”, en *IDP: revista de Internet, derecho y política*, N° 13, Febrero, pp. 67-83. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3865431>. Fecha última consulta: 7 de marzo del 2022.
 21. HERRERA BRAVO, Rodolfo (2000): “Análisis de la ley chilena N° 19.628, Sobre Protección de la Vida Privada, de 28 de agosto de 1999”. Disponible en: http://derechopublico.udenar.edu.co/Datospersonales_Herrera.pdf. Fecha última consulta: 7 de marzo del 2022.
 22. HERRERA BRAVO, Rodolfo (2003): “Ciberespacio, sociedad y derecho” en *Revista Chilena de Derecho Informático*. Disponible en: <https://revistas.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/view/10666>. Fecha última consulta: 7 de marzo del 2022.
 23. HERRERA BRAVO, Rodolfo (2019): “Ley de protección de datos: ¿tan mala como se pinta?”. Disponible en: <https://www.rodolfoherrera.cl/post/ley-de-protecci%C3%B3n-de-datos-tan-mala-como-se-pinta>. Fecha última consulta: 7 de marzo del 2022.
 24. HERRERA CARPINTERO, Paloma (2016): “El derecho a la vida privada y las redes sociales en Chile”, en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Vol. 5, N° 1, pp. 87-112.
 25. JERVIS ORTIZ, Paula (2003): “Derechos del Titular de Datos y Habeas data en la Ley 19.628”, en *Revista Chilena de Derecho Informático*, (2). Disponible en:

<https://revistas.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/view/10644>. Fecha última consulta: 7 de marzo del 2022.

26. JIENA LEIVA, Renato (2010): “Actualidad de la protección de datos personales en América latina. El caso de Chile”, en VV. AA: *Memorias del XIV Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática*, Monterrey, UNAM, pp. 413-431. Disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/31511>. Fecha última consulta: 7 de marzo del 2022.
27. LARROUCAU TORRES, Jorge (2020): “Los límites procesales de la protección de derechos fundamentales y el filtro de admisibilidad en la Corte de Apelaciones”, en *Revista de derecho* (Coquimbo. En línea), Vol. 27. Disponible en: <https://revistaderecho.ucn.cl/article/view/4142/>. Fecha última consulta: 7 de marzo del 2022.
28. LETURIA INFANTE, Francisco (2016): “Fundamentos jurídicos del derecho al olvido. ¿Un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos derechos fundamentales?”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, N° 1, pp. 91-113.
29. LÓPEZ PORTAS, María (2015): “La Configuración Jurídica Del Derecho al Olvido en el Derecho Español a tenor de la doctrina del TJUE”, en *Revista de Derecho Político*, N° 93, pp. 143-175.
30. MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, Mónica (2017): “Los nuevos límites al derecho al olvido en el sistema jurídico de la Unión Europea: la difícil conciliación entre las libertades económicas y la protección de datos personales”, en *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, ISSN 0423-4847, Vol. 65, N° 2, pp. 139-176. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6304834>. Fecha última consulta: 7 de marzo del 2022.
31. MATE SATUÉ, Loreto (2016): “¿Qué es realmente el derecho al olvido?”, en *Revista de Derecho Civil*, Vol. III, N° 2 (abril-junio), pp. 187-222.
32. MIERES MIERES, Luis (2014): El derecho al olvido digital. Disponible en: <http://www.fundacionalternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/elderecho-al-olvido-digital>. Fecha última consulta: 7 de marzo del 2022.
33. MORENO BOBADILLA, Ángela y SERRANO MAÍLLO, Isabel (2017): “El derecho al olvido digital. Especial consideración al caso chileno”, en *Pensamiento Jurídico Central*, Vol. 1, pp. 37-52. Disponible en:

https://www.academia.edu/35568196/El_derecho_al_olvido_digital_Especial_consideraci%C3%B3n_al_caso_chileno. Fecha última consulta: 7 de marzo del 2022.

34. MORENO BOBADILLA, Ángela (2019): “El derecho al olvido digital: una brecha entre Europa y Estados Unidos”, en *Revista de Comunicación*, N° 18, pp. 259-276.
35. MORENO BOBADILLA, Ángela (2020): “Los derechos digitales en Europa tras la entrada en vigor del Reglamento de Protección de Datos Personales: un antes y un después para el derecho al olvido digital”, en *ISSN 0718-0195*, Vol. 18, N° 2, pp. 121-150.
36. MUÑOZ MASSOUH, Ana (2015): “Eliminación de datos personales en Internet: El reconocimiento del derecho al olvido”, en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Vol. 4, N° 2, pp. 215-261.
37. MURGA FERNÁNDEZ, Juan (2017): “La protección de datos y los motores de búsqueda en Internet: cuestiones actuales y perspectivas de futuro acerca del derecho al olvido”, en *Revista de Derecho Civil*, Vol. IV, N° 4, pp. 181-209.
38. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2004): “Pautas para Superar las Tensiones entre los Derechos a la Libertad de Opinión e Información y los Derechos a la Honra y la Vida Privada”, en *Revista de derecho (Valdivia)*, N°17, pp. 139-160. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502004000200006>. Fecha última consulta: 7 de marzo del 2022.
39. ORZA LINARES, Ramón y RUIZ TARRÍAS, Susana (2011): “El derecho al olvido en Internet”, en *Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet: Actas del VII Congreso Internacional Internet, derecho y política*, Universitat oberta de Catalunya, Barcelona, pp. 371-389.
40. PÉREZ LUÑO, Antonio (2011): “Internet y los derechos humanos” en *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, Vol. 12, pp. 287-330.
41. PLATERO ALCÓN, Alejandro (2016): “El derecho al olvido en Internet. El fenómeno de los motores de búsqueda”, en *Opinión Jurídica*, Vol. 15, N° 29, pp. 243-260.
42. PICA FLORES, Rodrigo (2016): “El derecho fundamental al olvido en la web y el sistema constitucional chileno. Comentario a la sentencia de protección Rol N° 22243-2015 de la Corte Suprema”, en *Estudios Constitucionales*, Año 14, N° 1, pp. 309-318.
43. RALLO LOMBARTE, Artemi (2014): “El derecho al olvido en Internet: la experiencia española”, Universitat Jaume. Disponible en: <http://repositori.uji.es/xmlui/handle/10234/122643>. Fecha última consulta: 7 de marzo del 2022.

44. REUSSER MONSÁLVEZ, Carlos (2018): *Derecho al olvido: la protección de datos personales como límite a las libertades informativas*, Der Ediciones, Santiago, Chile.
45. SIMÓN CASTELLANO, Pere (2012): "El derecho al olvido en el universo 2.0", en *textos universitaris de biblioteconomia i documentació*, N° 28. Disponible en: <http://bid.ub.edu/28/simon2.htm>. Fecha última consulta: 7 de marzo del 2022.
46. SIMÓN CASTELLANO, Pere (2011): "Régimen constitucional del derecho al olvido en Internet", en *Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet: Actas del VII Congreso Internacional Internet, derecho y política*, Universitat oberta de Catalunya, Barcelona, pp. 391-406.
47. VIOLLIER, Pablo y ORTIZ, Leonardo (2021): "Repensando el derecho al olvido y la necesidad de su consagración legal en Chile", en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, N° 10 (1), pp. 77-109. Disponible en: doi:10.5354/0719-2584.2021.56482. Fecha última consulta: 7 de marzo del 2022.
48. WARNIER READI, Isabel y DÍAZ TOMIC, Silvestre (2017): "Algunas consideraciones acerca de la protección de datos personales en internet", en *Actualidad jurídica*, N° 36. Disponible en: <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/articulos/algunas-consideraciones-acerca-de-la-proteccion-de-datos-personales-en-internet/>. Fecha última consulta: 7 de marzo del 2022.
49. ZÁRATE ROJAS, Sebastián (2013): "La problemática entre el derecho al olvido y la libertad de prensa". Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4330379>. Fecha última consulta: 7 de marzo del 2022.