



Carlos Reusser Monsálvez

Derecho al olvido

La protección de datos
personales como límite a
las libertades informativas

Prefacio de Miriam Henríquez V.

ediciones
DER

DER EDICIONES es una Editorial Jurídica creada por un grupo de Editores de larga trayectoria.

Estamos en la búsqueda de publicaciones de innegable valor científico. Nuestra propuesta pone énfasis en una cuidada elaboración técnica, colocando nuestra experiencia al servicio de la comunidad jurídica.

Nuestro catálogo editorial está compuesto por las siguientes colecciones: Ensayos Jurídicos, Monografías, Manuales, Cuadernos Jurídicos, Co-ediciones, Revistas y Obras prácticas.

Invitamos a aquellos profesores, investigadores o abogados en ejercicio, que hayan escrito una tesis de maestría, monografía, ensayo, manual u otra obra de interés práctico, a publicar con nosotros.

Para mayor información, escribanos a info@derediciones.com o visite nuestra página web www.derediciones.com

DERECHO AL OLVIDO

La protección de datos personales como límite a las libertades informativas

© Carlos Reusser Monsálvez

2018 DER EDICIONES LIMITADA

Santa Magdalena 10, oficina 26, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile.

Teléfono +56 22 906 00 02

www.derediciones.com

Registro de Propiedad Intelectual 287531

ISBN 978-956-9959-16-5

Primera edición, marzo de 2018 DER Ediciones Limitada

Tiraje: 300 ejemplares

Impresores: Andros Impresores

Impreso en Chile / Printed in Chile

ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor.

El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento de la presente publicación queda expresamente prohibido.

ÍNDICE

PREFACIO	III
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I. EL LARGO VIAJE EN EL TIEMPO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE PRENSA	5
1. INTRODUCCIÓN	7
2. ANTECEDENTES DEL DERECHO A INFORMAR.....	10
3. EL DERECHO A INFORMAR EN EL SIGLO XX.....	18
3.1. De la actividad periodística en Chile.....	23
3.2. Responsabilidad jurídica de los periodistas.....	26
4. LÍMITES CONSTITUCIONALES Y RESTRICCIONES LEGALES A LA LIBERTAD DE OPINIÓN Y DE INFORMACIÓN	27
CAPÍTULO II. EL DERECHO AL RESPETO Y PROTECCIÓN DE LA HONRA Y LA VIDA PRIVADA COMO LÍMITES AL DERECHO A INFORMAR Y OPINAR	31
1. INTRODUCCIÓN	33
2. EL DERECHO AL RESPETO Y PROTECCIÓN DE LA HONRA DE LA PERSONA Y SU FAMILIA...	39
3. EL RESPETO A LA VIDA PRIVADA COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.....	44
3.1. Los primeros pasos: la <i>privacy</i> norteamericana	46
3.2. La vía europea principal: la intimidad.....	49
3.3. El aporte alemán: el derecho a la autodeterminación informativa	51
3.4. Marcha triunfal de la autodeterminación informativa y su recogida en Chile a través del artículo 19 N° 4 de la Constitución.....	54

4.	ESTADOS DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL	59
5.	PRINCIPIOS APLICABLES A LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE DERECHOS EN MATERIA INFORMATIVA	59
5.1.	Libertad de expresión versus derecho a la honra.....	60
	<i>A) Relevancia pública de la información</i>	60
	<i>B) Relevancia pública de los involucrados</i>	62
	<i>C) Teorías de la real malicia y de la diligente comprobación</i>	64
	<i>D) Doctrina del reportaje neutral</i>	67
5.2.	Libertad de expresión versus derecho a la vida privada.....	69
6.	MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN UN ENTORNO DIGITAL Y CONVERGENTE	71
CAPÍTULO III. LA CONSTRUCCIÓN DEL <i>DERECHO AL OLVIDO</i> DESDE LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA		77
1.	INTRODUCCIÓN	79
2.	EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.....	84
2.1.	Principios en materia de protección de datos personales en la Resolución de Madrid.....	89
2.2.	Los derechos ARCO en materia de protección de datos personales	94
2.3.	Instalación de la idea de un derecho al olvido en Internet	98
3.	¿EL FIN DE UNA ERA?	116
CAPÍTULO IV. EL DERECHO AL OLVIDO EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA NACIONAL		119
1.	RECAPITULACIÓN EN TORNO A UN DERECHO	121
2.	LA EXPERIENCIA JURISPRUDENCIAL CHILENA.....	134
3.	CRITERIOS DE PONDERACIÓN EN EL DERECHO AL OLVIDO	154
3.1.	Personas de relevancia pública	156
3.2.	Cumplimiento de condenas judiciales	157
3.3.	El tiempo transcurrido desde la noticia de los hechos.....	159
3.4.	Reinserción del interesado en la vida laboral y social.....	160
CONCLUSIONES.....		163
BIBLIOGRAFÍA		169

PREFACIO

¿Qué es la interpretación jurídica? ¿Qué diferencia –si es que algo distingue– la interpretación de la ley de la interpretación de la Constitución? ¿Cuáles son los métodos propios –si los hay– de la interpretación constitucional? ¿Qué es la interpretación evolutiva de la Constitución y cómo opera respecto de los derechos constitucionales?

Son las cuestiones que pretendo tratar muy someramente en estas líneas. Asumo con orgullo y entusiasmo la tarea encomendada por el autor, Carlos REUSSER MONSÁLVEZ, de formular el prefacio de este libro dedicado al *derecho al olvido*. Y lo hago con el convencimiento de que esta obra constituye un aporte para el Derecho chileno, y que la interpretación constitucional, más particularmente la interpretación evolutiva, es una temática principal, compleja y controvertida del Derecho Constitucional que atraviesa el contenido de este texto.

La interpretación, en un sentido amplio, es todo acto de comprensión o atribución de significado a un texto normativo. En un sentido restringido, la interpretación se realiza solo en caso de duda o controversia sobre un texto normativo.

La interpretación constitucional es aquella que tiene por objeto una proposición normativa constitucional. Siguiendo a Luis PRIETO, esta constituye una modalidad de la interpretación jurídica y, por tanto, comparte muchas de las dificultades y técnicas que caracterizan a una doctrina general de la interpretación¹. No obstante, la interpretación constitucional supone

1 Luis PRIETO SANCHÍS, “Notas sobre la interpretación constitucional”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 9, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 176.

una serie de especificidades originadas, a mi juicio, al menos en: a) La fuerza de la Constitución y el modelo adoptado de Constitución; b) Los sujetos que interpretan la Constitución, y c) Ciertas particularidades en la estructura de la Constitución.

Si la Constitución es concebida como un texto político y, por ende, carente de garantía jurisdiccional, difícilmente podría hablarse de interpretación constitucional, pues solo en un sentido lato cabe decir que el desarrollo legislativo constituya un acto de este tipo². Sin embargo, si la Constitución es concebida como un texto normativo, supremo, rígido y garantizado jurisdiccionalmente, sí corresponde considerar un ejercicio hermenéutico por aquellos órganos encargados de aplicarla y por aquellos responsables de controlar que las normas infraconstitucionales no la infrinjan o contradigan.

Siguiendo las distinciones propuestas por COMANDUCCI sobre modelos de Constituciones e interpretación, si se adopta el modelo descriptivo de la Constitución concebida como norma, si bien esta tendrá ciertas peculiaridades formales, no diferirá de las demás normas cualitativamente, entonces la interpretación de la Constitución consistirá solo en la atribución de significado al texto normativo, en cuyo caso, la especificidad de la interpretación será relativa. Pero si se adopta el modelo axiológico de la Constitución concebida como norma, no serán suficientes los instrumentos utilizados para la interpretación del derecho infraconstitucional, puesto que la interpretación no podría prescindir de valoraciones morales. La especificidad de la interpretación constitucional sería en este segundo caso radical³.

Este último modelo de Constitución supone, como se dijo, una conexión necesaria entre Derecho y Moral. Para POZZOLO, tal conexión se verifica justamente a nivel interpretativo: “Al atribuir significado a los estándares denominados ‘principios’, el operador debe primero atribuir significado a los valores morales subyacentes; es preciso, pues, que ofrezca una lectura moral de los mismos (y no literal). Desde el punto de vista del mero análisis lingüístico, los principios no tendrían nada que decir, perderían su valor prescriptivo; por el contrario, se comprenden a través de su *ethos*. El

2 *Idem*.

3 Paolo COMANDUCCI, “Modelos e interpretación de la Constitución”, en *Teoría de la Constitución* (al cuidado de Miguel CARBONELL), Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2008, p. 129.

producto de la interpretación, al final de varios pasos valorativos requeridos, es una norma que pueda justificar una decisión en cuanto presenta un origen moral”⁴.

Por otra parte, si el ordenamiento considerado prevé un control de constitucionalidad difuso, no habrá mayor especificidad de la interpretación constitucional respecto a la interpretación de la ley, por cuanto el intérprete de ambas fuentes es el mismo y el juez es menos especializado en temas constitucionales. Empero, si el control de constitucionalidad reside en un tribunal constitucional se podrá identificar una mayor especificidad de la interpretación de la Constitución respecto a la interpretación de la ley. Esta mayor especificidad, PRIETO la extrae de la función que se atribuye a los órganos encargados de interpretarla y por las especiales consecuencias que se atribuyen a sus decisiones. A juicio de este autor, se trataría en este último caso de una interpretación creativa, no libre, pero sí poco condicionada por los elementos normativos⁵.

Respecto a la estructura de la Constitución, comúnmente, las cartas fundamentales contienen algunas disposiciones abiertas, de una textura semántica amplia. El texto constitucional, en general, al tener una pretensión normativa más ambiciosa, se encuentra redactado de modo más sintético, genérico y, en algunos casos, indeterminado. Lo anterior, ha llevado a cuestionar la interpretación literal de las disposiciones constitucionales y

4 Susanna POZZOLO, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, en *Doxa*, 21, II, Universidad de Alicante, Alicante, 1998, p. 343.

5 Así, mientras que el juez ordinario debe dar la mejor o la única interpretación posible, que presenta como la correcta, el juez constitucional debe indicar qué interpretaciones resultan intolerables. En palabras de Luis PRIETO SANCHÍS: “El intérprete constitucional ha de asumir que se halla en presencia de un sujeto ‘libre’, el legislador, y, por tanto, que su tarea ha de ser más bien delimitar el camino dentro del cual la ‘interpretación política’ resulta admisible o no arbitraria”. En tal función, sigue PRIETO, “el tipo de razonamiento de un juez ordinario supone concebir la decisión ‘como si’ derivase del legislador, mientras que el modelo de razonamiento del juez constitucional, al tener que definir el ámbito más o menos extenso de la licitud, reclama del intérprete la asunción de una mayor responsabilidad en la decisión”. Por otro lado, también PRIETO postula que las consecuencias que derivan de las decisiones interpretativas del juez constitucional son diferentes de las decisiones interpretativas de un juez ordinario, ya porque pueden tener un gran impacto económico; y sobre todo, porque tienen un gran impacto jurídico, al poder anular leyes, en su calidad de legislador negativo. Luis PRIETO SANCHÍS, *op. cit.*, pp. 177 y 178.

considerar la aplicación de otros criterios de interpretación, por ejemplo, la interpretación sistemática o finalista. Asimismo, esta situación representa dificultades interpretativas, por ejemplo, más zonas de penumbras. Y son estos problemas de la interpretación constitucional la que la hace más frecuente, necesaria e importante.

Entonces, la especificidad de la interpretación constitucional justificará la aplicación, con una adaptación o matiz especial, de los criterios tradicionales de la interpretación jurídica; y también la aplicación de criterios propios, específicos y exclusivos de la interpretación constitucional. Esta afirmación cobra sentido en el caso de la Constitución Política de la República de Chile, que por sus características y contenido es tanto como un texto político como normativo, suprema, rígida, garantizada por el Tribunal Constitucional, conformada por reglas y principios, con una marcada tendencia valórica.

Avanzando, las particularidades de la interpretación constitucional admitirían otra cuestión: ¿La interpretación de la Constitución debe apegarse a su texto y a la intención de sus autores, o debe evolucionar considerando los cambios sociales, culturales, políticos, económicos y tecnológicos?

La interpretación evolutiva, siguiendo a GUASTINI, es la interpretación que adscribe a una disposición un significado nuevo y diferente a su significado histórico⁶; o como explica CHIASSONI esta se realiza cuando “el intérprete sustituye la interpretación histórica, considerada anacrónica, por una interpretación (que el mismo intérprete considera) más adecuada a la realidad política, económica, tecnológica y/o social del momento, o bien a los dictámenes de la ‘conciencia social’ o de la ‘conciencia jurídica’”⁷. Su contraria, la interpretación histórica, supone la interpretación que adscribe a una disposición uno de los significados que se le atribuyeron en la época en que fue creada⁸.

Algunos de los rasgos de la interpretación constitucional evolutiva son:

a) Su justificación se encuentra en el cambio de las condiciones históricas,

6 Riccardo GUASTINI, *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1999, p. 50.

7 Pierluigi CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bolonia, 2007, p. 134.

8 GUASTINI, *op. cit.*, 1999, p. 50.

o la ocurrencia de condiciones no consideradas al momento de su dictación, en las que una norma constitucional debe ser aplicada o interpretada; b) Se opone a la interpretación histórica; c) No es necesariamente siempre extensiva, y d) Tiene como límite el propio texto constitucional, que no puede ser contradicho.

La interpretación constitucional evolutiva plantea al menos algunas de las siguientes interrogantes: ¿Cuál modelo y estructura constitucional favorece la interpretación evolutiva? ¿Cuáles son los límites a la interpretación evolutiva? Si bien este tipo de interpretación permite a la Constitución adaptarse o ser flexible a los cambios sin una reforma constitucional, ¿no atenta contra la rigidez constitucional, la certeza jurídica y la previsibilidad de las decisiones jurisdiccionales?

Estas preguntas dan cuenta de las controversias que, por ejemplo, en Italia, genera la interpretación evolutiva entre los sostenedores de una interpretación dinámica y estática de la Constitución. Para ilustrarlo, por un lado, ZAGREBELSKY condiciona la legitimidad de la Constitución a “la capacidad de dar respuestas adecuadas a nuestro tiempo o, más precisamente, a la capacidad de la ciencia constitucional de buscar y encontrar aquellas respuestas en la constitución”⁹ y, por el otro, GUASTINI, sostiene que “toque al poder de revisión y no a los intérpretes adaptar un viejo texto constitucional a la transformación de las circunstancias”¹⁰.

Mención aparte merece el debate en Estados Unidos entre “la Constitución viviente” y el “textualismo”, resumido en la pregunta: ¿Es la Constitución máquina u organismo? HOLMES, uno de los precursores de la Constitución como organismo, sostuvo: “No pudo preverse de manera completa por los más dotados de sus engendadores. A ellos les bastó con darse cuenta o esperar que lo que habían creado era un organismo; ha pasado un siglo y le ha costado mucha sangre y mucho sudor a sus sucesores demostrar que crearon una nación. El caso que se nos presenta debe ser considerado a la luz de toda la experiencia y no únicamente de aquella establecida hace

9 Gustavo ZAGREBELSKY, “Storia e costituzione”, en *Il futuro della costituzione* (al cuidado de Gustavo ZAGREBELSKY, Pier Paolo PORTINARO y Jörg LUTHER), Einaudi, Torino, 1996, p. 79.

10 Riccardo GUASTINI, “Teoria e ideologia dell’interpretazione costituzionale”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, vol. 51, N° 1, 2006, p. 760.

cien años”¹¹. Por su parte, SCALIA, uno de los exponentes del textualismo, afirma: “Pero si bien el buen textualista no es un literalista, tampoco es un nihilista. Las palabras sí tienen una gama de significados limitada y ninguna interpretación que vaya más allá de aquella gama es permitida”¹². El autor precisa que lo que busca en la Constitución es exactamente igual que lo que busca en la ley: el sentido original del texto, no la intención original de aquellos que fueron sus redactores¹³. La gran división, a juicio del juez de la Suprema Corte, no es entre la intención de los redactores de la Constitución y su significado original sino por el contrario aquella entre el significado original (ya sea derivado de la intención de los redactores o no) y el significado actual del texto de la Constitución¹⁴.

Así, el debate gira principalmente en torno: a) ¿La interpretación evolutiva permite que la Constitución sea flexible a los cambios que exige toda sociedad o la interpretación evolutiva ha impuesto nuevas restricciones sobre la acción administrativa, judicial y legislativa?; b) ¿La interpretación evolutiva facilita el cambio constitucional o busca evitarlo?; c) ¿La interpretación evolutiva favorece o incrementa los derechos individuales o los restringe?; d) ¿En una democracia constitucional la Constitución debe cambiar por los mecanismos de reforma previstos constitucionalmente o por la vía de la reinterpretación constitucional?, entre otras.

El tratamiento en este prefacio de la interpretación constitucional, y más particularmente de la interpretación evolutiva, radica en que estas cuestiones se abordan en el libro a propósito del reconocimiento de tres nuevos derechos: el derecho a informar, el derecho a la autodeterminación informativa y el derecho al olvido.

Tales nuevos reconocimientos jurisprudenciales surgen, a propósito de los cambios tecnológicos, a partir de la interpretación de disposiciones de derechos ya constitucionalizados. El primero, el derecho a informar a tra-

11 MISSOURI V. HOLLAND, 252, U.S. 416, 433 (1920), citado por Bruce ACKERMAN en *La Constitución Viviente*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 99.

12 Antonin SCALIA, “Los tribunales del *Common Law* en un sistema de derecho continental: el rol de los tribunales federales de los Estados Unidos en la interpretación de la Constitución y las leyes”, en *Una cuestión de interpretación. Los tribunales federales y el derecho* (al cuidado de Amy GUTMANN), Palestra, Lima, 2015, p. 87.

13 SCALIA, *op. cit.*, p. 104.

14 *Idem*, p. 105.

vés de medios periodísticos digitales, se interpreta a partir de la libertad de expresión en su vertiente derecho a informar, previsto en el artículo 19 N° 12 de la Constitución. Por su parte, el derecho a la autodeterminación informativa es interpretado por el propio Tribunal Constitucional chileno a partir del derecho a la protección de la vida privada, consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Carta. Asimismo, el trabajo sugiere que el derecho al olvido, entendido como el derecho a la cancelación o supresión de datos en Internet, se interpreta desde el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que estaría previsto en el artículo 1° constitucional.

Como se advierte, la interpretación evolutiva podría llevar a reconocer derechos fundamentales no previstos explícitamente en la Constitución. En cuyo caso, y para finalizar estas líneas, este libro invita a pensar si el intérprete constitucional por vía de la interpretación evolutiva puede crear nuevos derechos o si tal tarea, a propósito de una Constitución rígida como la chilena, sólo puede realizarse a través de reformas constitucionales.

DRA. MIRIAM LORENA HENRÍQUEZ VIÑAS
Santiago de Chile, Navidad de 2017