

# ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN INTERNET

## SOME CONSIDERATIONS ABOUT THE PROTECTION OF PERSONAL DATA ON THE INTERNET

*Isabel Warnier Readi\**  
*Silvestre Díaz Tomic\*\**

**RESUMEN:** En el presente artículo abordaremos la problemática de la publicación de los datos personales en Internet y su asociación pública e indefinida en el tiempo cuando estos datos perjudican a sus titulares. En este contexto, analizaremos las posibles herramientas a través de las cuales los titulares pueden recurrir a la justicia para impedir o bloquear la información, permitiendo, así, que el informado no siga figurando en Internet cuando la publicación le daña, avergüenza o simplemente quiere borrar y olvidar.

**PALABRAS CLAVE:** Datos personales – Internet – Derecho al olvido – Registro o Banco de datos.

**ABSTRACT:** In this article we will address the issue of the publication of personal data on the Internet and its public and indefinite association in the time when these data harm their owners. In this context, we will analyze the possible tools through which the owners can appeal to the courts to prevent or block the information, thus allowing the informed not to appear on the Internet when the publication damages, embarrasses or simply wants to erase and forget.

**KEY WORDS:** Personal data – Internet – Right to forget – Registration or Database.

---

\* Abogada Universidad del Desarrollo, candidata a Magíster en Universidad de Chile. Profesora auxiliar Instituciones Fundamentales del Derecho Privado y Derecho Civil. Experiencia como abogada asociado en Dávila y Compañía y actualmente socia en Estudio Jurídico Warnier Abogados. correo electrónico: isabelwarnier@warnierabogados.cl

\*\* Abogado Universidad del Desarrollo, LLM Pontificia Universidad Católica de Chile y University of California Berkeley School of Law. Experiencia como Coordinador Regional de la Superintendencia de Insolvencia e Reemprendimiento; consejero legal en BCI Factoring y abogado asociado en Lagos y Maclean Estudio de Abogados.

\* \* \*

## I. INTRODUCCIÓN

Sabido es que el Derecho, en su aspecto objetivo, puede ser entendido como un conjunto de normas y principios destinados a regular la vida del hombre en sociedad. Donde existan dos o más personas humanas, necesariamente debe existir el Derecho.

Sabido es también que la sociedad cambia y evoluciona con el transcurso de los años y que, por lo tanto, para que el Derecho se mantenga útil y eficiente, es necesario que se adapte a dichas evoluciones sociales.

La adaptación del Derecho se produce de variadas formas, no siendo la creación de nuevas normas la única herramienta para lograr regular situaciones venideras que no estén expresamente previstas en estatutos jurídicos antiguos. Mientras no se dicten dichas normas que vengan a regular situaciones puntuales, existe un camino mucho más ágil, útil y simple de adaptación a los nuevos tiempos, cual es la elaboración de nuevas interpretaciones (o “adecuaciones interpretativas”<sup>1</sup>) sobre el sentido y alcance de las antiguas normas.

Nadie puede discutir que una de las evoluciones más importantes que ha tenido nuestra sociedad actual ha sido la llegada de Internet. Las nuevas tecnologías han significado una inmensa revolución para la sociedad global. Es, quizá, una de las más grandes revoluciones y que se presenta como el principal desafío para el Derecho y su adaptación.

Hoy, la información se encuentra, literalmente, al alcance de nuestras manos y es así como podemos obtenerla y compartirla en tan solo un instante. Además, gracias a la eficiencia de los motores de búsqueda (“buscadores”), dicha información puede permanecer asociada al nombre de un individuo de forma pública e indefinida en el tiempo.

Esto último, sin lugar a dudas, trae grandes beneficios para los usuarios, aunque también puede generar daños para aquellos que aparecen cuestionados en sus aspectos más íntimos en Internet. Nadie podría cuestionar los aspectos positivos para la libertad de expresión e información ni tampoco los negativos, en ciertos y determinados casos, para la integridad psíquica, vida privada y honra de la persona y su familia.

Así, por ejemplo, imaginemos que una información determinada es asociada al nombre de un individuo particular y considerada de “interés público” en un momento específico. Podría tratarse de un embargo, de la imputación de un delito, de la infidelidad matrimonial de un personaje público, de un litigio, etc. A propósito de ello, surge la interrogante: ¿Debe mantenerse dicha información asociada al nombre de esas personas en forma pública, perma-

---

<sup>1</sup> Este es el concepto al cual se refiere el profesor Hernán Corral, véase CORRAL (2016)

nente e indefinida en el tiempo? O, por el contrario, ¿debemos reconocer su derecho a liberarse de esta verdadera “etiqueta digital”?

La problemática planteada por estas interrogantes han surgido como consecuencia de los efectos generados por las nuevas tecnologías, reconociéndose primero en la jurisprudencia extranjera y luego en el Derecho Comparado la existencia de un denominado “Derecho al Olvido”, esto es, en términos generales, aquel derecho por el cual una persona puede exigir que, cumplidos ciertos requisitos, una determinada información deje de ser asociada al nombre de un individuo en particular.

La anterior es una definición bastante general por cierto. Sin embargo, antes de avanzar a una definición específica, cabe advertir que el Derecho al Olvido digital puede ser entendido desde dos aspectos: Por un lado, el derecho a que la información sea eliminada de la página web que la contiene, es decir, la fuente directa y original que generalmente provendrá de un medio de comunicación. Y, por otro lado, el derecho del titular a que los motores de búsqueda, quienes generan la mayor difusión de estos datos personales en la red, dejen de proveer dicha información en sus resultados a quienes la consulten cuando dicha información dejó de ser actual.

A este segundo aspecto es el que nosotros pretendemos dar mayor énfasis en el presente trabajo, por estimarlo de mayor impacto en los derechos de las personas afectadas.

En efecto, en realidad, son los motores de búsqueda los principales responsables de mantener la información asociada de manera permanente e indefinida al nombre de una persona. Así lo reconoce, por lo demás, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al fundar la responsabilidad propia de los motores de búsqueda estimando que:

“...esta actividad de los motores de búsqueda desempeña un papel decisivo en la difusión global de dichos datos en la medida en que facilita su acceso a todo internauta que lleva a cabo una búsqueda a partir del nombre del interesado, incluidos los internautas que, de no ser así, no habrían encontrado la página web en la que se publican estos mismos datos”.

La doctrina nacional, en tanto, también ha reconocido el protagonismo de los motores de búsqueda en esta materia. Como señala el profesor Corral Talciani:

“Esta accesibilidad se ha potenciado más aún con la aparición de los llamados motores de búsqueda (web search engines) que enlazan los sitios web que se refieren a un determinado hecho o individuo para luego sugerirlos en un listado en orden de relevancia para que el usuario pueda ubicarlos fácilmente (...) Ha sido este el problema más complejo que, de alguna manera, ha lanzado a la fama en todo el mundo, y con mucha

polémica, el derecho al olvido, ya que respecto de las fuentes directas podría aplicarse, convenientemente adaptada, la regulación del derecho a la cancelación de datos personales. Pero, ¿pueden considerarse los motores de búsqueda en internet como responsables de tratamientos de datos personales si ellos no proveen de la información, sino que dirigen a la persona a las direcciones web que son las que contienen directamente los datos?<sup>2</sup>.

Atendido el enfoque de nuestro estudio, esto es, con énfasis en la responsabilidad de los motores de búsqueda, nos quedaremos con una definición del Derecho al Olvido más específica y, según la cual el Derecho al Olvido es:

“aquel derecho, fundamental dicen algunos, que tienen las personas a que los enlaces que existen sobre ellas en los buscadores, que les perjudiquen y no sean pertinentes, puedan ser retirados de internet”<sup>3</sup>.

En un sentido similar, el diario *New York Times* se ha referido a él como:

“[el] derecho legal que permite, en ciertas circunstancias, que personas (con conexiones en Europa<sup>4</sup>) soliciten a buscadores como Google eliminar de sus resultados de búsqueda en línea los vínculos relacionados con ellos”<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> CORRAL (2016). Este mismo autor parece inclinarse por el Derecho al Olvido en su segundo aspecto, esto es, respecto de los motores de búsqueda, señalando: “La cuestión no es fácil de resolver. Por un lado, se puede decir, como la Corte Constitucional colombiana, que los motores de búsqueda tipo Google no son responsables del contenido de las noticias, sino meros intermediarios, de modo que el derecho al olvido debiera ejercerse contra el titular de la web o URL que aloja la noticia en su servidor. Esta posición tiene la ventaja de que, suprimida la noticia en su fuente, ya no podría 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 en los motores de búsqueda.

Por esto, parece menos lesiva y más eficaz la legitimación pasiva preferente, si bien no exclusiva, de los motores de búsqueda”.

<sup>3</sup> GALLO (2015).

<sup>4</sup> El diario *NY Times* agrega en su definición “con conexiones en Europa” puesto que, como veremos, el Derecho al Olvido hasta hoy ha encontrado su mayor consolidación en la Comunidad Europea.

<sup>5</sup> *The New York Times*, “Investigadores descubren falla en el “derecho al olvido” europeo, 13 de junio de 2016. Disponible en [www.nytimes.com/es/2016/06/13/investigadores-descubren-falla-en-el-derecho-al-olvido-europeo/?rref=collection%2Fsectioncollection%2Farchive&action=click&contentCollection=derecho-al-olvido&region=stream&module=stream\\_unit&version=latest&contentPlacement=1&pgtype=collection](http://www.nytimes.com/es/2016/06/13/investigadores-descubren-falla-en-el-derecho-al-olvido-europeo/?rref=collection%2Fsectioncollection%2Farchive&action=click&contentCollection=derecho-al-olvido&region=stream&module=stream_unit&version=latest&contentPlacement=1&pgtype=collection).

## II. ADAPTACIÓN INTERPRETATIVA PARA INVOCAR EL DERECHO AL OLVIDO EN JUICIO

En el presente trabajo analizaremos la adaptación del ordenamiento jurídico chileno a esta nueva realidad al no existir norma expresa que consagre el Derecho al Olvido, y de qué forma pueden los titulares de datos personales exigir que los motores de búsqueda eliminen o bloqueen determinada información de los resultados de búsqueda asilándose en este derecho a ser olvidados respecto de una determinada información que les daña o perjudica. Con este objetivo seguiremos la siguiente estructura:

- A. El Derecho al Olvido: algunos antecedentes.
- B. El Derecho al Olvido en el ordenamiento jurídico chileno:
- C. Algunos fallos de los tribunales superiores de justicia de Chile.

### *A. El Derecho al Olvido: algunos antecedentes.*

Aun cuando el Derecho al Olvido es un derecho que ha nacido con la aparición de Internet y, en particular, de los motores de búsqueda, podemos encontrar antecedentes que fluyen de ciertos casos y ciertos estatutos jurídicos.

En efecto, en el año 1931, un tribunal de California falló sobre el caso *Melvin v. Reid*<sup>6</sup>. Este caso trataba sobre una mujer que había dejado de ejercer la prostitución para iniciar una nueva vida apartada de ese oficio. Sin embargo, ocho años después de que dejara la prostitución, el demandado creó una película llamada “The Red Kimono”, la cual develaba su pasado como prostituta, utilizando en el *film* su nombre real. La mujer se sintió gravemente perjudicada por esta situación y demandó ante la Corte, la cual concluyó que efectivamente se había vulnerado el derecho de la demandante<sup>7</sup>.

Desde el punto de vista normativo, el Derecho al Olvido subyace, por ejemplo, en la directiva 95/46/CE del Parlamento europeo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales (en adelante “la directiva”), cuya entrada en vigencia data del 24 de octubre de 1995, y la ley N° 19.628 de Protección de Datos de Carácter Personal promulgada en Chile el año 1999 con gran influencia de la primera.

No es de sorprender que estas normas no consideraran específicamente a los motores de búsqueda como sujetos pasivos de las acciones que consagran, puesto que en dichos años esas tecnologías aún no alcanzaban las proporciones actuales. La razón de ello la encontramos en que Google, el más exitoso motor de búsqueda, recién fue fundado en agosto de 1998<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Corte de Apelaciones de California (1931): *Melvin v. Reid* 112 Cal. App. 285,297 Pac. 91

<sup>7</sup> GALLO (2015)-

<sup>8</sup> Información obtenida de página web de la empresa: [www.google.com/intl/en/about/our-story/](http://www.google.com/intl/en/about/our-story/)

Finalmente, el gran despegue y antecedente directo del Derecho al Olvido Digital se produce en Europa el año 2014 con una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), en el caso del ciudadano español Mario Coteja. En este caso, el demandante presentó ante la Agencia Española de Protección de Datos una reclamación en contra del diario *La Vanguardia* de Cataluña y Google, alegando que cada vez que un internauta introducía su nombre en dicho motor de búsqueda, obtenía como resultado vínculos hacia dos páginas del periódico señalado en las que figuraba un anuncio por una subasta de sus inmuebles relacionada con un embargo por deudas. El señor Cotejas solicitó que el diario eliminara dicha información y que Google dejará de asociar dicha noticia a su nombre, puesto que las deudas causantes de dicho embargo estaban solucionadas desde hace ya varios años. La Agencia rechazó el reclamo en contra del periódico, pero lo acogió respecto a Google. Este último recurrió en contra de la resolución para ante la Audiencia Nacional Española.

La Audiencia Nacional Española, por su parte, entendió que esto dependía de la interpretación de normas europeas (“la directiva”) y, por lo tanto, decidió suspender y plantear al TJUE una serie de cuestiones prejudiciales. Este último concluyó, entre otras cosas, que la actividad de Google constituye un tratamiento de datos personales, que el gestor de un motor de búsqueda (como es Google) tiene responsabilidad respecto de los datos personales que proporciona, y que, en el evento de cumplirse ciertos requisitos, las personas tienen el derecho de solicitar que la información ya no se ponga a disposición del público general mediante su inclusión en la lista de resultados proporcionados por el motor de búsqueda<sup>9</sup>.

Con esta decisión del TJUE se abrieron las puertas de la Unión Europea al denominado “Derecho al Olvido”. Cabe destacar que ello se logró, no a través de la promulgación de nuevas normas jurídicas, sino que a través la interpretación actualizada de una norma del año 1995 (directiva 95/45). En otras palabras, una verdadera actualización del derecho a las nuevas realidades sociales a través de la “adecuación interpretativa” de antiguas normas jurídicas.

Sin perjuicio de lo anterior, se encuentra aprobado el Reglamento (UE) 2016/670, de 27 de abril de 2016<sup>10</sup>, referente a la protección de personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que contiene una reglamentación específica del derecho al olvido, pero que recién entrará en vigencia en 2018.

<sup>9</sup> Véase Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia Europeo disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES>.

<sup>10</sup> Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>.

## *B. El derecho al olvido en el ordenamiento jurídico chileno*

No cabe duda que esta materia está íntimamente ligada a los derechos constitucionales protegidos por nuestro ordenamiento jurídico y que gran parte de la problemática gira en torno a la colisión de distintos derechos garantizados por la Constitución, específicamente, la libertad de emitir información sin censura previa, con los derechos de respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.

También existen importantes tratados internacionales aplicables, ratificados por Chile, y que se encuentran vigentes. Así, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>11</sup> reitera los mismos derechos, esto es, por una parte la libertad de emitir y acceder a la información y, por otra, el derecho a la vida privada, a la honra y a la integridad psíquica.

Desde el aspecto de los mencionados derechos fundamentales de las personas, queda claro que aquellos que estiman que dichas garantías han sido privadas, perturbadas o amenazadas por la información que proporciona un motor de búsqueda en los resultados asociados a su nombre, tienen el derecho a ejercer la acción de protección constitucional que reconoce el artículo 20 de nuestra Constitución, sin perjuicio de la posibilidad de ejercer otras acciones a las que nos referiremos más adelante. La proporcionalidad y el transcurso de tiempo serán determinantes para preferir un derecho constitucional por sobre otro.

Quienes ejerzan esta acción constitucional deberán acreditar que la conducta del motor de búsqueda que asocia esta información a sus nombres es ilegal (esto es, contraria a algún precepto legal) o arbitraria (sin justificación razonable).

Respecto del plazo para el ejercicio de esta acción, debe considerarse que lo que se reclama es la “mantención” de la información en los resultados de los motores de búsqueda, una perturbación que es de carácter permanente en el tiempo y, por lo tanto, la acción no puede caducar mientras la perturbación permanezca vigente<sup>12</sup>.

Por último, en el evento de que se agoten todos los recursos internos ante las autoridades chilenas, sin que se haya obtenido la adecuada protec-

---

<sup>11</sup> Artículo 5.1.: Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

Artículo 11: Protección de la Honra y de la Dignidad de la Persona y su familia.

Artículo 13: Libertad de pensamiento y expresión.

<sup>12</sup> Lamentablemente, parece ser que este punto no es aceptado por nuestros tribunales superiores de justicia ya que en la mayoría de los casos rechazan las acciones de protección por estimar que la vulneración del derecho se produjo desde su incorporación a Internet de modo tal que si han transcurrido 30 días desde dicha época el recurso de protección es extemporáneo



ción a estos derechos, reconocidos por los tratados internacionales citados, existe la posibilidad de presentar una denuncia ante la Corte Americana de Derechos Humanos, dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva. Esta denuncia tiene por objetivo exigir al Estado el cumplimiento de los compromisos que ha adquirido en dicho tratado.

Sin perjuicio de lo anterior, fundado en el principio de especialidad, creemos que el Derecho al Olvido subyace en la ley N° 19.628 sobre protección de datos personales o protección de datos de carácter personal.

### 1. Derecho al Olvido en la ley N° 19.628

Si bien esta norma no se refiere expresamente a los motores de búsqueda, creemos que, siguiendo el ejemplo del TJUE, a través una “adecuación interpretativa” de sus normas se puede llegar a la legítima conclusión de que los motores de búsqueda sí se encuentran regulados por este cuerpo legal. Lo propio sucede con los titulares de aquellos datos personales que se publican en Internet y se difunden a través de estas nuevas tecnologías, quienes también se encuentran protegidos por este estatuto legal.

En efecto, el tenor literal de la ley N° 19.628 es claro en cuanto a su generalidad y amplitud respecto a su campo de aplicación. Esto último permite que la norma se adapte ágilmente a las realidades actuales mediante la interpretación, sin necesidad de una modificación legal expresa.

A continuación, veremos los elementos más relevantes para llegar a tal aserto:

1. Norma de aplicación general para el “tratamiento de datos”: El artículo 1 inciso 2° de la ley N° 19.628 dispone:

*“Toda persona puede efectuar el tratamiento de datos personales, siempre que lo haga de manera concordante con esta ley y para finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico. En todo caso, deberá respetar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de datos y de las facultades que esta ley reconoce”. (El destacado es nuestro).*

El tenor literal de esta disposición resulta claro en cuanto a que ella es aplicable a “toda persona” (es decir, incluidos los gestores de motores de búsqueda) que realicen tratamiento de datos y que, “en todo caso” (es decir, indistintamente de las circunstancias particulares), deberán respetarse los derechos de los titulares de los datos.

2. Significado legal amplio de “tratamiento de datos personales”: De acuerdo con lo prescrito por la letra o) del artículo 2° de la ley N° 19.628, tratamiento de datos es:

*“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". (El destacado es nuestro).

Parece completamente razonable estimar que la actividad de los motores de búsqueda puede ser encasillada dentro de la descripción antedicha, ya que organiza, selecciona, interconecta y comunica datos de carácter personal. Si lo anterior no fuera suficiente, aún queda la actividad residual de tratamiento de datos personales, esto es, los *utiliza en cualquier otra forma*.

3. Significado legal amplio de "datos de carácter personal o datos personales": De acuerdo con lo previsto en el art. 2 letra f) de la ley N° 19.628 son: "los relativos a *cualquier* información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables". (El destacado es nuestro).

Nuevamente el tenor literal de la disposición es amplio, al referirse a "cualquier" información atingente a personas naturales identificadas o identificables, como es lo que sucede con la información proporcionada por los resultados de los motores de búsqueda.

De las disposiciones antes citadas puede concluirse que la actividad que realiza Google constituye "tratamiento de datos de carácter personal" y, como tal, al igual que toda otra persona que realiza dicha actividad, debe respetar la ley N° 19.628, realizar la actividad para finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico y, en todo caso, respetar los derechos fundamentales de los titulares de datos.

Ahora bien, los siguientes elementos pasan a demostrar que esta norma reconoce a lo menos tácitamente el Derecho al Olvido:

4. Significado legal de "datos sensibles": de acuerdo con el art. 2 letra g) de la ley N° 19.628, datos sensibles son:

"aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad".

Por lo tanto, si la información asociada por el motor de búsqueda al nombre de una persona determinada cumple con estas características entonces es, además de dato personal, un dato sensible.

5. Derecho al Olvido como regla general respecto de los datos sensibles: De acuerdo con lo dispuesto por el art. 10 de la ley N° 19.628:

"No pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficio de salud que correspondan a sus titulares". (El destacado es nuestro).

*A contrario sensu*, si existe un tratamiento de datos sensibles que no califica dentro de las excepciones de la disposición legal, entonces el titular de

dichos datos tiene derecho a exigir su eliminación de los resultados de búsqueda. De aquí surgiría el Derecho al Olvido respecto de los datos sensibles, como regla general.

6. Derecho al Olvido como excepción respecto de “todo” otro dato de carácter personal: De acuerdo con lo previsto por el artículo 9 inciso 2° de la ley N° 19.628:

*“EN TODO CASO, la información DEBE SER exacta, actualizada y responder con veracidad a la situación real del titular de los datos”.* (El destacado es nuestro).

En el evento de que la información no sea exacta, veraz o, bien, no se encuentre actualizada, el titular de dichos datos personales tiene el derecho a exigir su eliminación de los resultados de búsqueda proporcionados por el motor de búsqueda. De aquí surge el Derecho al Olvido respecto de todo dato de carácter personal (sea o no sensible), como una excepción.

De esta forma, si la prostituta dejó de ejercer su oficio, el deudor pagó la deuda, el condenado cumplió la pena y se rehabilitó, el motor de búsqueda, en tanto tratador de datos personales, debe bloquear la información que no responde a la realidad actual del sujeto consultado.

## 2. Acciones judiciales para el ejercicio del Derecho al Olvido:

La ley N° 19.628 confiere una acción judicial especial contra de los “responsables del banco (de datos)” que realicen tratamiento de datos personales. Creemos que no cabe duda que son responsables de los bancos de datos aquellos que almacenan la información en sus servidores, es decir, quienes constituyen la “fuente directa”. La duda surge respecto de los motores de búsqueda, quienes no almacenan dicha información: ¿Pueden ser considerados “responsables de los bancos de datos”?

Al respecto deben considerarse las siguientes definiciones entregadas por la ley N° 19.628:

1. Registro o banco de datos. Una definición legal amplia que no se refiere exclusivamente a la fuente de almacenamiento de la información: De acuerdo con el art. 2 letra m de la ley N° 19.628, es:

*“El conjunto organizado de datos de carácter personal, sea automatizado o no y cualquiera sea la forma o modalidad de su creación u organización, que permita relacionar los datos entre sí, así como realizar todo tipo de tratamiento de datos”.* (El destacado es nuestro).

Claramente esta definición no hace referencia a la persona como sujeto jurídico, sino que a la organización de los datos. En otras palabras, son características que deben reunir el conjunto de los datos personales de cuyo tratamiento se trata y no el sujeto que realiza el tratamiento.

Hecha la aclaración anterior, estimamos que aquel conjunto de datos respecto del cual los motores de búsqueda realizan tratamiento de datos puede ser comprendidos bajo esta definición ya que la definición legal no se refiere en términos exclusivos al “almacenamiento”, sino que incluye la “organización” de datos de una forma que permita la relación entre ellos, cuestión que claramente abarca los datos utilizados por los motores de búsqueda.

2. “Responsable del registro o banco de datos”: De acuerdo con el art. 2 letra h, es:

“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”.

Esta es la definición más relevante a la hora de determinar si el gestor del motor de búsqueda es (o no) sujeto pasivo de la acción judicial especial contemplada por la ley N° 19.628. ¿Son ellos los encargados de tomar las decisiones relacionadas con el tratamiento de datos de carácter personal? Estimamos que la respuesta es positiva. Tanto es así que Google, por ejemplo, tiene un procedimiento a través del cual acepta solicitudes para la eliminación de información y luego “decide” si las borra o no.

Respecto a este último punto, el TJUE con normas bastante similares a las nuestras llega a la misma conclusión. En efecto, el tribunal comienza planteando la interrogante respecto a la responsabilidad del gestor del motor de búsqueda, en relación con la definición legal y señala en el párrafo 33:

“En cuanto a si el gestor de un motor de búsqueda debe o no considerarse ‘responsable del tratamiento’ de los datos personales efectuado por dicho motor en el marco de una actividad como la controvertida en el litigio principal, debe recordarse que el artículo 2, letra d), de la Directiva 95/46 define al responsable como «la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que sólo o conjuntamente con otros determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales”.

El Tribunal da una respuesta positiva en el párrafo siguiente (33) afirmando:

“...el gestor del motor de búsqueda es quien determina los fines y los medios de esta actividad y, así, del tratamiento de datos personales que efectúa él mismo en el marco de ésta y, por consiguiente, debe considerarse ‘responsable’ de dicho tratamiento en virtud del mencionado artículo 2, letra d)”.

Finalmente, en el párrafo 34, el tribunal funda su conclusión en sólidos argumentos interpretativos, que dicen relación con el tenor literal y también con el espíritu de la ley. Al respecto, argumenta:

“...sería contrario, no sólo al claro tenor de esta disposición sino también a su objetivo, consistente en garantizar, mediante una definición amplia del concepto de ‘responsable’, una protección eficaz y completa de los interesados, excluir de esta disposición al gestor de un motor de búsqueda debido a que no ejerce control sobre los datos personales publicados en las páginas web de terceros”.

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 pronuncia sobre la solicitud del requirente dentro del plazo o la deniega 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).

No obstante, si la situación tiene carácter de urgencia (como comúnmente ocurrirá con la privación, perturbación o amenaza de derechos fundamentales como la honra y la vida privada), queda aún a disposición del titular de datos la acción constitucional del art. 20 de nuestra Carta Fundamental.

### *C. Algunos fallos de nuestros tribunales superiores de justicia que inciden en esta materia.*

- *Fallos que han reconocido el Derecho al Olvido en Chile*

#### 1) Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, julio de 2012<sup>13</sup>

En este caso, quien actualmente se desempeña como fiscal nacional del Ministerio Público, Jorge Abbott Charme, presentó un recurso de protección en contra de ciertas páginas web que contenían información injuriosa y calumniosa contra él y su familia. La Corte acogió la acción constitucional de protección, considerando:

“Que, conforme al mérito de los antecedentes, no cabe la menor duda que, tanto el recurrente como su familia, han sido afectados por publicaciones difundidas en internet, en las páginas que se mencionan en el

<sup>13</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso (2012) Rol N° 228-2012, Abbot Charme v. Google.

recurso, en donde se les formulan graves imputaciones en contra de su honra referida concretamente al respeto y protección a la vida privada y pública de todo sujeto y de su familia (...)”<sup>14</sup>.

Sobre la base de lo anterior, la sentencia ordena eliminar dicha información de las páginas web y, lo que es más destacable aún, que el motor de búsqueda efectúe los filtros en los resultados que proporciona respecto al recurrente. En este sentido la sentencia dispuso:

“Que el buscador ‘google.cl’ establezca, computacionalmente, los filtros necesarios, para evitar publicaciones que presenten inequívocamente publicaciones de carácter injurioso, o de cualquier tipo y bajo cualquier circunstancia, siempre que en esa publicación se incurra en una afectación constitucional como la mencionada, todo ello bajo los apercebimientos que establece el citado del Auto Acordado sobre la materia”.

Si bien es una sentencia bastante sucinta, de ella puede desprenderse que la Corte de Apelaciones de Valparaíso reconoce el “Derecho al Olvido Digital”, y encuentra su fuente directa en el derecho garantizado por el art. 19 N° 4 de la Constitución.

## 2) Excelentísima Corte Suprema, enero 2016<sup>15</sup>

Este es probablemente el fallo más relevante en Chile respecto al Derecho al Olvido, por dos razones: Primero porque es dictado por la máxima autoridad judicial del país y luego puesto que, como consigna Corral, “todos los jueces, tanto de la mayoría como la disidente, estuvieron de acuerdo en que sí existe un ‘derecho al olvido’”<sup>16</sup>.

En esta sentencia, que resguarda la identidad de los interesados, la Corte Suprema conceptualiza el Derecho al Olvido, lo reconoce como parte de nuestro ordenamiento jurídico, encontrando su fuente directa en los derechos garantizados por la Constitución y los tratados internacionales, y, por último, lo justifica principalmente por el efecto producido por el transcurso del tiempo. A continuación, distinguiremos estos tres elementos que nos parecen de la mayor relevancia:

- *Conceptualización del Derecho al Olvido*: Siguiendo a la doctrina española, la Corte Suprema conceptualiza el Derecho al Olvido de la siguiente forma:

<sup>14</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso (2012) Rol N° 228-2012, Abbot Charme v. Google, considerando 1°.

<sup>15</sup> Tercera Sala de la Corte Suprema (2016) Rol N° 22243-2015 un elemento clave para determinar, como: importante destacar es que el derecho a la opinión es un elemento clave para determinar.

<sup>16</sup> CORRAL (2016).

“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. Así, cuando hablamos de ‘derecho al olvido’ hacemos referencia a posibilitar que los datos de las personas dejen de ser accesibles en la web, por petición de las mismas y cuando éstas lo decidan; el derecho a retirarse del sistema y eliminar la información personal que la red contiene”<sup>17</sup>.

- *Reconocimiento del Derecho al Olvido como parte del ordenamiento jurídico nacional*: El máximo tribunal señaló:

“(…) no cabe duda que nuestro ordenamiento jurídico protege el honor y vida privada de las personas en cuanto tales, incluso antes y después de su constitución jurídica; y que sistemáticamente ha venido recogiendo la tendencia mundial de *reconocer el derecho al olvido* respecto de conductas reprochable de las personas –sean estas penales, civiles o comerciales– después de un lapso de tiempo, como una forma de reintegrarlas al que hacer social”<sup>18</sup>. (El destacado es nuestro).

Cabe resaltar que de acuerdo con los magistrados, el Derecho al Olvido en Chile tendría su fuente directa en los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales, puesto que se declara que para determinar la existencia, alcance, garantías y límites del “Derecho al Olvido”, “no existe, por ahora, una solución legislativa expresa sobre este tema”<sup>19</sup>.

- *Factor Tiempo como elemento clave para la configuración del Derecho al Olvido*: Finalmente, otro aspecto que nos parece importante destacar es que de acuerdo a esta sentencia, el factor tiempo se reconoce como un elemento clave para determinar si procede el resguardo del derecho de información o, por el contrario, el derecho al olvido del titular de los datos. Esto puesto que, de acuerdo a la opinión de los magistrados,

“si el paso del tiempo hace perder el interés y la información ocasiona daño a los derechos fundamentales involucrados, la mantención de la misma no estaría justificada”<sup>20</sup>.

Esta conclusión se desprende de varios considerandos de la sentencia. Así, por ejemplo, los jueces estimaron que no existiría una colisión real entre el derecho a la información y el derecho a la vida privada y honra de la persona y de su familia, puesto que:

<sup>17</sup> Tercera Sala de la Corte Suprema (2016) Rol 22243-2015, considerando 5°.

<sup>18</sup> *Op. cit.*, considerando 4°, párrafo tercero.

<sup>19</sup> PICA, (2016).

<sup>20</sup> *Op. cit.*

“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”. (El destacado es nuestro).

Respecto de esta sentencia de la Corte Suprema hay que aclarar que, a diferencia de lo ocurrido con la ICA de Valparaíso, ella no ordenó a los motores de búsqueda filtrar la información sino que más bien, se refirió directamente a la fuente principal, limitándose a ordenar que el propietario de la página web (un reconocido periódico nacional) eliminaría la noticia. No obstante, es un gran paso en el avance al reconocimiento de este derecho en nuestro país.

• *Fallos en contra de los recurrentes de protección*

1. Causa N° 45.790/2014 de la ICA de Santiago, de 25 de septiembre de 2014:

Una ciudadana croata al ingresar su nombre en el buscador de Google se da cuenta que este la vincula a un blog que señala que ella estaría infectada con VIH. Por ello interpone recurso de protección en contra de Google, fundándolo en el derecho a la honra.

Al momento de decidir, la Corte constata que dicho blog había sido eliminado y, por lo tanto, el recurso habría perdido oportunidad, en virtud de lo cual se rechaza la acción.

No obstante, este fallo resulta particularmente interesante toda vez que se pronuncia respecto al “Derecho al Olvido” reconocido por el Tribunal de Justicia Europeo y cómo este se adecuaría a la realidad nacional.

2. Causa N° 61.833/2014 de la ICA de Santiago, de 3 de noviembre de 2014:

El recurrente interpone la acción en contra de Google por vincular su nombre a un sitio web que lo trata de estafador, lo cual vulneraría su derecho a la integridad psíquica y honra.

La Corte rechaza la acción por estimar que la acción es extemporánea. Además, señala que la acción debió dirigirse contra las páginas en las cuales se encuentran almacenados los datos y no contra el motor de búsqueda.

Creemos erróneo el argumento conforme al cual la acción de protección fue interpuesta de manera extemporánea porque por una parte la publicación es permanente y por otra para que algo se deba olvidar necesariamente deben transcurrir más de treinta días corridos.



### 3. Causa N° 1857/2015 de la ICA de Temuco, de 5 de agosto de 2015:

Los recurrentes solicitan la eliminación de ciertos blogs en los cuales se hace mención a sus datos, por atentar contra su integridad psíquica y honra.

En este caso se toma en particular consideración el contexto toda vez que se trata de blogs que fueron creados por quien fuera condenado por los delitos de abuso sexual, abuso sexual infantil en carácter de reiterados y estupro, todos configurados en contra de las recurrentes.

Cabe aclarar que en este caso se ordena la eliminación de la publicación de un blog (registro de datos) de propiedad de Google y no que el motor de búsqueda se inhiba de proporcionar los vínculos a él.

Una particularidad de esta causa, que parece estar relacionada con lo anterior, es que analizó la cuestión como una ponderación de garantías constitucionales entre los derechos de integridad psíquica de la persona, y la garantía al respecto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, en relación con la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio (...).

Finalmente, cabe destacar que en este caso al discutirse la oportunidad de la acción, se estimó que los actos ilegales se configuraban por la “mantención” de estos datos en las plataformas web de propiedad de Google y, por lo tanto, estos serían de carácter permanente.

### 4. Sentencia ICA Santiago, rol N° 14966-2017 de 18 de abril de 2017

En esta sentencia, la Corte rechazó la acción de protección deducida por una mujer condenada como encubridora de un delito de homicidio quien, luego de cumplir la pena, pretendía que se eliminara esta información por parte del buscador Google.

La particularidad de este fallo, que cita en su argumentación una sentencia de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación (Argentina), es que hace irresponsable a Google por las publicaciones de terceros, pues no tendría

“la obligación general de ‘monitorear’ los contenidos que se suben a la red y que son proveídos por los responsables de cada una de las páginas web”.

### 5. Sentencia ICA Santiago de 12 de abril de 2017, rol 127.959-2017.

Destacamos en esta sentencia, sin que sea necesario referirnos al fondo del asunto, puesto que los sentenciadores estimaron, para rechazar un recurso de protección deducido en contra de Google, que los motores de búsqueda como Google, de acuerdo con el artículo 85 P de la ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual, no tienen la obligación de supervisar los datos que

transmitan, almacenen o referencien, es decir, no tienen la obligación general de monitorear los contenidos que se suben a la red y que son proveídos por los responsables de cada una de las páginas web.

6. Sentencia ICA Santiago, Rol N° 127.496-2016  
de 27 de marzo de 2017

Esta sentencia, dictada con el voto en contra del fiscal judicial Sr. Norambuena, en acuerdo ante la Exma. Corte Suprema desde el 31 de mayo de 2017, se recurre de protección en contra de Google y varias empresas periodísticas.

Se pretende que se declare que existe una vulneración de los derechos fundamentales consignados en los números 1, 4 y 16 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, y se establezca que procede la aplicación del Derecho al Olvido.

Para fundar la acción, señala el recurrente que hace ocho años se le sindicó en la prensa como autor de un asalto e intento de abuso sexual a una mujer, sin que a dicha fecha existiera sentencia que así lo declarara, pues ese hecho había ocurrido ese mismo día, por lo que en esa oportunidad sólo se le haría un control de detención... Sólo con posterioridad a dicha fecha, teniendo dieciocho años de edad, aceptó un procedimiento abreviado, siendo condenado como autor de los delitos de abuso sexual, hurto y lesiones graves, otorgándosele el beneficio de la remisión condicional de la pena, quedando bajo observación de Gendarmería por el término de tres años, lo que cumplió el año 2012, eliminándose dichos antecedentes penales el 27 de octubre de 2014, en virtud del D.L. 409.

Destacamos en este fallo las siguientes consideraciones:

- a) Al haberse alegado extemporaneidad del recurso por parte de las recurridas, reconoce que ella debe ser desestimada por cuanto

“no es posible contabilizar el plazo para interponer esta acción constitucional desde la fecha de publicación de la noticia cuya eliminación pretende el actor, pues ello se verificó en septiembre del año 2008 y a esa fecha obviamente no era factible para el recurrente invocar un eventual ‘derecho al olvido’ ya que la noticia en ese entonces era de actualidad”

- b) Que rechaza la acción de protección por cuanto no existiría ley que obligara al buscador o a los sitios de Internet a borrar una noticia que en su oportunidad fue publicada en ejercicio de la libertad de expresión.

En sentido contrario el voto del disidente, y que estuvo por acoger el recurso de protección, esgrimió las siguientes razones:

- a) Que el Derecho al Olvido forma parte del contenido esencial de la garantía que asegura el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona, porque en muchos casos, las personas pueden subir datos personales a la web, siendo niños, adolescentes o en diversas circunstancias personales de su vida, y tienen derecho a que ellos no sean eterna-

- mente difundidas y conocidas por terceros, cuando han cambiado las circunstancias y la persona manifiesta su deseo a que no permanezcan al dominio público, por interferir en su vida privada y la menoscaben;
- b) que el buscador realiza un tratamiento de datos, al explorar Internet de manera automatizada, constante y sistemática en busca de la información que allí se publica;
  - c) respecto a la colisión de derechos fundamentales y la aplicación del principio de proporcionalidad, se debe considerar en este análisis, que al confrontar el derecho a emitir opinión o al deber de informar que alegan las recurridas, versus la protección al honor y la vida privada del recurrente, el transcurso de tiempo es un elemento importante a considerar. Lo anterior, porque no puede decirse que el actuar de las empresas periodísticas recurridas se encuentre actualmente justificado por el derecho que tiene toda persona a emitir opinión o a la de informar, porque ello se efectuó sin que mediara colisión alguna, el día 20 de septiembre de 2008, pero no puede decirse que dicha circunstancia se mantenga, salvo recurriendo a una ficción. Las alegaciones que hacen las recurridas en tal sentido, en cuanto se trasladan a esa fecha, ya sea para alegar la extemporaneidad y el ejercicio legítimo de un derecho, carecen de sentido y no se centran en la controversia jurídica que ha esgrimido el recurrente, y que esta Corte se encuentra obligada a resolver.

### III. CONCLUSIONES FINALES

Ya hemos dicho que el Derecho debe adaptarse a la realidad actual para ser útil y eficiente. Esta adaptación, que puede efectuarse a través de una “adecuación interpretativa” de las normas vigentes, siempre debe respetar ciertos principios imperantes para nuestro Derecho: Uno de ellos, sin duda alguna, es el respeto a los derechos fundamentales de las personas. Otro, también, es el principio de responsabilidad en virtud del cual las personas deben hacerse cargo de los daños que causen con culpa o dolo. Pues bien, cabe preguntarse, ¿por qué habrían de quedar los gestores de motores de búsqueda en un verdadero limbo jurídico, dentro del cual puedan ejercer su negocio sin ninguna responsabilidad? ¿Cuál es la justificación en virtud de la cual se les permitiría perturbar libremente los derechos fundamentales de los titulares de datos personales? Claramente, de no existir otro interés primordial en juego (como podría ser un interés público de difundir la información), no corresponde liberar a los gestores del motor de búsqueda, como Google, de la responsabilidad que acarrea el ejercicio de su negocio.

Bajo la premisa anterior, estimamos que una interpretación correcta y moderna de las normas jurídicas vigentes en nuestro sistema jurídico permiten llegar a la conclusión de que el Derecho al Olvido sí se encuentra recono-

cido (ya sea como derecho autónomo o derivado de otros derechos), no solo respecto de quien almacena la información en su página web sino, también, de los gestores de los motores de búsqueda, quienes la propagan asociándola pública e indefinida al nombre de una persona determinada.

Los fallos de nuestros tribunales superiores de justicia no son muy alentadores, pues salvo en escasas excepciones, entienden que Google no es responsable al reenviar una determinada búsqueda a la fuente de origen, sin importar el tiempo transcurrido ni la situación actual en la que se encuentra una determinada persona.

Creemos que si existe vulneración a la honra de la persona y su familia por una determinada publicación que perdió cualquier tipo de interés nacional, el buscador de Internet debe, una vez requerido, bloquear dicha información por el derecho que le asiste a todas las personas a que se informe su situación actual (tal como lo ordena el artículo 9° de la ley N° 19.628), dejando aparte o en el olvido información que le perjudica.

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.

## BIBLIOGRAFÍA

- CORRAL, Hernán (2016): “El derecho al olvido en internet: antecedentes y bases para su configuración jurídica” en *Revista Jurídica Digital U Andes*, Vol. 1 N° 1 (2017): pp. 43-66.
- GALLO, Juan Antonio (2015): *El Derecho al Olvido en Internet. Una Propuesta de Solución: del caso de Google al big data* (USA, CreateSpace, Independent Publishing Platform).
- ICA, Rodrigo (2016): “El Derecho Fundamental al Olvido en la Web Y el Sistema Constitucional Chileno”, en *Estudios Constitucionales*, Año 14 N° 1: pp. 309-318 Disponible en [www.scielo.cl/pdf/estconst/v14n1/art10.pdf](http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v14n1/art10.pdf) [fecha de consulta: 17 de mayo de 2017].

## *Jurisprudencia*

- Corte de Apelaciones de California (1931): *Melvin v. Reid* 112 Cal. App. 285,297 Pac. 91, 1931.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso (2012): Rol N° 228-2012, 30 de julio de 2012.

Corte Suprema (2016): Rol N° 22.243-2015, de enero de 2016.

Corte de Apelaciones de Santiago (2014): Rol N° 45.790-2014, 25 de septiembre de 2014.

Corte de Apelaciones de Santiago (2014): Rol N° 61.833-2014, 3 de noviembre de 2014.

Corte de Apelaciones de Temuco (2015): Rol N° 1857-2015, 5 de agosto de 2015.

Corte de Apelaciones de Santiago (2017): Rol N° 14.966-2017, 18 de abril de 2017.

Corte de Apelaciones de Santiago (2017): Rol N° 127.959-2017, 12 de abril de 2017.

Corte de Apelaciones de Santiago (2017): Rol N° 127.496-2016, 27 de marzo de 2017.