

DOCTRINA

Repensando el derecho al olvido y la necesidad de su consagración legal en Chile

*Rethinking the right to be forgotten and the need for its inception
in the Chilean legal system*

Leonardo Ortiz Mesías 

Universidad Alberto Hurtado, Chile

Pablo Viollier 

Universidad Diego Portales, Chile

RESUMEN El debate sobre la implementación del «derecho al olvido» se ha concentrado en los requisitos y excepciones que esta figura debe considerar para no vulnerar otros derechos, como la libertad de expresión, el acceso a la información y el ejercicio del periodismo. Este artículo busca tomar distancia y preguntarse si su consagración legal, en términos del proyecto de ley en actual discusión, es adecuada para abordar los problemas asociados a la persistencia y ubicuidad de la información en internet. Sobre la base de estadísticas comparadas, la revisión de la literatura y jurisprudencia nacional, el artículo concluye que es preferible encauzar estas disputas a través de la acción de protección, antes que incorporar esta figura en nuestra legislación de datos personales.

PALABRAS CLAVE Derecho al olvido, libertad de expresión, datos personales, derechos humanos, autodeterminación informativa

ABSTRACT The discussion around the “right to be forgotten” has focused on the requirements and exceptions this figure should consider so as not to infringe on other rights, such as freedom of expression, access to information and the exercise of journalism. This article takes two steps back, and asks whether the inception of this figure, in terms proposed today, is the correct way to address the problems associated with persistence and ubiquity of information on the internet. Based on comparative statistics, the review of literature and the analysis of national jurisprudence, this article concludes that it is preferable to channel these disputes through our so called “acción de protección”, rather than incorporating this figure in our data protection legislation.

KEYWORDS Right to be forgotten, freedom of expression, data protection, human rights, informative self-determination.

Introducción

Internet es un sistema global de dispositivos interconectados, una especie de red de redes. Su diseño técnico e institucional fue pensado desde su creación para propender a la materialización de dos principios: i) la *descentralización*, ya que su infraestructura poco jerarquizada evita la existencia de nodos centrales y, de esta forma, busca impedir que un actor en particular tenga control sobre toda la red, dotándola de mayor resiliencia ante cualquier ataque; y ii) la *neutralidad*, en razón de la cual los protocolos de internet están diseñados para tratar bajo un mismo parámetro a todos los dispositivos que se conecten a la red y los paquetes de información que viajen por ella (Peña Ochoa, 2013: 7). De esta forma, se evita que los controladores de la infraestructura y los proveedores de servicio de internet puedan bloquear, priorizar o discriminar cierto contenido por sobre otro.¹

Estas características han transformado a internet en el fenómeno mundial que definió la historia de los últimos treinta años, revolucionando radicalmente la forma en que nos comunicamos, interactuamos, buscamos información y nos desenvolvemos en la economía global.² Sin embargo, como toda transformación social, la utilización de esta tecnología ha significado una serie de desafíos regulatorios y escenarios que pueden afectar o limitar el ejercicio de los derechos de las personas.

Uno de estos desafíos está determinado por la persistencia y ubicuidad de la información, una vez que esta es «subida» a internet y se encuentra disponible públicamente.³ A diferencia de los formatos análogos, que por la naturaleza de su soporte tienden a que la información se vuelva menos disponible con el tiempo (los libros se dejan de vender y se almacenan en estanterías, los carteles de las calles son removidos, los periódicos se degradan y solo pueden ser consultados en bibliotecas públicas, etcétera), la información almacenada en formato digital puede, en teoría, mantenerse disponible *ad infinitum*, en especial teniendo en consideración que el costo marginal de reproducción y respaldo de la información digital tiende a cero (Rifkin, 2014).

1. Chile fue el primer país del mundo en consagrar a nivel legal el principio de neutralidad en la red para los consumidores y usuarios de internet, a través de la promulgación de la Ley 20.453, en 2010. Un buen análisis del principio de neutralidad en la red puede ser revisado en Pickard y Berman (2019).

2. Un buen desarrollo sobre cómo internet ha modificado los patrones de producción y socialización en los últimos treinta años puede encontrarse en Benkler (2006).

3. Por *persistencia* de la información, nos referimos al período extendido en el tiempo que esta puede encontrarse en internet y la dificultad para poder «bajarla» de la red. Por *ubicuidad* de la información, nos referimos a su disponibilidad, la que puede ser accedida por cualquier dispositivo, en cualquier lugar del mundo, sin mayores barreras o dificultades.

Esta característica de internet se ve maximizada por su carácter de red global y unitaria; cualquier individuo puede acceder a toda la información que se encuentra compartida en la web. A su vez, esta tarea se ve facilitada por la emergencia de los motores de búsqueda (Google, Yahoo, Bing, etcétera), intermediarios cuya función es indexar la información de forma que vinculan los términos de búsqueda ingresados por los usuarios con la información contenida en la web, a través de etiquetas, algoritmos y otras técnicas de procesamiento de datos (Figuroa, 2014).⁴ Se produce de esta forma lo que Rodolfo Figuroa (2014: 334-360) denomina como una «accesibilidad aumentada» de la información, lo que genera un efecto multiplicador del daño que su publicidad puede producir. El resultado es un repositorio global de información altamente accesible, resiliente y persistente en el tiempo.

Esta es una de las grandes fortalezas de internet como red global. Sin embargo, bajo ciertas circunstancias, ha significado un perjuicio para individuos que han visto cómo la accesibilidad y persistencia de cierta información afecta el ejercicio de sus derechos. La existencia prolongada en el tiempo de determinado contenido puede perjudicar a los individuos, en la medida que este pierda relevancia, deje de reflejar la realidad o se vuelva caduco; esto puede afectar derechos como la honra, la protección a la vida privada, la posibilidad de reinsertarse en la vida económica y social, así como el bienestar psicológico del individuo (Martínez, 2015: 108).

A la fecha, la principal iniciativa regulatoria que ha buscado abordar este problema social proviene de Europa, inicialmente como criterio jurisprudencial, con la dictación del fallo *Google Spain SL, Google Inc. con Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González*,⁵ y luego como figura regulatoria a partir de la promulgación del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (RGPD).⁶ De esta forma, la Unión Europea ha optado por entregarle herramientas a las personas afectadas por la persistencia y la ubicuidad de información que les perjudica en internet a través de la consagración del llamado «derecho al olvido» en su legislación de protección de datos personales.

En un *sentido tradicional*, la figura del derecho al olvido ha estado vinculada a mecanismos que permiten a los individuos eliminar ciertos antecedentes que impiden su reinsertión en la sociedad, como la eliminación de antecedentes penales o comerciales, lo que ha tenido recepción normativa en nuestro sistema jurídico desde

4. A su vez, los motores de búsqueda pueden clasificarse en tres subcategorías: buscadores jerárquicos, directorios y metabuscadores (Tramullas y Olvera-Lobo, 2001).

5. Sentencia del caso *Google Spain SL, Google Inc. con Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-131/12, 13 de mayo de 2014.

6. Reglamento (UE) 2016/679 General de Protección de Datos, 27 de abril de 2016, disponible en bit.ly/3c8ZXoy.

hace varias décadas (Corral Talciani, 2017: 4-7; Figueroa, 2014: 264 y ss.).⁷ En un *sentido actual*, el derecho al olvido se vincula a la propuesta de otorgar a los titulares de datos personales la posibilidad de solicitar, a través del ejercicio del derecho a cancelación de datos personales, a los motores de búsqueda de internet desindexar cierto contenido vinculado a sus datos personales que le genere perjuicio. De esta forma, se busca que la información errónea, caduca o que dejó de ser relevante deje de aparecer vinculada a la identidad del titular cuando terceras personas ingresan sus datos personales como criterio de búsqueda en servicios de Google, Yahoo, Bing o Duckduck Go, por ejemplo. Es a esta segunda acepción de derecho al olvido a la que —para efectos metodológicos— se abocará el presente artículo.

Este derecho —a solicitar que los motores de búsqueda desindexen ciertos resultados que contengan información perjudicial que pueda ser vinculada a una persona en particular— ha sido abordado regularmente a través de la disciplina jurídica del derecho de protección de datos personales. En nuestro medio, el principal fundamento normativo en la materia está dado por las disposiciones de la Ley 19.628 de 1999, sobre Protección de la Vida Privada. En la práctica, el derecho al olvido en internet —como veremos más adelante— no es otra cosa que una definición de política pública que declara a los motores de búsqueda como responsables de bases de datos, lo que permite que los titulares de datos personales puedan hacer efectivo su derecho a cancelación de estos datos respecto del buscador.

La influencia europea no se ha hecho esperar en nuestro país. Durante la tramitación del proyecto que busca reformar la Ley 19.628 y crear una Agencia de Protección de Datos Personales,⁸ se incluyó —a través de una indicación— una definición de *motor de búsqueda* que tiene por objeto declararlos expresamente como responsables de tratamiento de datos personales.⁹

Aunque usualmente se ha adoptado la figura del derecho al olvido a través de la aplicación de las normas de protección de datos personales, la experiencia comparada muestra que la aplicación concreta de este derecho en dichos términos ha gene-

7. Véase el Decreto 64 de 1960, del Ministerio de Justicia, que reglamenta la eliminación de pron-
tuarios penales, de anotaciones, y el otorgamiento de certificados de antecedentes; el Decreto Ley 409
de 1932, del Ministerio de Justicia, que establece normas relativas a reos; y el Decreto 950 de 1928, del
Ministerio de Hacienda, que regula el funcionamiento del Boletín Comercial.

8. Boletín 11.144-07, 15 de marzo de 2017, disponible en bit.ly/2ZetMaE.

9. Parte importante de la literatura comparada dedicada al estudio del derecho al olvido ha desarrolla-
do su análisis sobre la base de si corresponde considerar a los motores de búsqueda como responsables
de bases de datos. En honor a la síntesis, este trabajo no ahondará en esa problemática, por lo que baste
señalar que la definición contenida en el proyecto de ley —en su estado actual— zanjará dicha discusión,
al hacer aplicable la legislación de protección de datos personales y el ejercicio de los derechos ARCO a
los motores de búsqueda. Se trata, entonces, de una verdadera consagración del derecho al olvido digital
en nuestra legislación.

rado importantes problemas al momento de ponderar los derechos constitucionales en juego, en particular la honra y la protección a la vida privada, ante otros derechos, como el acceso a la información y la libertad de expresión (Dulong de Rosnay y Guadamuz, 2016).

Por ello, y con la intención de presentar nuestros hallazgos como una orientación para el proceso legislativo, en este trabajo haremos un análisis crítico respecto a la aproximación al fenómeno de la persistencia de la información y su afectación a los individuos que hasta hoy ha sido abordada desde la perspectiva del derecho a la protección de datos personales. De esta forma, se pretende examinar si la aproximación regulatoria europea en nuestro país es efectivamente la más idónea para enfrentar el problema social que el derecho al olvido busca abordar, o si existen otros mecanismos jurídicos que permitan un balance más adecuado de los derechos fundamentales y bienes jurídicos en juego. Este ejercicio busca determinar a qué entidad le debería corresponder resolver las reclamaciones de los afectados, evaluando las consecuencias jurídicas e institucionales de las distintas alternativas de política pública, para así tomar posición por aquella que permita efectivamente ponderar los derechos involucrados.

Para responder la interrogante que este trabajo se ha propuesto, el análisis se organiza bajo la siguiente estructura: primero, se analiza la figura jurídica del derecho al olvido desde su surgimiento a partir de la jurisprudencia europea, su relación con la protección de datos personales, la manera en que interactúan los actores en el ecosistema de internet y las modalidades técnicas para su aplicación. Luego, se examina en términos prácticos este derecho, incluyendo un análisis sobre los efectos de su aplicación a la fecha en Europa, único continente en que existen estadísticas disponibles sobre este tipo de solicitudes de desindexación por parte de motores de búsqueda, con miras a determinar si esta alternativa regulatoria asegura que la aplicación de medidas restrictivas de derechos fundamentales como la desindexación están siendo implementadas solo para casos cuya gravedad justifique una medida de estas características. Posteriormente, se examinan las consecuencias jurídicas de concebir al derecho al olvido bajo la aplicación de la Ley 19.628 de protección de datos personales y, en especial, como manifestación del derecho de cancelación o, inclusive, bajo la alternativa de declarar a los motores de búsqueda como responsables de bases de datos. Se advertirán las dificultades de optar por este mecanismo, pues la decisión bajo estos procedimientos se efectúa en términos binarios (acceder o no a la cancelación), lo que impide una genuina ponderación de los intereses en juego y, además, recae en un ente privado que adolece de imparcialidad y que puede decidir bajo consideraciones extrajurídicas. Finalmente, se presenta una alternativa dogmática y procedimental distinta para abordar el problema social producido por la persistencia y la ubicuidad de la información en internet. En concreto, se propone que el derecho al olvido sea abordado desde una óptica de derechos fundamentales

y de los supuestos teóricos desarrollados por el derecho constitucional al efecto. En términos adjetivos, se propone que la acción de protección es el actual mecanismo jurídico que permite dicha concreción, analizando la jurisprudencia nacional disponible a la fecha. El texto concluye que aquel procedimiento da cuenta de soluciones que otorgan aplicación de medidas menos lesivas que la desindexación bajo una óptica de derechos fundamentales, como la actualización de contenidos u otras medidas en la capa de contenidos, a la vez que se ven superadas las debilidades de imparcialidad en la decisión.

El derecho al olvido

El derecho al olvido como derecho de cancelación

En el medio nacional, se he estudiado el derecho al olvido desde una perspectiva conceptual, adscribiéndolo —o no— a una pertenencia a determinados fundamentos normativos, así como advirtiendo ciertos desafíos derivados de su reconocimiento en relación con eventuales conflictos con otros derechos previstos por nuestro ordenamiento jurídico. En la actualidad, solo los libros de Anguita (2016), Reusser (2018) y Labrador y Carter (2018) abordan en exclusiva esta materia. En lo que respecta a artículos académicos, únicamente los trabajos de Zárate (2013), Muñoz (2015), Leturia, (2016), Pica (2016, 2019), Corral Talciani (2017) y Vivanco (2017) estudian el derecho al olvido desde una perspectiva general e indagatoria.

Al determinar los fundamentos que otorga nuestro ordenamiento jurídico para reconocer este derecho, se esgrime, principalmente, que este deriva del derecho fundamental a la *autodeterminación informativa*, mediante el cual el titular de la información tendría el derecho de decidir cómo y bajo qué condiciones sus datos pueden ser recopilados y procesados, y, en consecuencia, solicitar su eliminación o cancelación cuando su publicación ya no se encuentre justificada o ya no se cumplan los fines perseguidos al momento de su recolección (Muñoz, 2015). Una postura distinta estima que el derecho al olvido estaría en proceso de configuración como un *derecho de la personalidad*, lo que tiene directa conexión con el derecho al respeto a la vida privada o intimidad y, en ciertos casos, basado en el derecho a la honra solo en cuanto exista un menoscabo a la fama o reputación del individuo (Corral Talciani, 2017). En esta última postura, cobran relevancia la ponderación y la proporcionalidad de las medidas efectuadas tendientes a satisfacer el derecho al olvido (Anguita, 2016: 31 y ss.; Corral Talciani, 2017: 17-19; Leturia, 2016: 96-97).

Concebir al derecho al olvido como ejercicio del derecho a la autodeterminación informativa implica entender que parte de la información procesada por los motores de búsqueda constituye —en lo relevante para su actividad como buscadores— un dato personal. En este sentido, el titular de dichos datos, mediante el ejercicio del

derecho de protección de datos personales, tiene una serie de facultades reconocidas a nivel comparado como *derechos ARCO* (Reusser, 2018: 99 y ss.).¹⁰ Bajo dicha concepción, el derecho al olvido ha sido atribuido conceptualmente al mero ejercicio del *derecho de cancelación* por parte del titular del derecho de protección de datos personales (Muñoz, 2015: 2016). Esta facultad ha sido definida como aquella que tiene el titular de datos personales para «pedir la eliminación o supresión de los datos de carácter personal que pudieran resultar innecesarios o excesivos, o cuya tenencia carezca del consentimiento del interesado o del fundamento legal que justifique su utilización» previendo como límite que «los datos de carácter personal deban ser conservados para el cumplimiento de una obligación impuesta sobre la persona responsable del tratamiento por la legislación o, en su caso, por las relaciones contractuales entre la persona responsable y el interesado» (Reusser, 2018: 95).

En el ámbito específico del derecho al olvido, el derecho de cancelación importa su ejercicio en razón de los participantes del ecosistema digital de que se trate: i) una solicitud de cancelación o desindexación de información a los *motores de búsquedas de internet*, por considerarlos como responsables del tratamiento de bases de datos (cuyo actor con posición dominante en el mercado es Google); ii) así como la solicitud de cancelación o eliminación de información a los responsables de la publicación de dicha información (autor o publicador), que la mayor parte de las veces está ligada, principalmente, a la labor de los *medios periodísticos* de publicación e información de hechos noticiosos. En la presente investigación nos centraremos en el primero de dichos agentes, esto es, la desindexación de información en motores de búsqueda de internet, sin perjuicio de las referencias que podamos efectuar a propósito de solicitudes de eliminación de información contra medios periodísticos en aquellos casos en que resulte ilustrativo.

Son las características propias de la libertad de información, precisamente, las que determinan las dificultades de considerar el derecho al olvido como un mero ejercicio del derecho de cancelación por parte del titular del derecho a la autodeterminación informativa. En efecto, no es tan sencillo desde la perspectiva democrática, de la memoria histórica o, al menos, desde el respeto a otros derechos involucrados, como las libertades de opinión e información, que el titular de cierta información que reviste el carácter de hecho noticioso solicite su eliminación o desindexación, puesto que su ejercicio no requiere de mayor fundamento, mientras que el responsable está obligado a tomar una *decisión binaria*: acceder o no a la cancelación solicitada.¹¹

10. Los derechos ARCO deben su denominación a las iniciales de cada uno de los derechos que ostenta el titular de datos personales: derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. Por otra parte, en el derecho comparado han emergido nuevos derechos, como el de portabilidad de los datos, consagrado en el RGPD de la Unión Europea (artículo 20).

11. La libertad de expresión, de conformidad al artículo 19 numeral decimosegundo de la Constitu-

Por eso, cuando hablamos de derecho al olvido, existen otras precisiones a las que debemos atender más que solamente a aquellas derivadas de la autodeterminación informativa. Para ello, y con miras a una mejor aproximación de las implicancias jurídicas en el desarrollo y estudio del derecho al olvido, es necesario exponer brevemente la manera en que este derecho surgió a nivel comparado y cómo aquellas circunstancias pueden resultar más o menos ilustrativas de conformidad a las particularidades que nuestro ordenamiento jurídico reviste para su tratamiento y recepción. Como han indicado con elocuencia Zweigert y Kötz (2002: 9), «siempre que se proponga adoptar una solución de origen extranjero que se reputa como mejor, conviene plantearse dos preguntas: primero, si ha resultado satisfactoria en su país de origen y, segundo, si funcionará en el país donde se propone su implementación», debido a las diferencias propias de cada sistema jurídico al que dicha solución debe adaptarse.

Surgimiento del derecho al olvido

La discusión relativa a la existencia de un derecho al olvido en internet tiene como antecedente inicial la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2014 en el caso *Costeja*. En dicho caso, el diario español *La Vanguardia* había publicado varios años antes una inserción sobre un remate de inmuebles, producto del embargo practicado contra Mario Costeja González. No fue sino hasta el año 2009 que el diario decidió digitalizar y publicar en su sitio web todas sus ediciones, lo que en consecuencia provocó que, al digitar el nombre del afectado en el motor de búsqueda Google, aparecía el aviso y su calidad de deudor por una antigua obligación ya solucionada. Por ello, en 2010, Mario Costeja solicitó a Google eliminar el resultado de búsqueda de su nombre al enlace del diario, pero la compañía rechazó su solicitud. Ante la negativa, Costeja acudió a la Agencia Española de Protección de Datos

ción, 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— (Banda, 2002: 126; Charney, 2016; García, Contreras y Martínez, 2016: 666). Lo cierto es que la 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» (Vivanco, 2017: 352). 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. Michael Oghia, «Information not found: The “right to be forgotten” as an emerging threat to media freedom in the digital age». CIMA Digital Report, 9 de enero de 2018, disponible en bit.ly/2TEdmYk.

(AEPD) para solicitar, por una parte, que ordene al periódico la eliminación o modificación del aviso de su sitio web; y, por otra, que ordene a Google la desindexación de su nombre de los resultados de búsquedas para no volver a ser asociado a los enlaces del periódico.

La AEPD rechazó el reclamo respecto del periódico. Sin embargo, acogió la solicitud respecto a Google, declarándolo responsable del tratamiento de datos personales, por lo que los titulares de dichos datos tienen la facultad de ejercer su derecho a cancelación. Google impugnó la decisión, argumentado que su rol como buscador lo transforma en un mero intermediario de la información, por lo que no correspondía aplicarle las normas de la Directiva 95/46 de Protección de Datos Personales de la Unión Europea (hoy reemplazada por el RGPD).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea confirmó la decisión de la AEDP, y estableció un derecho al olvido de los titulares de datos personales.¹² Transcurrido el primer mes de la decisión, Google recibió alrededor de 70.000 solicitudes para desindexar o eliminar más de 250.000 resultados de búsquedas que vinculaban a personas de la Unión Europea con información a la cual podrían ser asociadas (Jones: 2016: 27). Fue una decisión que permitió, en términos generales, hacer frente rápidamente a las amenazas causadas por la persistencia de la información, lo que brindó una solución a un conflicto jurídico sin precedente.

Sin embargo, ¿es esta la mejor solución legislativa para abordar los problemas sociales asociados a la persistencia de la información en línea? ¿O sencillamente se trata de la mejor estrategia procesal que adoptó el abogado de Costeja para tutelar eficazmente los intereses de su cliente? Esto es relevante, pues concebir el derecho al olvido como el mero ejercicio del derecho de cancelación puede llevar —como veremos— a consecuencias prácticas y jurídicas indeseadas.

Precisando ciertos aspectos técnicos del ecosistema digital

Para entender contra quién se puede hacer efectivo el derecho al olvido y qué efectos producirá la decisión de *ser olvidado*, es necesario conocer desde una perspectiva técnica el rol de los actores relevantes del ecosistema digital.

En términos sencillos, internet funciona bajo un modelo de tres capas (Vera Hott, 2013: 161): una capa física (infraestructura), una capa lógica (estándares y protocolos) y una capa de contenidos (interacciones y contenidos disponibles a los usuarios). En estas participan varios actores del ecosistema digital, quienes tienen asignadas tareas y responsabilidades, bajo un modelo de múltiples partes interesadas (*multistakeholders*) (Dutton, 2015). Entre ellos podemos encontrar cuerpos técnicos, empresas privadas, Gobiernos, agencias, organizaciones de la sociedad civil y organizaciones

12. Un buen resumen de los antecedentes del caso *Costeja* puede ser consultado en Anguita (2016: 15-22).

internacionales.¹³ Esto permite la gobernanza del ecosistema digital, caracterizada por un complejo entramado de organizaciones de distinta naturaleza, con el objetivo de mantener un equilibrio de responsabilidades que permitan que internet no sea administrado o controlado de forma centralizada.

La concepción clásica de los motores de búsqueda ha entendido que estos participan del ecosistema digital en calidad de intermediarios. Es decir, cumpliendo el rol de conectar a los usuarios de internet con el contenido alojado en distintos sitios web a través de palabras claves. Este estatus de mero intermediario es desafiado por la regulación del derecho al olvido digital, la que establece que al momento de indexar la información contenida en la web, los motores de búsqueda están realizando un tratamiento de datos personales y le son aplicables los deberes y disposiciones contenidas en la regulación de datos personales.

De esta forma, la regulación de protección de datos personales impacta directamente en la asignación de responsabilidades al interior del ecosistema de internet. Si antes los motores de búsqueda solo tenían como tarea el vincular términos de búsqueda con contenido almacenado por terceras partes, al implementarse el derecho al olvido, pasan a convertirse en guardianes (*gatekeepers*) en la capa de contenidos, encargados de decidir cuándo cierta información debería estar disponible en sus resultados de búsqueda y cuándo no.

Modalidades del derecho al olvido

La capacidad de los actores para cumplir eficazmente con las exigencias derivadas del derecho al olvido variará según los efectos y objetivos que deseen ser alcanzados en términos de la compatibilidad de los derechos o intereses contrapuestos que están en juego. Para ello, creemos útil ilustrar las modalidades del derecho al olvido según las categorías propuestas por Cortés e Isaza (2018: 6-13).

i) *Motores de búsqueda de internet*. La manera concreta en que opera el derecho al olvido puede ser observada desde dos perspectivas distintas: la desindexación y la degradación en el ranking de búsqueda (Cortés e Isaza, 2018: 6-8).

Primero, la *desindexación de información (total o parcial)* supone, en términos corrientes, restringir los resultados arrojados en un motor de búsqueda al momento de ingresar determinados términos de búsqueda. La *desindexación total* es aquella que impide el acceso a ciertos enlaces específicos de sitios webs, aunque la información aún esté disponible, lo que dificulta sustancialmente las posibilidades de acceder al contenido. Es el equivalente a aquella desindexación hecha mediante la técnica «robots.txt», que puede ser aplicada por el autor de la información. La *desindexación*

13. «These organisations are shaping the internet: The most important internet governance actors», Internet Governance Forum, 23 de mayo de 2019, disponible en bit.ly/3yOAeEJ.

parcial supone la restricción de resultados de búsqueda de contenidos en la web, mediante la digitación de ciertas palabras claves, subsistiendo la disponibilidad del contenido mediante los motores de búsqueda al digitar otras etiquetas que no sean objeto de dicha restricción. Este tipo de desindexación es la que ocurrió en el ya aludido caso *Costeja*.

Segundo —como bien han ilustrado Cortés e Isaza al aludir a un conocido meme de internet que señala que «el mejor lugar para ocultar un cadáver es en la segunda página de los resultados de búsqueda de Google»—, la *degradación en el ranking de búsqueda* supone, conforme a cierta información estadística, que las posibilidades de acceder a la información buscada disminuirán mientras más abajo aparezca en dichos resultados. Sin embargo, indican los autores, a la fecha esta solución no ha sido ordenada por ninguna autoridad.

ii) *Autor o proveedor de contenido de internet*. Para el autor o proveedor de contenido en internet, las modalidades del derecho al olvido pueden ser observadas en términos de eliminación de la información, seudonomización y desindexación total o parcial de la información búsqueda (Cortés e Isaza, 2018: 8-12).

La *eliminación de información* constituye la medida más radical como modalidad del derecho al olvido respecto al contenido. En concreto, «si [la eliminación] se aplica en el lugar donde se alojan los datos y la información —en el dominio del sistema—, repercute sobre todas las demás capas y afecta a todos los usuarios. En cambio, si la eliminación se aplica únicamente al acceso público, la información seguirá disponible para quienes se mueven en el dominio de la organización (es decir, se mantiene la información en un sistema cerrado)» (Cortés e Isaza, 2018: 9).

La modalidad de *seudonomización* del derecho al olvido está encaminada a que el autor de la información publicada oculte el nombre real de una persona, lo cambie por otro o haga públicas únicamente sus iniciales.

Por último, la *desindexación* («robots.txt» y *metatags*), se trata de una modalidad de derecho al olvido mediante el cual el autor de la publicación (por ejemplo, un medio de comunicación) le da una instrucción al motor de búsqueda de no indexar una sección o URL específica de su sitio, las cuales son efectuadas mediante mecanismos técnicos conocidos como «robots.txt» y *metatags*.

El «robots.txt» es un protocolo de exclusión mediante el cual una página de internet le instruye a los motores de búsqueda qué páginas de su sitio web no desea que sean indexadas, esto es, que dichos enlaces no aparezcan en los resultados bajo ningún término de búsqueda. En este sentido, el uso de «robots.txt» implica una desindexación total de información. El uso de *metatags*, por su parte, permite una desindexación parcial de la información en un sitio web, mediante el uso de etiquetas que responden a cierta parte de la información contenida que no se desee aparezca en los resultados de los motores de búsqueda.

Precisados los aspectos técnicos de los distintos actores en el ecosistema digital de cara a la configuración del derecho al olvido, se analizarán las consecuencias prácticas y jurídicas de optar su configuración como un derecho ARCO para hacer frente al problema social de la ubicuidad de la información.

Consecuencias prácticas

Teniendo en consideración que la aplicación del derecho al olvido a los motores de búsqueda tiene el potencial de restringir el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de información y afectar la labor de los medios de comunicación, su aplicación debe ejecutarse marginalmente, optando en lo posible por medidas menos lesivas a derechos en conflicto. Cabe preguntarnos, entonces, si en términos empíricos la desindexación ha sido adoptada de esta manera por los motores de búsqueda.¹⁴

En el mercado de motores de búsqueda de internet, cuatro son los actores que tienen una mayor cuota de participación. El primer lugar lo ocupa Google, con cerca de 92% de participación. El 8% restante en el mercado lo ostentan Yahoo, Bing y Baidu.¹⁵ Con estos antecedentes, se procedió a determinar la existencia de formularios mediante los cuales los usuarios de la Unión Europea —en conformidad con el caso *Costeja*— puedan solicitar a los motores de búsqueda de internet la desindexación de cualquier información que contenga o haga referencia a sus nombres y que les pueda resultar perjudicial. A partir de ello, fue posible hallar formularios de solo tres de los motores de búsqueda con mayor participación en el mercado: Google,¹⁶ Yahoo¹⁷ y Bing.¹⁸ En el caso de Baidu, motor de búsqueda de origen chino, la inexistencia de un formulario se debe probablemente a que la mayoría de sus operaciones están concentradas en dicho país, por lo que no le es aplicable la normativa europea.¹⁹

En relación con las solicitudes de cancelación de datos personales recibidas por

14. Como prevención metodológica, cabe advertir que, para efectos de este análisis, se tomaron en consideración aquellas estadísticas disponibles en la Unión Europea, puesto que, a nivel nacional, los motores de búsqueda no cuentan con un formulario habilitado que permita a sus usuarios ingresar solicitudes de desindexación.

15. Rosa Fernández, «Cuota de mercado de los motores de búsqueda *online* usados desde ordenadores de sobremesa a nivel mundial de enero de 2014 a enero de 2021», Statista, marzo de 2021, disponible en bit.ly/3fEGtmQ.

16. «Formulario para solicitar la retirada de información personal», Google, disponible en bit.ly/3fDPbBD.

17. «Solicitud para bloquear resultados de búsqueda en Yahoo Search: Recursos para residentes europeos», Yahoo, disponible en bit.ly/3uQKR6F.

18. «Solicitud para bloquear resultados de búsqueda en Bing en Europa», Microsoft Bing, disponible en binged.it/2Rc6h09.

19. «iQIYI», Baidu, disponible en ir.baidu.com/iqiyl.

Google,²⁰ la empresa declara haber recibido, al 1 de septiembre de 2019, un total de 868.822 solicitudes de desindexación. Esas solicitudes tienen por objeto la desindexación o cancelación de 3.444.311 URL distintas. De estas, el 19,1% corresponde a noticias, mientras que el 51,4% corresponde a redes sociales. A su vez, respecto de la cantidad total de URL que se solicitó desindexar, Google declara haber aceptado el 54%, esto es, 1.859.927 URL.

Respecto de los fundamentos por los cuales Google puede denegar información, la empresa indica que se puede deber a «motivos materiales, como la existencia de soluciones alternativas, razones técnicas o URL duplicadas. También es posible que determinemos que la página contiene información de interés público».²¹ Esto no es más que el cumplimiento de lo dispuesto por el RGPD, que establece como excepciones al derecho el ejercicio de la libertad de información; cuando sea necesario para el cumplimiento de una obligación legal; la información de interés público con fines de salud; con propósitos de archivo del interés público, científico, histórico o estadístico; y para el establecimiento de ejercicio y defensas legales (artículo 17).

Por su parte, Bing —buscador perteneciente a Microsoft— declara que entre el 24 de mayo de 2014 y junio de 2019, recibió 33.002 solicitudes de desindexación de contenido de población europea y rusa, correspondiente a 101.666 URL diferentes. Respecto de estas últimas, Bing declara haber aceptado la cancelación de 44% de las URL a las que se solicitó su desindexación.²² Por su parte, Yahoo no cuenta con un informe que entregue datos en esta materia.

Como se muestra en la **tabla 1**, en la sumatoria de la información proporcionada por ambas empresas, es posible sostener que fueron emitidas en total 901.824 solicitudes de desindexación, las que, a su vez, contemplaban la desindexación de 3.545.977 URL diferentes. Respecto de estas URL, en total 1.924.486 fueron desindexadas por los motores de búsqueda, es decir, el 54% de las URL solicitadas.

La evidencia expuesta sugiere, *prima facie*, que la desindexación de contenidos en motores de búsqueda no está siendo utilizada como una herramienta de *ultima ratio*, como corresponde ante una solución de efecto general y que puede tener importantes repercusiones en el ejercicio de derechos fundamentales. Si bien en términos cuantitativos no es posible determinar si la cantidad de solicitudes es elevada o no en relación al universo de usuarios de motores de búsqueda, sí lo es en términos cualitativos, puesto que la decisión de desindexación no solo tiene en consideración

20. «Retiradas de resultados de búsqueda en aplicación de la normativa europea sobre privacidad», Google, Informe de Transparencia, disponible en bit.ly/2SHFmK5.

21. Esto demuestra que son los motores de búsqueda los que han de determinar, en definitiva, qué es y qué no es *información de interés público*.

22. «Content removal request report», Microsoft, Corporate Social Responsibility, disponible en bit.ly/3wJokqC.

Tabla 1. Solicitudes de desindexación recibidas por Google y Bing en la Unión Europea entre mayo de 2014 y septiembre de 2019

	Google	Microsoft Bing	Total
Solicitudes de indexación	868.822	33.002	901.824
URL solicitadas	3.444.311	101.666	3.545.977
Desindexaciones aceptadas	1.859.927	44.558	1.924.486
Porcentaje de aceptación	54%	44%	54%

Fuente: Elaboración propia a partir de los informes de transparencia de Google y Microsoft Bing.

potenciales vulneraciones a derechos de los solicitantes, sino también de otros criterios extrajurídicos —como veremos— y, además, porque naturalmente, al tratarse de una fórmula binaria, dichos agentes no tienen otra alternativa para conciliar sus intereses con los de los solicitantes. En otras palabras, si bien una investigación más acuciosa sería necesaria para establecer un vínculo causal en relación al universo de usuarios de internet respecto de aquellos que efectúan en realidad solicitudes de desindexación, las estadísticas evidencian que más de la mitad de ellas son aceptadas, lo que sugiere en términos proporcionales que existe un sobrecumplimiento (*overcompliance*), eventualmente provocado por el temor de incurrir en multas o sanciones por parte de las agencias de protección de datos europeas.

Desde el punto de vista de los motores de búsqueda, es posible sugerir la existencia de incentivos económicos para acceder a un porcentaje mayor de solicitudes de desindexación en primera instancia que las que corresponde. Esto, puesto que cada solicitud que se rechaza en primera instancia le puede significar un proceso de judicialización a los motores de búsqueda ante tribunales o la agencia de protección de datos respectiva, según correspondiere. Esta judicialización acarrea costos económicos, administrativos, de uso de recursos humanos y la posible exposición a importantes multas bajo el RGDP. Lo mismo es predicable desde el ejercicio del derecho a cancelación previsto por la Ley 19.628. En cambio, desindexar una URL implica poner fin al procedimiento, lo que evita asumir cualquier costo económico y responsabilidad jurídica ulterior.²³

Desde el punto de vista de los solicitantes, también existe un incentivo a presentar solicitudes infundadas o con falta de mérito en su formulación, ya que la solicitud se materializa mediante un formulario sencillo disponible en internet y que no requiere de intervención de un abogado, lo que propicia falsos positivos. Esto, pues el derecho de cancelación puede ser ejercido discrecionalmente por el titular sin invocar

23. Lamentablemente, no es posible analizar el mérito del contenido de las solicitudes de desindexación que los motores de búsqueda reciben en primera instancia, ya que esa información no se encuentra disponible.

fundamento alguno, producto de su pertinencia al derecho a la autodeterminación informativa. Autores como Cotino (2015: 418) han advertido que aquello puede generar «más fácilmente una censura, puesto que la reacción más sencilla ante la falta de medios es retirar todo contenido que se solicita por un particular». En apoyo de esta postura, Daphne Keller, exfuncionaria de Google, evidenció en un estudio que

los intermediarios reciben muchos pedidos falsos de eliminación de datos. En el contexto del «derecho al olvido», Google revela que le han pedido eliminar 1,6 millones de páginas web, y que alrededor del 57% de dichas solicitudes no argumentan un reclamo jurídico válido conforme la extensa Ley del Derecho al Olvido de la Unión Europea. El buscador Bing de Microsoft también declara que más de la mitad de los pedidos que recibe relacionados con el derecho al olvido son injustificados [...] A fin de contrarrestar el problema de eliminaciones excesivas, los legisladores y defensores de los derechos humanos de todo el mundo han desarrollado normas de procedimientos para notificaciones y bajas. Dichas normas, que incluyen penalidades por notificaciones de mala fe y oportunidades para que las partes acusadas se «contranotifiquen, se proponen controlar la eliminación excesiva de datos» (Keller, 2017: 181-182).

Quedan en evidencia, de esta forma, las consecuencias prácticas de concebir el derecho al olvido únicamente desde el punto de vista del derecho de cancelación, pues, pese a tratarse de una medida restrictiva de otros derechos, no constituye en los hechos una medida de *ultima ratio* a ejercer por motores de búsqueda, ni tampoco asegura la seriedad de la pretensión por parte de solicitantes.

Consecuencias jurídicas

Consecuencias de aplicar el derecho al olvido bajo la legislación de protección de datos personales

Un estudio riguroso de la implementación de nuevas figuras regulatorias no puede solo llevar a cabo un análisis jurídico y abstracto, sino que debe tener en consideración las consecuencias en el ecosistema digital que su introducción puede generar, traducidas en las dificultades que emergen de la implementación del derecho al olvido bajo el prisma exclusivo de protección de datos personales. Dichas dificultades se traducen en que: i) el acceder o no a la eliminación es una decisión binaria; ii) dicha decisión es ejecutada por un privado (los motores de búsqueda), que puede estar motivado por razones extrajurídicas o económicas; y iii) dicha decisión, en términos de debido proceso, es tomada finalmente por un agente carente de imparcialidad, al ser los motores de búsqueda «juez y parte».

La desindexación es una decisión binaria

El ejercicio del derecho de cancelación solo permite dos opciones al responsable del tratamiento de datos personales: *acceder o no a la cancelación*, esto es, una decisión de tipo binaria. Por regla general, el ejercicio de la cancelación es de carácter personal y no requiere ser fundado, pues, como recuerda el artículo 13 de la Ley 19.628, «no puede ser limitado por ningún acto o convención». Dado su carácter autónomo, no se exige que se configure una afectación del derecho a la honra o la intimidad de la persona para su ejercicio, entregando la libertad discrecional al titular para elegir o controlar el tratamiento de sus datos que terceros pueden o no realizar. De este modo, se garantiza «la facultad del individuo de decidir básicamente por sí solo sobre la difusión y utilización de sus datos personales» (Piñar, 2009: 89), lo que a su vez impide que las personas sean víctimas de instrumentalización, reducidas a simples medios para la consecución de fines privados o estatales (Cohen, 2000: 1.408).

Esta técnica legislativa cobra sentido respecto de los efectos relativos de un derecho ARCO, que rara vez afectan a terceros. En contraposición, esta aproximación al ejercicio de la autodeterminación informativa resulta particularmente deficiente para la aplicación del derecho al olvido, toda vez que —por su efecto general— la mayoría de las veces existirán intereses contrapuestos entre su ejercicio y el impacto que esto puede tener en los titulares de la libertad de información (O’Hara, 2015: 75). Bajo este prisma binario, el motor de búsqueda no tiene otra alternativa, y se ve imposibilitado de implementar una solución alternativa que concilie sus intereses con los del solicitante e, inclusive, con los del resto de los usuarios de los navegadores. Esto es desfavorable desde una perspectiva de derechos fundamentales porque, aunque Google —por ejemplo— desee conciliar los derechos de todos los agentes utilizando medidas menos lesivas, no le es posible, en atención al lugar que ocupa en el ecosistema digital.

La desindexación es una decisión de un privado que puede tener fundamentos extrajurídicos

Invocar el derecho al olvido para solicitar la cancelación de una URL en clave de autodeterminación informativa se traduce, en términos jurídicos, en su ejercicio contra el responsable de bases de datos (el motor de búsqueda), mediante el cual el titular solicita a este que evalúe y acceda a la solicitud de desindexación. Si el responsable no se pronunciará dentro de plazo o denegare la solicitud, podrá recurrir al juez de letras en lo civil respectivo (artículo 16 de la Ley 19.628).²⁴ En otras palabras, la enti-

24. De esta forma, los titulares solo podrán acceder a un organismo independiente y jurisdiccional en segunda instancia, la que —como hemos visto a partir de la evidencia disponible en Europa— es estadísticamente reducida, ya sea porque muchas de las solicitudes son aceptadas en primera instancia,

dad a la que corresponderá estudiar los antecedentes y tomar una decisión sobre la desindexación de un contenido en internet será siempre —en primera instancia— el responsable de base de datos, en este caso el motor de búsqueda; es decir, una empresa privada como Google, Yahoo o Bing. Es solo en el caso de que el motor de búsqueda niegue la solicitud o no se pronuncie sobre ella en un plazo de dos días hábiles, que el titular puede recurrir ante los tribunales civiles —o la Agencia de Protección de Datos, una vez que entre en vigor el proyecto de ley— para exigir una decisión distinta. Esto es particularmente relevante porque, como dimos cuenta, un porcentaje importante de las solicitudes son aceptadas en primera instancia, es decir, exclusivamente al arbitrio del motor de búsqueda.

Esta consecuencia institucional de la aplicación de la legislación de protección de datos personales resulta inoficiosa en al menos dos aspectos. Ya que la resolución de solicitudes de desindexación muchas veces implica una colisión de distintos derechos fundamentales —como la honra, la protección a la vida privada, la libertad de expresión y el acceso a la información—, entregarle en primera instancia a los motores de búsqueda la tarea de sopesar los antecedentes y decidir si debe darse curso a la solicitud implica entregar a una entidad privada la tarea de ponderarlos. Cotino es especialmente crítico en este punto, al advertir que se ve mermada la libertad de información y su acceso efectivo a internet el que una decisión como esta quede sometida a criterios privados, «ya sean los criterios de los afectados por la información que solicitan la retira de masivos contenidos, ya sea de Google a la hora de estimar o no las solicitudes de retirada» (Cotino, 2015: 419).

Por otra parte, y aunque debiese ser un ejercicio de ponderación de derechos el que concilie los intereses de los distintos actores, solo hay un camino a seguir. Pese a ello, más de la mitad de las solicitudes presentadas se acogen. La dificultad radica en que dicha decisión no solo está motivada por razones jurídicas, sino que, como sugieren los datos, pueden estar inducidas por temor a incurrir en multas o sanciones por parte de las agencias de protección de datos europeas. En otras palabras, decisiones motivadas por razones intrínsecas al hecho de que quien tome la decisión sea un privado, es decir, razones extrajurídicas que pueden ser de carácter económico o de otra índole.

La decisión de desindexar es tomada por un privado carente de imparcialidad

Una diferencia sustancial del ejercicio del derecho al olvido en relación con el ejercicio de derechos ARCO es que estos últimos, por regla general, producen efectos relativos, lo que en consecuencia afecta la decisión de acceder, rectificar u oponerse

o porque muchas de las solicitudes denegadas no son impugnadas ante la agencia de protección de datos correspondiente.

al procesamiento de un dato personal solo a su titular. En cambio, el acceder a la desindexación en motores de búsqueda o eliminación de contenido en internet produce efectos generales en el ecosistema digital. La privatización de esa labor en empresas conllevaría en nuestro medio, por ejemplo, a permitir que sean Google, Yahoo y Bing quienes decidan qué debe y qué no debe estar disponible en internet, lo que afectaría los presupuestos democráticos de la libertad de información.

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.²⁵ 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.²⁶ 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. Como advierte Cotino, a propósito del caso europeo:

Un [...] problema fundamental es que queda en manos de una compañía privada no europea y con sus obvios intereses corporativos, buena parte de los contenidos e información a la que se accede *de facto* en internet. Y por mucho que haya mecanismos institucionales para corregir sus criterios, en la mayor parte de los casos, el criterio que adopte Google será el que rijan en la mayor parte de sus contenidos. Ni tan siquiera se le pone una guía o criterio a partir del cual concretar sus criterios propios (Cotino, 2015: 426).

Advertidas las dificultades prácticas y jurídicas de encauzar el derecho al olvido bajo el prisma exclusivo del derecho de protección de datos personales en términos de un derecho de cancelación, corresponde, entonces, estudiar alguna solución alternativa coherente con nuestro sistema y tradición jurídicos, que privilegie la armonía y ponderación de los distintos derechos fundamentales en tensión.

25. «The “right to be forgotten”: Remembering freedom of expression», Article 19, 2016, p. 7, disponible en bit.ly/3pe9o4d.

26. Esto también es advertido por Keller (2017: 187-192), quien inclusive ha identificado que el proceso mismo de cancelación en motores de búsqueda, de conformidad al estándar establecido por la decisión del caso *Costeja* y lo dispuesto por el RGPD, no contiene garantías mínimas de un debido proceso, como la falta de un ente jurisdiccional, reglas de ponderación de derechos, notificaciones y derecho de oposición del ente publicador, etcétera.

Volver al derecho constitucional

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.

Bajo dicho presupuesto, la forma ampliamente difundida para solucionar colisiones de derechos fundamentales han sido las herramientas jurídicas y dogmáticas brindadas por el derecho constitucional, mediante la teoría de los derechos fundamentales.²⁷ En concreto, la decisión de cuál derecho —si aquel fundado en el derecho al olvido o de aquel fundado en la libertad de información— ha de ser preferido en un caso concreto debe efectuarse, en consecuencia, mediante el análisis y aplicación de la *ponderación*, así como del apoyo de la estructura teórica del *principio de proporcionalidad*.

Derecho al olvido y teoría de los derechos fundamentales

Si en vez de concebir el derecho al olvido como una consecuencia de la aplicación del derecho de cancelación, optamos por entenderlo como el ejercicio de un derecho fundamental autónomo, implica aceptar que este —dada su estructura de principio— es susceptible de colisionar con otros derechos y, en consecuencia, ser restringido o preferido por un juez en un caso concreto en desmedro o a favor del otro.²⁸ Este presupuesto teórico del derecho constitucional debe ser tenido en consideración al momento de optar por una eventual regulación legal del derecho al olvido, pues el derecho de cancelación no permite un ejercicio de ponderación al imponer una decisión binaria. Incluso, de acudir ante el juez civil (o la Agencia de Protección de Datos, a futuro) y eventualmente a la Corte de Apelaciones respectiva, dichas instancias jurisdiccionales deberán decidir a partir de lo dispuesto en la legislación de protección de datos personales, que, como hemos visto, protege preponderantemente el derecho a la autodeterminación informativa y la privacidad de los titulares, sin prever herramientas que permitan una ponderación de derechos en colisión.

27. Véase, en general, Aldunate (2008), Alexy (2017) y Contreras y Salgado (2017).

28. Para las discusiones teóricas y doctrinarias en lo relativo a los límites a los derechos fundamentales, véase, en general, Aldunate (2008: 232-267), Alexy (2017: 63-149, 239-297, 520-562) y Salgado (2017: 207 y ss.).

Como una manera de solucionar una eventual colisión de derechos, la dogmática constitucional ha determinado la aplicación de la teoría de los límites a los derechos fundamentales como la herramienta dogmática más eficaz al momento de decidir qué derecho prevalecerá o se preferirá su tutela jurídica en desmedro o desprotección del otro,²⁹ pues, además de restricciones constitucionales o habilitaciones legales expresamente establecidas en la Constitución, «existe una cláusula tácita, que deriva del carácter de principio de los derechos, en virtud de la cual todos los derechos pueden ser restringidos con el objeto de conciliarlos con los demás derechos y bienes jurídico-constitucionales» (Salgado, 2017: 243). Uno de los métodos teóricos propuestos para la conciliación de derechos fundamentales es la idea de *ponderación* de derechos (*balancing test*), cuyo postulado radica en que serán las circunstancias del caso concreto (circunstancias de peso), las que determinarán cuál derecho será preferido y cuál restringido (Aldunate, 2008: 273-274; Alexy, 2017: 70-79, 520-562).

La dificultad evidente de la ponderación, como bien ha advertido Aldunate (2008: 275), está dada por la inexistencia de criterios objetivos que permitan justificar que su aplicación a un caso concreto maximice la protección para cada uno de los derechos en colisión, lo que otorga, por tanto, un alto grado de discrecionalidad al juez para su solución. Ante dicha debilidad, Contesse propone como tesis —a la cual suscribimos— dar al *principio de proporcionalidad*, que la dogmática ha elucubrado a propósito de la teoría de los «límites a los límites de los derechos fundamentales»,³⁰ una función adicional de ponderación, pues «al enfrentar problemas de interpretación de los derechos echando mano a una cierta estructura escalonada de razonamiento, el test de proporcionalidad intenta dar coherencia a las decisiones que deben adoptar los tribunales. Junto con ello [...] sirve bien a la práctica constitucional de sociedades democráticas abiertas y plurales» (Contesse, 2017: 287). En lo que nos convoca, agrega que, «cuando dos derechos fundamentales entran en tensión [...], también es posible echar mano a la técnica de la proporcionalidad, de modo de poder determinar cuál de los dos derechos debe prevalecer» (Contesse, 2017: 289).

En efecto, cuatro son los elementos que la dogmática constitucional y jurisprudencia han establecido como integrantes del principio de proporcionalidad: fin legítimo, idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto

29. Sobre la colisión de derechos fundamentales, véase, en general, Aldunate (2008: 225-280) y Alexy (2017: 67-79).

30. Según la dogmática constitucional, la teoría de los límites a los derechos fundamentales tiene, a su vez, restricciones propias a la capacidad de limitar un derecho, que importan verdaderas garantías a las personas. Así, se conocen por «límites a los límites» a la garantía de reserva de ley, el respeto al principio de proporcionalidad y a su contenido esencial. Véase Aldunate (2008: 256-257), García, Contreras y Martínez (2016: 683) y Salgado (2017: 250-553).

(Contesse, 2017: 289). Siguiendo al mismo autor (Contesse, 2017: 285-322), el *fin legítimo* pretende identificar que la medida que limita un derecho fundamental persiga un fin conforme a derecho. En el juicio de *idoneidad o adecuación* importa determinar que la medida en examen satisface el objetivo de lograr la finalidad legítima perseguida (eficacia). Por su parte, el juicio de *necesidad* tiene por objeto determinar si la medida adoptada implica, dentro de otras medidas u opciones disponibles, la menos restrictiva de los derechos fundamentales involucrados (eficiencia). Por último, la *proporcionalidad en sentido estricto* implica determinar si, ponderados los derechos en colisión, la medida importe su mayor realización posible dentro de las posibilidades jurídicas determinadas por el caso concreto. En otras palabras, en este último nivel del test, el juez «deberá determinar cuál es el nivel de afectación en un derecho y, en ese examen, deberá determinar si dicha afectación se encuentra o no justificada por la importancia que el otro derecho tiene» (Contesse, 2017: 294).

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 (Anguita, 2016: 208).

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.

Derecho al olvido y acción de protección

La consagración legal del derecho al olvido «a la europea», como se dio cuenta, presenta debilidades que pueden ser superadas mediante la aplicación teórica de los *límites a los derechos fundamentales* y, en especial, de la ponderación y del *principio de proporcionalidad*, lo que da debida cautela a los intereses de la persona afectada por el fenómeno de la persistencia y ubicuidad de la información en internet; y permite, a la vez, que ello no implique poner en riesgo el derecho de acceso a la información de usuarios de navegadores de internet, la libertad de prensa de medios periodísticos digitales, la memoria histórica o el interés público.

Bajo este presupuesto, el texto constitucional vigente establece el principal mecanismo de tutela judicial de derechos fundamentales: la *acción de protección*. En este sentido, los intereses que pretende el llamado derecho al olvido en internet bien pueden ser satisfechos a través del ejercicio de esta acción constitucional bajo la tutela de los derechos previstos por el artículo 19, numeral cuarto de la Constitución,³¹ antes que aplicar las disposiciones de la Ley 19.628 bajo el prisma de un derecho de cancelación o bien declarar a los motores de búsqueda como responsables de bases de datos.

Sustantivamente, se trata de una acción judicial que permite ponderar los derechos fundamentales en colisión en atención a las circunstancias del caso concreto, con miras a determinar qué derecho ha de ser preferido y cautelado en desmedro del otro. Desde la perspectiva adjetiva o procesal, se trata de una vía jurisdiccional que goza de las condiciones necesarias para las garantías de imparcialidad e independencia en la acogida o rechazo de la acción de protección con ocasión de casos relacionados al derecho al olvido y, además, ofrece flexibilidad en las soluciones que la Corte puede adoptar para el restablecimiento del derecho y brindar la debida protección al afectado, que no necesariamente han de tener relación con una decisión binaria de ordenar o rechazar la cancelación o desindexación de información solicitada, lo que permite una genuina ponderación de derechos.

Con todo, y aunque la disciplina de protección de datos ha abordado el derecho al olvido digital desde las consideraciones normativas de la Ley 19.628, la discusión dogmática no se ha sincerado, pues lejos de ejercerse como un mero derecho de cancelación bajo dichas disposiciones legales, los tribunales superiores de justicia han debido conocer de cuestiones relativas al derecho al olvido con ocasión, precisamente, del ejercicio de la acción de protección.³²

31. En similar sentido se ha pronunciado Pedro Anguita. Sin embargo, este autor, y a diferencia de lo sostenido aquí, cree que dicha solución solo es útil «mientras no exista una adecuada ley de datos personales con autoridad de control» (Anguita, 2016: 44).

32. Por ello, no es casualidad que un libro que aborda en exclusiva el derecho al olvido en Chile tenga por título *Acciones de protección contra Google* (Anguita, 2016).

Conforme a lo dicho, se trata de un mecanismo que presenta una serie de ventajas procesales para el debido resguardo del derecho al olvido y su adecuada armonía con otros derechos o bienes constitucionales (Henríquez, 2018: 6-12):

i) Es un procedimiento de carácter informal. No requiere, por regla general, patrocinio ni intervención de un abogado (salvo en aquellos casos en que se soliciten alegatos o la Corte así lo ordenare); y se puede interponer por escrito en papel simple o a distancia por algún medio electrónico. Se trata de un procedimiento que no implica una barrera de entrada para el ejercicio del derecho, como sí lo es, por ejemplo, un proceso contencioso de carácter civil.

ii) Es un procedimiento de carácter inquisitorio. La Corte tiene discrecionalidad para indagar los actos u omisiones denunciados como ilegales o arbitrarios, y el agravio producido al legítimo ejercicio de los derechos al accionante. Si la Corte lo estima conveniente para los fines perseguidos por la acción, podrá decretar orden de no innovar y todas las diligencias que estime necesarias. Asimismo, el mérito probatorio de los antecedentes será apreciado conforme a las reglas de la sana crítica. Se trata de una característica elemental que permite un adecuado juzgamiento de la solicitud de cancelación o desindexación de información del titular de los motores de búsqueda de internet y plataformas digitales, puesto que aquello permite un debido ejercicio de ponderación de las posibilidades fácticas y jurídicas en un caso concreto al existir una colisión de derechos.

iii) Es un procedimiento esencialmente unilateral. No requiere la existencia ni la presencia de la contraparte, limitándose a establecer la obligación de emitir un informe sobre las conductas u omisiones ilegales o arbitrarias que se reclaman como vulneratorias de derechos.

iv) Amplitud del procedimiento. El tribunal puede adoptar cualquier clase de medidas tendientes a restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, aunque no aparezcan establecidas en ningún código ni hayan sido solicitadas por el recurrente. Se trata de la principal característica que permite armonizar la debida protección del derecho al olvido, sin dejar de lado otros intereses legítimos. En este aspecto, la Corte puede optar por medidas distintas o menos lesivas a la mera cancelación o desindexación de información en plataformas digitales o motores de búsqueda de internet, ordenando a los responsables, por ejemplo, la actualización de la información para la debida reinserción social del afectado. En términos similares a los expresados por Bertoni,³³ se trata de soluciones que la Corte puede adoptar en atención a distintos *niveles de capa de contenidos*, mediante el cual la actualización de la información implicaría el primero de dichos niveles, pasando por la indexación, hasta llegar al último de ellos, la eliminación o cancelación del contenido.

33. Eduardo Bertoni, «Una solución tecnológica para el problema de la responsabilidad de intermediarios», *Global Voices*, 30 de mayo de 2013, disponible en bit.ly/34HH2pQ.

Sin perjuicio de lo indicado, no pueden ser desatendidas las críticas que la acción de protección ha recibido. Desde un punto de vista sustantivo, se ha acusado de ser una «vía para la vulgarización de nuestro derecho», deformándolo y construyendo mediante aquel «una jurisprudencia en la materia basada en la pura equidad para el caso concreto y no siempre en derecho» (Bordalí, 2011: 59). Asimismo, «las decisiones judiciales de protección han impedido formar una dogmática constitucional consistente, afectando con ello la seguridad jurídica en materia de derechos fundamentales» (Bordalí, 2011: 59), producto del carácter de tutela de urgencia que ostenta. La discusión constituyente será sin duda el escenario para la reflexión y redefinición de las deficiencias de este procedimiento.

Con todo, y con prescindencia de la modalidad que adopte un eventual *amparo de derechos fundamentales* en una nueva constitución, los intereses constitucionales detrás y en colisión con el derecho al olvido en internet responden a *normas de derecho fundamental*, que han de ser tratadas bajo las categorías dogmáticas que el derecho constitucional ha desarrollado (Aldunate, 2008: 133-145; Alexy, 2017: 32-62; Álvez, 2017). En otras palabras, y a pesar del procedimiento cautelar de derechos fundamentales de que se trate en la resolución de casos de derecho al olvido, este ha de ser apto para un efectivo ejercicio de ponderación de los derechos en colisión, por parte de un ente independiente e imparcial, que adopte —y tenga la posibilidad de adoptar— soluciones proporcionales que tiendan a su armonía. La acción de protección, como veremos, permite hacer frente a dichas exigencias, lo que no es predicable bajo los términos binarios del derecho de cancelación.

Avances jurisprudenciales en el derecho al olvido

En el ámbito judicial, nuestra jurisprudencia ha debido enfrentarse a las cuestiones dogmáticas del derecho al olvido digital con ocasión del ejercicio de la acción de protección por parte de los afectados, tendientes a la tutela indirecta de este derecho fundamental principalmente mediante las garantías constitucionales del derecho a la honra y la protección a la vida privada previstas en el artículo 19, numeral cuarto de la Constitución.³⁴

En este sentido, en general las decisiones adoptadas por la jurisprudencia en materia de derecho al olvido en sede de protección han permitido ser una válvula de escape al problema social de la persistencia de la información, dando pie a soluciones que otorgan una adecuada armonía mediante la ponderación de estos derechos en

34. Sin embargo, también ha sido acogido mediante la tutela de otros derechos, como la integridad síquica o la libertad de trabajo. Véase, por ejemplo, sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 61.833-2014; y sentencias de la Corte Suprema, rol 22.243-2015, rol 11.746-2017, rol 19.134-2018 y rol 23.107-2018.

colisión. Sin embargo, es importante precisar que los primeros fallos en la materia fueron particularmente desprolijos en relación con la ponderación y proporcionalidad de estas decisiones en perjuicio de la libertad de información, aun pese a existir consideraciones de interés público de por medio, marcados por los casos *Jorge Abbott con Google y otros*, de 2012,³⁵ y por *Aldo Graziani Le-Fort con El Mercurio*, de 2016.³⁶

El caso *Abbott* —dos años antes del caso *Costeja*— implicó un punto de inflexión en nuestro medio, al permitir una discusión embrionaria respecto de la posible existencia de un derecho al olvido en nuestro ordenamiento jurídico. En el caso, la Corte de Apelaciones —aunque sin referirse explícitamente al derecho al olvido— accedió a la desindexación en los motores de búsqueda de internet y cancelación en plataformas digitales, y ordenó a Google la implementación de una serie de filtros de búsqueda sobre información referente al fiscal Jorge Abbott, en la que se le acusaba de cometer actos de corrupción y violaciones a derechos humanos, por afectar la honra de su persona y su familia «en consideración a que se imputa la comisión de delitos perseguibles de oficio o atribuyéndose una falta de moralidad, que importa un descrédito a la valoración social de todos ellos».³⁷

No fue sino hasta el caso *Graziani* que la Corte Suprema reconoció explícitamente la existencia del derecho al olvido a partir de las garantías constitucionales del derecho al honor y la protección a la vida privada.³⁸ En aquella ocasión, la Corte accedió a la eliminación de una noticia publicada por el diario *El Mercurio* que informaba de la presunta autoría de un delito de abuso sexual contra menores de edad por parte del recurrente, el mayor de Carabineros Aldo Graziani. La Corte estimó que, al haber transcurrido un tiempo superior a diez años *desde la publicación de la noticia*, la libertad de información «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 la posibilite, como asimismo el derecho a la honra y privacidad de su familia, en este caso de apellido fácilmente abordable y única, según se aduce».³⁹ En este caso en particular, es posible advertir una desprolija fundamentación por parte de la Corte, pues el caso no cumple con ninguno de los requisitos que suelen establecerse para la adecuada aplicación del derecho al olvido. En efecto, se trataba de un funcionario que —a lo menos— ejercía funciones públicas;⁴⁰ de un delito de interés público; además

35. Caso *Jorge Abbott con Google y otros*, Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 228-2012.

36. Caso *Aldo Graziani Le-Fort con El Mercurio*, Corte Suprema, rol 22.243-2015.

37. Sentencia del caso *Jorge Abbott con Google y otros*, considerando primero.

38. Sentencia del caso *Aldo Graziani Le-Fort con El Mercurio*, considerandos cuarto y quinto.

39. Sentencia del caso *Aldo Graziani Le-Fort con El Mercurio*, considerando quinto.

40. Vivanco (2017: 373) defiende que «el haber sido integrante de las Fuerzas Armadas no permite considerar, *a priori*, al interesado en estas sentencias como un personaje público al que se debiera considerar una excepción para optar al derecho al olvido [...], ya que estimamos ello se corresponde con los militares de más alta jerarquía».

de que el transcurso de tiempo que la Corte consideró para computar la procedencia del derecho al olvido fue contado desde la publicación de la noticia en 2004 (diez años), no desde que fue cumplida la condena en 2011 (cinco años), ejercicio que sí efectuó el voto disidente del fallo (Anguita, 2016: 106-109).

Con posterioridad a estos casos, han sido numerosas las sentencias en sede de protección que han abordado el derecho al olvido, tanto en relación con motores de búsqueda como medios de comunicación digitales. En lo que sigue, se analizará la evolución de la jurisprudencia nacional con fines meramente ilustrativos a las pretensiones de este artículo, esto es, la aplicación de una genuina teoría de derechos fundamentales en la recepción y configuración jurídica de este derecho.

Lo primero que ha de destacarse es 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,⁴¹ estableciendo inclusive soluciones menos lesivas, como el *deber de actualización de la información*, para el caso de medios de comunicación.⁴² También se ha rechazado la cancelación de la información pero ordenando su actualización, debido a que las sanciones administrativas impuestas forman parte de un registro público regulado por el ordenamiento jurídico,⁴³ 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.⁴⁴

Resulta encomiable que, en fallo reciente de la Corte Suprema, se reconoció explícitamente que la publicación en diarios electrónicos relativos a la comisión de delitos por parte de una persona implica la realización de una de las categorías de *diseminación de información* propuestas por Figueroa (2014: 334-360), en particular, su *accesibilidad aumentada*, puesto que «la información diseminada no es secreta, pero al ser puesta en cierto medio como internet, se genera mucha mayor publicidad, difusión y accesibilidad, incrementando el daño por revelación».⁴⁵ Ante ello, la Corte estimó que, a pesar de que la información publicada era de relevancia pública,⁴⁶ procede una solución alternativa a su eliminación, consistente en el «deber de actualización o

41. Los casos en que solo se ha resuelto a favor de la cancelación de información provienen de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 228-2012, y Corte Suprema, rol 22.243-2015; rol 39.972-2017 y rol 4.317-2019.

42. Esto ocurrió en Corte Suprema, rol 65.341-2016, considerandos noveno y décimo; rol 23.107-2018, considerando noveno; rol 8.543-2018, considerando quinto; y rol 18.818-2019, considerandos noveno, décimo, decimotercero y decimoséptimo.

43. Corte Suprema, rol 20.406-2018, considerando octavo.

44. Corte Suprema, rol 1.279-2019, considerandos tercero al séptimo.

45. Corte Suprema, rol 14.034-2018, considerando tercero.

46. Corte Suprema, rol 14.034-2018, considerando quinto.

contextualización de las noticias que, por el paso del tiempo, devienen incorrectas o incompletas, lesionando los derechos de los afectados».⁴⁷

Por el contrario, los casos de derecho al olvido en sede de protección que rechazaron la solicitud de eliminación o cancelación de información luego de efectuado el ejercicio de ponderación en el caso concreto, sin tampoco ordenar la actualización del contenido, han sido fundados por parte de la jurisprudencia, en diversos criterios:

Hechos de interés público. A partir del concepto de «interés público» previsto por el artículo 30 de la Ley 19.733, la Corte Suprema ha desestimado casos respecto de los cuales la información que se solicita eliminar versa sobre la comisión de delitos de abuso sexual y obtención de servicios sexuales de personas menores de edad mediante dinero, toda vez que ellos implican ilícitos de interés colectivo o general, el conocer y difundir para el resguardo de derechos de terceros.⁴⁸

Falta de transcurso de tiempo necesario. La Corte Suprema ha desechado casos en que, si bien ha transcurrido un tiempo de siete u ocho años desde la publicación de la noticia o información que se solicita eliminar, la situación procesal del recurrente ha sido aclarada o concluida de manera reciente.⁴⁹ En este sentido, la Corte computa el transcurso de tiempo necesario para acoger la pretensión del recurrente desde el cese de los hechos objeto de la información, no desde su publicación por parte del ente recurrido.⁵⁰

Inexistencia de regulación del derecho al olvido. La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia confirmada por la Corte Suprema, negó la existencia del derecho al olvido en nuestro ordenamiento jurídico, así como la existencia de «parámetros objetivos para decidir cuándo se accede a él y cuando no, qué cantidad de años deben haber transcurrido para a la petición y qué sucesos conforme a su naturaleza quedarán incluidos en aquella situación», razón por la que el conflicto planteado ha de ser debatido «en otra clase de procedimientos».⁵¹ Sin embargo, en otros casos, aunque se mantiene el criterio de la falta de regulación expresa de esta figura, se estima que el derecho al olvido se desprende de distintas disposiciones constitucionales en colisión, principalmente, del derecho a la honra y del derecho a la vida privada.⁵²

Irresponsabilidad de los motores de búsqueda de internet. Con independencia de

47. Corte Suprema, rol 14.034-2018, considerando sexto.

48. Corte Suprema, rol 11.746-2017, considerando séptimo; y rol 19.134-2018, considerando décimo. En igual sentido, Anguita (2016: 208).

49. Este es el criterio al que apuntaba el voto disidente en el caso *Graziani* (Anguita, 2016: 205).

50. Corte Suprema, rol 25.154-2018, considerando noveno; rol 25.159, considerando séptimo; y rol 5.493-2019, considerando noveno.

51. Corte de Apelaciones de Santiago, rol 75.504-2017, considerando vigésimo, y confirmada por Corte Suprema, rol 13.212-2018.

52. Véase, a modo ejemplar, Corte Suprema, rol 18.818-2019, considerando octavo; y rol 4.317-2019, considerando tercero.

que se estime procedente o no la actualización o eliminación de información contenida en plataformas digitales, jurisprudencia reciente de la Corte Suprema ha declarado que los motores de búsqueda —en este caso, Google— no son responsables del tratamiento de datos que terceros publican en la web,⁵³ por lo que desestimaron la acción de protección respecto de ellos, «toda vez que se “limita solo a indexar las páginas que se encuentren disponibles en internet para que millones de usuarios alrededor del mundo puedan acceder a dicho contenido desde sus propias fuentes”, razón por la cual la indexación —en sí misma— no puede ser considerada como un acto ilegal o arbitrario que constituya privación, perturbación o amenaza a algún derecho o garantía fundamental».⁵⁴

En síntesis, y de conformidad a la evolución jurisprudencial en el conocimiento de acciones de protección, las cortes han logrado aplicar el derecho al olvido bajo una óptica de derechos fundamentales, ponderando y priorizando soluciones armónicas con los derechos en colisión, como el deber de actualización de información. Pese a que los criterios jurisprudenciales para la procedencia y delimitación del contenido de este derecho aún no son del todo pacíficos, existe una preponderancia en no desatender la importancia de la libertad de información y la memoria histórica, tan relevantes en sociedades democráticas como la nuestra.

Objetivos como estos difícilmente podrán ser alcanzados mediante soluciones binarias que conciban al derecho al olvido en clave de autodeterminación informativa, cuya decisión se decida solo en términos de acceder o no a la cancelación de información, sin la aplicación genuina de una teoría de derechos fundamentales y sin las garantías mínimas de un debido proceso en la decisión por el responsable de datos personales. Aunque la acción de protección bajo el actual texto constitucional vigente presenta debilidades en atención a la vulgarización y falta de seguridad jurídica en la delimitación de contenido, hoy no existe otra herramienta jurídica que permita conciliar en términos de derechos fundamentales los intereses en pugna detrás del llamado derecho al olvido.

Conclusiones

Desde su estreno jurisprudencial y su consagración expresa en Europa, el derecho al olvido en internet ha generado un intenso debate académico, en particular respecto de su posible efecto adverso en el ejercicio de otros derechos fundamentales.

53. Corte Suprema, rol 8.543-2018, considerando sexto; rol 19.134-2018, considerando decimosegundo; y rol 18.818-2019, considerando decimoséptimo.

54. Corte Suprema, rol 19.134-2018, considerando decimosegundo. En el mismo sentido, véase Anguita (2016: 200-201). El autor observa al menos otros doce casos en sede de protección en que las cortes han rechazado las pretensiones de los accionantes contra Google, por acoger la tesis de intermediarios (Anguita, 2016: 121-196).

Sin embargo, las distintas propuestas que buscan hacer frente a las dificultades de la persistencia de la información en la red todavía se basan, en forma predominante, en el ejercicio de los derechos ARCO y la autodeterminación informativa para lograr que los titulares soliciten la desindexación de ciertos resultados de búsqueda que le generan perjuicio, lo que conlleva una serie de inconvenientes, tanto desde el punto de vista jurídico como práctico.

El estudio de las estadísticas disponibles sobre solicitudes de desindexación en Europa sugiere que este mecanismo no está siendo utilizado de forma excepcional, a lo menos en términos cualitativos respecto de la restricción que implica a otros derechos, ya que las solicitudes de desindexación son acogidas en más del 50% de los casos. Esto es preocupante, ya que al tratarse de una medida que puede afectar el acceso a la información de la población, esta debería adoptarse en forma exclusiva en casos cuya gravedad así lo justifique.

Al catalogar a los motores de búsqueda como responsables de base de datos, los titulares podrán hacer efectivo sus derechos ARCO a través del procedimiento establecido en la legislación de protección de datos personales. Esto presenta inconvenientes en materia de ponderación de derechos, ya que en la cancelación, al ser una decisión binaria, el agente responsable no tendrá otra alternativa a utilizar que concilie mejor los derechos o intereses del solicitante con los derechos e intereses de usuarios de los motores de búsqueda e, incluso, con los intereses propios. Por otra parte, esta solución presenta inconvenientes en términos de imparcialidad e independencia de quien toma la decisión, ya que corresponderá siempre a una empresa privada, en primera instancia, decidir entre hacer valer los intereses del titular de autodeterminación informativa frente a los titulares de los otros derechos en colisión.

El trabajo argumenta que, 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 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.

En términos adjetivos, la acción de protección —a diferencia de lo que ocurre con el derecho de cancelación— cumple con el propósito de permitir a los afectados recurrir a un ente jurisdiccional para la resolución de este tipo de disputas, al mismo tiempo que constituye un procedimiento expedito y no formalizado que está diseñado precisamente para la aplicación de los supuestos teóricos del derecho constitucional. Asimismo, este procedimiento permite a las cortes tomar cualquier medida para resguardar los derechos del recurrente junto a los titulares de los otros derechos en colisión, y ordenar medidas menos lesivas de derechos, como la actualización o la

contextualización de la información. En contraste, los responsables de bases de datos solo pueden decidir si aceptan o rechazan las solicitudes de desindexación. Con todo, y aunque la acción de protección bajo el actual texto constitucional vigente presenta debilidades en atención a la vulgarización y falta de seguridad jurídica del contenido de derechos, hoy no existe otra herramienta jurídica que permita conciliar en términos de derechos fundamentales los intereses en pugna detrás del llamado derecho al olvido.

Agradecimientos

Los autores agradecemos los desinteresados aportes y comentarios de Paulina Silva, Michelle Bordachar, Pablo Contreras, Jhenny Rivas y Francisco Bedecarratz a versiones preliminares de este trabajo. Con todo, los errores subsistentes son de nuestra entera responsabilidad.

Referencias


- ALDUNATE, Eduardo (2008). *Derechos fundamentales*. Santiago: Thomson Reuters.
- ALEXY, Robert (2017). *Teoría de los derechos fundamentales*. 2.ª edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ÁLVEZ, Amaya (2017). «Norma y tipicidad iusfundamental». En Pablo Contreras y Constanza Salgado (editores), *Manual sobre derechos fundamentales: Teoría general*. Santiago: Lom.
- ANGUITA, Pedro (2016). *Acciones de protección contra Google*. Santiago: Librotecnia.
- BANDA, Alfonso (2002). «Algunas consideraciones sobre derecho a la información y la “Ley de Prensa”». *Revista de Derecho (Valdivia)*, 13: 123-145. Disponible en bit.ly/3c9zYWY.
- BENKLER, Yochai (2006). *The wealth of networks*. Nueva York: Yale University Press.
- BORDALÍ, Andrés (2011). «El recurso de protección chileno al banquillo». *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 5 (27): 56-71. DOI: [10.35487/rius.v5i27.2011.79](https://doi.org/10.35487/rius.v5i27.2011.79).
- CHARNEY, John (2016). «La tensión entre la libertad de emitir opinión y la de informar y la horna de las personas: importancia y límites de la *exceptio veritatis*». *Revista de Derecho (Valdivia)*, 29 (2): 175-193. DOI: [10.4067/S0718-09502016000200008](https://doi.org/10.4067/S0718-09502016000200008).
- COHEN, Julie (2000). «Examined lives: Information privacy and the subject as object». *Stanford Law Review*, 52: 1.373-1.438. DOI: [bit.ly/3phgic1](https://doi.org/bit.ly/3phgic1).
- CONTESSE, Jorge (2017). «Proporcionalidad y derechos fundamentales». Pablo Contreras y Constanza Salgado (editores), *Manual sobre derechos fundamentales: Teoría general*. Santiago: Lom.
- CONTRERAS, Pablo y Constanza Salgado (editores) (2017). *Manual sobre derechos fundamentales: Teoría general*. Santiago: Lom.


- CORRAL TALCIANI, Hernán (2017). «El derecho al olvido en internet: Antecedentes y bases para su configuración jurídica». *Revista Jurídica Digital UANDES*: 43-66. DOI: [10.24822/rjduandes.0101.3](https://doi.org/10.24822/rjduandes.0101.3).
- CORTÉS, Carlos y Luisa Isaza (2018). «La implementación del “olvido digital”: El olvido de los detalles». En Agustina del Campo (compiladora), *Internet y derechos humanos 3: Aportes para la discusión en América Latina* (pp. 9-39). Buenos Aires: Universidad de Palermo.
- COTINO, 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 José Ignacio Bel Mallén y Loreto Corredoira (directores), *Derecho de la información: El ejercicio del derecho de la información y su jurisprudencia* (pp. 387-430). Madrid: CEPIC.
- DULONG DE ROSNAY, Mélanie y Andrés Guadamuz (2016). «Memory hole or right to delist? Implications of the right to be forgotten for web archiving». *RESET Social Sciences Research on the Internet*, 6: 1-22. DOI: [10.4000/reset.807](https://doi.org/10.4000/reset.807).
- DUTTON, William (2015). «Multistakeholder internet governance?». Documento de trabajo de Quello Center, núm. 2.615.596. DOI: [10.2139/ssrn.2615596](https://doi.org/10.2139/ssrn.2615596).
- FIGUEROA, Rodolfo (2014). *Privacidad*. Santiago: Ediciones UDP.
- GARCÍA, Gonzalo, Pablo Contreras y Victoria Martínez (2016). *Diccionario constitucional chileno*. Santiago: Hueders.
- HENRÍQUEZ, Miriam (2018). *Acción de protección*. Santiago: Der.
- JONES, Meg Leta (2016). *Ctrl+z: The right to be forgotten*. Nueva York: New York University Press.
- KELLER, Daphne (2017). «El “derecho al olvido” de Europa en América Latina». En Agustina del Campo (compiladora), *Hacia un internet libre de censura 2: Perspectivas en América Latina* (pp. 171-198). Buenos Aires: Universidad de Palermo.
- LABRADOR, María José y Edward Carter (coordinadores) (2018). *Google: Derecho al olvido y desafíos éticos en el escenario mediático digital*. Santiago: RIL.
- LETURIA, Francisco (2016). «Fundamentos jurídicos del derecho al olvido: ¿Un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos derechos fundamentales?». *Revista Chilena de Derecho*, 43 (1): 91-113. DOI: [10.4067/S0718-34372016000100005](https://doi.org/10.4067/S0718-34372016000100005).
- MARTÍNEZ, Juan María (2015). «El derecho al olvido en Internet: Debates cerrados y cuestiones abiertas tras la STJUE *Google vs AEPD* y *Mario Costeja*». *Revista de Derecho Político*, 93: 103-142. DOI: [10.5944/rdp.93.2015.15139](https://doi.org/10.5944/rdp.93.2015.15139).
- MUÑOZ, Ana María (2015). «Eliminación de datos personales en internet: El reconocimiento del derecho al olvido». *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 4 (2): 215-261. DOI: [10.5354/0719-2584.2015.37426](https://doi.org/10.5354/0719-2584.2015.37426).
- O'HARA, Kieron (2015). «The right to be forgotten: The good, the bad, and the ugly». *IEEE Internet Computing*, 19 (4): 73-79. DOI: [10.1109/MIC.2015.88](https://doi.org/10.1109/MIC.2015.88).

- PEÑA OCHOA, Paz (2013). *¿Cómo funciona internet? Nodos críticos desde una perspectiva de derechos*. Santiago: Derechos Digitales. Disponible en bit.ly/3fHxzoy.
- PICA, Rodrigo (2016). «El derecho fundamental al olvido en la web y el sistema constitucional chileno: Comentario a la sentencia de protección rol 22.243-2015 de la Corte Suprema». *Estudios Constitucionales*, 14 (1): 309-318. DOI: [10.4067/S0718-52002016000100010](https://doi.org/10.4067/S0718-52002016000100010).
- . (2019). «El derecho al olvido ante la Corte Suprema en Chile: Desde su reconocimiento a su denegatoria». En Gonzalo Aguilar (coordinador), *La evolución del derecho público en el siglo XXI*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PICKARD, Victor y David Berman (2019). *After net neutrality: A new deal for the digital age*. Nueva York: Yale University Press.
- PIÑAR, José Luis (2009). «Protección de datos: Origen, situación actual y retos de futuro». En Pablo Lucas Murillo y José Luis Piñar, *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- REUSSER, Carlos (2018). *Derecho al olvido: La protección de datos personales como límite a las libertades informativas*. Santiago: Der.
- RIFKIN, Jeremy (2014). *The zero marginal cost society: The internet of things, the collaborative commons, and the eclipse of capitalism*. Nueva York: St. Martin's Griffin.
- SALGADO, Constanza (2017). «Límites y restricciones a los derechos fundamentales». En Pablo Contreras y Constanza Salgado (editores), *Manual sobre derechos fundamentales: Teoría general*. Santiago: Lom.
- TRAMULLAS, Jesús y María Dolores Olvera-Lobo (2001). *Recuperación de la información en internet*. Madrid: Ra-Ma.
- VERA HOTT, Francisco Javier (2013). «Regulación internacional de internet: Una aproximación desde las capas de la red». *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 3 (2): 155-185. DOI: [10.5354/0719-2584.2014.35396](https://doi.org/10.5354/0719-2584.2014.35396).
- VIVANCO, Ángela (2017). «El derecho al olvido y el eventual poder que tenemos sobre nuestra propia "historia"». En *Sentencias destacadas 2016* (pp. 349-382). Santiago: Libertad y Desarrollo.
- ZÁRATE, Sebastián (2013). «La problemática entre el derecho al olvido y la libertad de prensa». *Nueva Época*, 13: 1-10. Disponible en bit.ly/3wPzqNS.
- ZWEIGERT, Konrad y Hein Kötz (2002). *Introducción al derecho comparado*. Oxford: Universidad Iberoamericana.

Sobre los autores

LEONARDO ORTIZ MESÍAS es abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Alberto Hurtado, Chile. Investigador en derecho público y ayudante *senior* del Departamento de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad

Alberto Hurtado. Su correo electrónico es lordizmesias@gmail.com.  <https://orcid.org/0000-0003-3753-4519>.

PABLO VIOLIER es abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y diplomado en Ciberseguridad, Universidad de Chile. LLM in Law and Digital Technologies, Universidad de Leiden (c) y docente con dedicación parcial de la Universidad Diego Portales, Chile. Su correo electrónico es pablo.viollier@mail.udp.cl.  <https://orcid.org/0000-0001-9893-7974>.

La *Revista de Chilena de Derecho y Tecnología* es una publicación académica semestral del Centro de Estudios en Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, que tiene por objeto difundir en la comunidad jurídica los elementos necesarios para analizar y comprender los alcances y efectos que el desarrollo tecnológico y cultural han producido en la sociedad, especialmente su impacto en la ciencia jurídica.

EDITOR GENERAL

Daniel Álvarez Valenzuela
(dalvarez@derecho.uchile.cl)

SITIO WEB

rchdt.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

rchdt@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io).