

## 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

RODRIGO PICA F.

Magíster en Derecho Constitucional  
Profesor de Derecho Procesal Constitucional U. de Chile.  
Profesor de Derecho Constitucional U. Central.  
rodrigopica@hotmail.com

*RESUMEN: el presente trabajo analiza una sentencia que reconoce el denominado derecho al olvido en el sistema constitucional chileno, explorando sus fuentes, alcances y principios generales.*

*ABSTRACT: this paper analyzes a case recognising the right to be forgotten on the Chilean constitutional system, exploring its basis, consequences, and general principles.*

*PALABRAS CLAVES: derecho al olvido – protección de datos personales – publicidad en la web – derechos fundamentales – libre acceso a información.*

*KEYWORDS: right to be forgotten – personal data protection – publicity on the web – fundamental rights – free access to information*

### I. INTRODUCCIÓN

En sede de protección, con fecha 21 de enero, la Corte Suprema revocó –en votación dividida– una sentencia de primer grado y acogió la acción impetrada, proclamando el denominado “derecho al olvido” respecto de publicaciones en la web, en específico en un medio informativo, ordenando a la parte recurrida que debe eliminar el registro informático de la noticia que afecta negativamente al recurrente.

El presente comentario parte considerando que la introducción por vía jurisprudencial del derecho al olvido en la web es en sí mismo un avance y que la Tercera Sala de la Corte Suprema ha dado un paso adelante muy relevante y aportativo para el derecho chileno al determinar una construcción de este derecho desde nuestro sistema constitucional, con auxilio de fuentes internacionales. En aras de contribuir a su desarrollo y consolidación, el presente comentario hará un breve análisis crítico y constructivo de la metodología y fuentes usadas, del alcance y del contenido que en la sentencia se hace de este derecho, que por lo demás se encuentra en etapa de desarrollo y discusión en el mundo.

## II. EL CONFLICTO PLANTEADO

El actor de protección solicitó que se eliminara una publicación de un diario electrónico, de fecha 17 de agosto de 2004 y disponible en la web a la fecha de interposición de la acción, alusiva a su persona, en la que se señalaba que era oficial de Carabineros de Chile y que había sido procesado como autor del delito de abusos sexuales.

La sentencia aludida se hace cargo de una litis trabada en torno a un conflicto de derechos fundamentales estructurado de la siguiente forma:

1) El actor señala que la permanencia de dicha publicación no le ha permitido su reinscripción en la vida social en paz, al resultar estigmatizado con la información, afectando con ello no sólo a su persona, sino que también a toda su familia, motivo por el cual estima vulnerados sus derechos a la integridad física y a la protección a la vida privada de él y su núcleo familiar, agregando que el medio le ha requerido la firma de un finiquito con renuncia de acciones a cambio de eliminar la publicación, en lo que consideró un acto de extorsión, con elementos adicionales en la información que no serían verídicos.

2) El diario “El Mercurio” se defendió invocando el ejercicio legítimo de la libertad de informar, más aún si el actor de protección no negó el hecho de haber sido procesado, agregando que la denominada Ley de Prensa (Nº 19.733) contempla procedimientos especiales para conocer de los hechos denunciados, como lo son el de aclaración o rectificación, como asimismo se encuentra regulada la eliminación de antecedentes penales por parte del Registro Civil por el Decreto Supremo Nº 64, de 27 de enero de 1960.

## III. ¿UN CLÁSICO CONFLICTO DE DERECHOS?

A pesar de lo precedentemente expuesto, la intención de la Tercera Sala de la Corte Suprema fue descartar el conflicto de derechos<sup>1</sup>, en la medida en que la sentencia afirma: “*No debe escudriñarse una real colisión entre dos garantías constitucionales aparentemente contrapuestas, a saber: el derecho al olvido, como protección del derecho a la integridad síquica y a la honra personal y familiar, frente al derecho de informar y de expresión*” (cons. 5º). En lugar de ello, el razonamiento de la Corte Suprema en este caso fluyó por la vía de “*determinar si tiene cabida*

---

<sup>1</sup> Sobre las tesis negacionistas de los conflictos de derechos, ver, en nuestro medio, ORREGO (2010), pp. 311-342. Sobre las tesis que admiten la existencia de los conflictos de derechos, ver, en nuestro medio, BERTELSEN (2010).

*en nuestro ordenamiento jurídico —y en este caso con afectación de una garantía constitucional— de lo que en doctrina se ha dado en llamar ‘el derecho al olvido’ y que se refiere sustancialmente a que una persona pueda aspirar a la eliminación de una información desfavorable sobre sí misma que le provoque perjuicios actuales y que se contenga en los sistemas informáticos disponibles, y ello por una razón plausible” (cons. 3º).*

Sin embargo, la misma sentencia razonará sobre la base conflictivista, al decir que, por una parte, la mantención de la información en los motores de búsqueda y registro “*evidentemente constituye un legítimo ejercicio de su derecho a expresión, también protegido por la misma Constitución Política*”, pero que “*la colisión entre dos derechos constitucionales como los aludidos, aún si llegara a existir, debería ceder actualmente en beneficio del derecho a la reinserción social del que ha delinquido y de su derecho a mantener una vida privada que le posibilite, como asimismo el derecho a la honra y privacidad*” (cons. 5º).

#### IV. EL DENOMINADO “DERECHO AL OLVIDO”

En la misma sentencia se reconoce que para determinar la existencia, alcance, garantías y límites del “derecho al olvido”, “*no existe, por ahora, una solución legislativa expresa sobre este tema*” (cons. 4º). En ese contexto, el derecho al olvido en clave de derecho fundamental debe ser entendido como una categoría jurídica, cuya fuente normativa ha de ser la Constitución, en alusión al concepto formal de derechos fundamentales, que entiende como tales aquellos derechos subjetivos reconocidos como tales en una norma jurídica de carácter fundamental, recogidos como una categoría jurídica con una posición de superioridad en el sistema de fuentes<sup>2</sup>, lo que obligaría a extraerlo como consecuencia o contenido de una norma constitucional.

Así, el mismo considerando de 4º de la sentencia parece buscar una fuente constitucional más o menos directa del “derecho al olvido” en los artículos 1º y 19, numerales 4º y 5º de la Constitución, al señalar que “*no resulta difícil advertir en él su compromiso con la protección del honor, la dignidad y vida privada de las personas*”. Por otra parte, también podemos decir que este derecho podría derivar del derecho a la autodeterminación informativa, entendida como “el derecho de las personas a controlar sus datos personales, incluso si éstos no se refieren a su

<sup>2</sup> PRIETO (1990), pp. 15-17.

intimidad”<sup>3</sup>, transformando a la garantía jurisdiccional de protección, por esta vía, en un verdadero *habeas data*.

El derecho al olvido en la presente sentencia es conceptualizado siguiendo doctrina española, en específico el considerando 5º señala que “siguiendo al autor catalán Pere Simón Castellano, *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*’ (Castellano, Pere Simón: ‘El régimen constitucional del derecho al olvido en Internet’, en ‘Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet. Actas del VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 11-12 de julio de 2011’, Huygens Editorial, Barcelona, 2011, pp. 391-406”.

Sin ser éste un ensayo respecto de las tendencias jurisprudenciales de este derecho, debemos señalar que existen otras definiciones y fuentes. Por ejemplo, este derecho es proclamado recientemente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a partir de la normativa de tratamiento de datos personales<sup>4</sup>, declarando expresamente que Google realiza dicha actividad, lo que da derecho a los ciudadanos a pedir el retiro de sus datos de la indexación y del motor de búsqueda.

A este respecto, en la sentencia comentada solamente se dice, en términos genéricos, que “*la jurisprudencia, principalmente extranjera ya ha desarrollado una serie de criterios importantes, que la legislación de los países ha consagrado, para resolver algunos de estos conflictos*” (cons. 5º).

En España, uno de los primeros lugares donde se construye este derecho en un sistema de derechos fundamentales cerrado y de consagración explícita-formal, se ha dicho que “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

<sup>3</sup> RAJEVIC (2010), p. 4.

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) en el caso Google Spain, S.L., Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, de fecha 13 de mayo de 2014.

Para ver el texto de la sentencia: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=256577>

Europeo de Derechos Humanos, y al honor; bien como proyección del derecho a la protección de datos”<sup>5</sup>.

Esta conceptualización de fuentes es particularmente relevante, pues en nuestro sistema no lo tenemos consagrado expresamente, lo que nos obliga a recurrir a la Convención Americana de Derechos Humanos y a la protección de datos y de la intimidad en la Carta Fundamental para descubrir una fuente formal, ejercicio que es efectuado explícitamente en el fallo en comento, debiendo agregarse que además la Corte Suprema fue más allá, al fijar, a su juicio, la fuente conceptual de este derecho en el orden penal, *“donde el derecho al olvido se desarrolló por primera vez”* (cons. 4º), haciendo una analogía con el olvido de antecedentes penales versus el no olvido en internet, al afirmar que *“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”*.

El fallo argumenta que el derecho al olvido sería una suerte de derecho de rectificación o cancelación de uso de datos en la web y abre la ventana a una “ilegitimidad sobrevenida” del uso de información y noticias por el paso del tiempo y desnaturalización de su uso frente a cambio de circunstancias, en la medida que se afirma que *“el ‘derecho al olvido’ –en verdad derecho a la cancelación, rectificación u oposición respecto de la utilización informática de un dato personal– está intrínsecamente vinculado a su utilización, en términos que si en un momento fue legítima, luego del transcurso de un tiempo determinado ha dejado de serlo; y cuyo efecto ineludible a su expiración es que debe ser borrado”* (cons. 4º). 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”<sup>6</sup>.

Cabe señalar que el derecho al olvido puede llegar a ser un derecho de rectificación o cancelación de uso de datos en la web, pero no debe confundirse con el

<sup>5</sup> MIERES (2014), p. 12.

<sup>6</sup> La expresión no es mía, ver ZÁRATE (2013), p. 2.

derecho de rectificación de informaciones por el injustamente aludido u ofendido por ellas a que alude el numeral 12º del artículo 19 de la Constitución Política y regulado por la ley N° 19.733, el cual 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.

## V. PRINCIPIOS GENERALES

Dentro de los principios generales que se podrían extraer de esta sentencia, se encuentran los siguientes:

– El respeto por la vida privada y la honra no se suspenden ni siquiera en sedes penal y mercantil, en la medida en que la legislación permite eliminar y hacer caducar antecedentes, con un fin de reinserción (en el considerando 4º se citan el Decreto Supremo N° 64, de 27 de enero de 1960, sobre eliminación de las anotaciones penales después de un breve tiempo, las leyes N° 19.812 y 20.575, sobre vencimiento de registros informáticos bancarios, y la ley N° 19.628, sobre protección de datos personales).

– Dentro del contenido de este derecho se encontraría el “*evitar la diseminación de información personal pasada que, habiendo dejado de cumplir su finalidad, es capaz de producir un daño en la persona*” (cons. 4º).

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

– Es el punto anterior el que hace imperioso determinar que el derecho al olvido aparecerá siempre en clave conflictivista con otro derecho fundamental: la libertad de informar, con la especificidad de la libre circulación de información en la web como principio general, frente a la cual se responderá con el derecho al olvido si se es el titular de los datos.

## VI. USO DE FUENTES INTERNACIONALES, DERECHO COMPARADO Y EXTRANJERO EN LA SENTENCIA COMENTADA

Uno de los aspectos más destacables de este fallo es que recurre a fuentes de derecho internacional. En primer lugar, en el considerando 4º:

– la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, citando su artículo 12 (“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”).

– la Convención Americana de Derechos Humanos, citando sus artículos 5º, Nº 1 (“Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”), 11, Nºs. 1 y 2 y 3 (“Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”; “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”, y “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”, respectivamente).

Por otra parte, en el mismo razonamiento se cita la “Propuesta de Reglamento General de Protección de Datos Personales” de la Comisión Europea, del año 2012, normativa de la Unión Europea, actualmente un proyecto en estado de tramitación y discusión<sup>7</sup>, mas no una norma aprobada y vigente, que fue elaborada al amparo del artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 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<sup>8</sup>.

## VII. CONCLUSIONES

1) La Corte Suprema ha dado un paso adelante al introducir el derecho al olvido en la web en sede de protección, partiendo de la base de que el uso legítimo de información y noticias puede volverse lesivo por el paso del tiempo y de manera sobrevenida.

<sup>7</sup> El proyecto se puede consultar en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0011:FIN:ES:PDE>.

<sup>8</sup> NOGUEIRA (2010), p. 331.



2) Dicho derecho no tiene en Chile una configuración autónoma, por lo que es menester encontrar su fuente formal para entenderlo en clave de derecho fundamental.

3) Su fuente formal encontraría su sustento en el reconocimiento del derecho a la intimidad –en instrumentos nacionales e internacionales–, en el derecho a la autodeterminación informativa y en la función de reinserción del derecho penal.

4) El derecho al olvido no debe ser confundido con el derecho de rectificación del numeral 12° del artículo 19 de la Constitución Política, regulado por la ley N° 19.733, el cual se predica sólo respecto de los medios de prensa, respecto de informaciones erradas u ofensivas, pues el derecho al olvido se predica respecto de toda la web y respecto de informaciones y datos sin distinción de veracidad.

5) La garantía jurisdiccional idónea para el derecho al olvido, erigiéndose como un verdadero *habeas data*.

6) Aunque se quiera, no parece factible eludir la clave de conflictos de derechos fundamentales para poder llegar al derecho al olvido. La sentencia en comento se pone por objetivo eludir la lógica conflictivista y no lo logra.

7) El derecho al olvido aparece como un límite a la libertad de informar y a la libre circulación de información en la web, permitiendo reconocer que de manera sobrevenida ésta se puede volver lesiva de derechos fundamentales.

8) La sentencia en comento utiliza, sin necesidad, una norma que no es parte de nuestro sistema de fuentes del derecho.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BERTELSEN SIMONETTI, Soledad (2010): *Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales* (Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 42), p. 195.
- MIERES MIERES, Luis Javier (2014): *El derecho al olvido digital*, Fundación Alternativas, Madrid, p. 12.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2010): *Derechos y garantías constitucionales* (Santiago, Editorial Librotecnia), tomo II, p. 331.
- ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal (2010): “Supuestos conflictos de derechos humanos y la especificación de la acción moral”. (*Revista chilena derecho*, vol. 37, n. 2, pp. 311-342). [fecha de consulta: 28 de abril de 2016]. [Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S071834372010002000005&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071834372010002000005&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-3437. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372010000200005>].



- PRIETO SANCHÍS, Luis (1990): *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid, Editorial Debate.
- RAJEVIC MOSLER, Enrique (2010): *Protección de datos y transparencia en la Administración Pública chilena: Inevitable y deseable ponderación*, Corporación Expansiva, Santiago.
- ZÁRATE ROJAS, Sebastián (2013): “La problemática entre el derecho al olvido y la libertad de prensa”, Derecom, ISSN-e 1988-2629, N° 13 (mar-may), Madrid, p. 2.

## NORMAS JURÍDICAS CITADAS

- Ley N° 19.733, sobre libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo. *Diario Oficial*, 4 de junio de 2001.
- Ley N° 19.812, sobre protección de la Vida Privada, *Diario Oficial*, 13 de junio 2002.
- Ley N° 20.575, sobre el principio de finalidad en el tratamiento de datos personales, *Diario Oficial*, 17 de febrero 2012.
- Ley N° 19.628, sobre protección de datos personales, *Diario Oficial*, 28 de agosto de 1999.
- Decreto Supremo N° 64, Reglamenta la eliminación de prontuarios penales, de anotaciones, y el otorgamiento de certificados de antecedentes, *Diario Oficial*, 27 de enero de 1960.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (10 de diciembre de 1948, París), citando su artículo 12.
- Convención Americana de Derechos Humanos, citando sus artículos 5º, N° 1 (“Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”), 11, N°s. 1, 2 y 3.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).
- Propuesta de Reglamento General de Protección de Datos Personales de la Comisión Europea, del año 2012.

## JURISPRUDENCIA CITADA

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) en el caso Google Spain, S.L., Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, de fecha 13 de mayo de 2014.