

Comentario sobre sentencia recurso de protección, Corte Suprema, 26 de mayo de 2021

Commentary on the Judgment given in the remedy of protection, Supreme Court, 26 May 2021

Seren Ataoğlu Colonnello

Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile.
Correo electrónico: serenataogluconnello@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0001-5485-0586>.

Recibido el 20/09/2022
Aceptado el 25/10/2022
Publicado el 30/06/2023

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2023.n42.08>

RESUMEN: La Corte Suprema ha insistido en que el derecho al olvido no existe en el sistema jurídico chileno. A partir de una sentencia sobre este tipo de casos, se analiza la argumentación de la Corte y se reconstruye la concepción irenicista de la Constitución que parece subyacer a esta decisión y al conjunto de las sentencias precedentes.

PALABRAS CLAVE: Recurso de protección, derecho al olvido, concepción irenicista.

ABSTRACT: The Supreme Court has insisted that the right to be forgotten does not exist in the Chilean legal system. Based on a judgement on this type of case, we analyse the Court's reasoning and reconstruct the irenicist conception of the Constitution that seems to underlie this decision and the preceding judgements as a whole.

KEY WORDS: Remedy of protection, right to be forgotten, irenicist conception.

I. INTRODUCCIÓN

La Corte Suprema confirmó un criterio sostenido desde hace tiempo: no existe el derecho al olvido en el derecho chileno. En casos anteriores la Corte usó el mismo criterio (rol N° 41260-2019; rol N° 14034-2019; rol N° 25159-2018; rol N° 39972-2017, 22243-2015, entre otros) y hay al menos un caso posterior donde se insiste en él (rol N°135543-2020). Este fallo se comenta por haberse escrito conforme a una estructura más o menos prototípica en este tipo de casos. Así, la sentencia no se valora en su singularidad, sino que en su capacidad de ilustrar un modo de resolver un tipo de caso. Desde una perspectiva evaluativa, el razonamiento puede ser juzgado positiva o negativamente. En cambio, en una perspectiva descriptiva y analítica es necesario *explicar* el razonamiento jurídico. Esta perspectiva es la que adopto. Para ello uso el aparato conceptual de la Escuela de Génova.¹ Así, en este comentario defenderé que el razonamiento de la Corte puede describirse y analizarse usando la distinción entre lagunas textuales y metatextuales.

El análisis lo ejecuto en cinco pasos. En primer lugar, defino las operaciones de interpretación y construcción jurídica. En segundo lugar, defino la noción de laguna metatextual. En tercer lugar, elucido la expresión '*no existe el derecho al olvido en nuestra legislación*'. En cuarto lugar, reconstruyo la argumentación de la Corte conforme a los conceptos preestablecidos y en quinto lugar, como conclusión presento una hipótesis explicativa del razonamiento.

II. ¿QUÉ SON LA INTERPRETACIÓN Y CONSTRUCCIÓN JURÍDICA?

La distinción entre disposiciones y normas afirma que la autoridad normativa no crea derecho, sino que solo formula disposiciones. Las normas son producidas por la interpretación. Toda disposición debe ser interpretada y esta actividad es una traducción desde el lenguaje de las fuentes formales al lenguaje de las normas.

La interpretación puede ser declarativa o correctora según sea el grado de ajuste entre el significado ordinario de las palabras de las disposiciones y el significado normativo atribuido por el intérprete. Si la norma producida se ajusta al significado ordinario las palabras, la interpretación es declarativa. Si, en cambio, la norma no se ajusta al significado ordinario, la interpretación es correctora.

La diferencia entre la interpretación declarativa y correctora depende de dos criterios; los usos justificativos vigentes en una comunidad jurídica en un momento determinado y el tipo de norma producida. *Prima facie*, cuando la justificación es lingüística y la norma es explícita, la interpretación es declarativa; mientras que cuando la justificación es analógica, teleológica o intencionalista y da lugar a una norma implícita, la interpretación es correctora.

La expresión 'construcción jurídica' designa la actividad de crear normas ante la ausencia de fuentes

¹ Obras clave de la Escuela Genovesa que defiende estas ideas son: GUASTINI (2014), CHIASSONI (2011).

formales. Al carecer de disposiciones, el juez crea derecho cuando justifica la existencia de una norma implícita. Nuevamente, la diferencia entre la interpretación (correctora) y la construcción depende de la cultura jurídica.

III. ¿QUÉ ES UNA LAGUNA METATEXTUAL?

Las lagunas de disposiciones son creadas por el legislador, ya que a él le corresponde la tarea de elaborar el lenguaje de las fuentes formales del derecho. En cambio, las lagunas normativas son creadas por el intérprete.²

Según Chiassoni, la ausencia de una norma explícita genera una laguna textual, porque la creación de la laguna depende de la interpretación de las disposiciones o textos normativos existentes. Mientras que la ausencia de una norma implícita, genera una laguna metatextual, porque la creación de la laguna no depende una interpretación, sino que de la inaplicación de técnicas de integración o construcción jurídica.

En la sentencia comentada se producen problemas en diferentes niveles. Se produce una laguna textual, porque el documento llamado 'Constitución' no contiene la expresión 'derecho al olvido', entonces, falta una norma explícita que pueda ser producida mediante interpretación declarativa. Luego, se genera una laguna porque falta una norma implícita, ya que se considera prohibido hacer una interpretación correctora para derivar una norma que regule el caso. Luego, ante tal carencia normativa surge una laguna meta-textual, porque la Corte usa otra regla prohibitiva: el juez no puede crear una norma implícita para construir el derecho en cuestión. Por ello el juez que crea una laguna meta textual constitucional y afirma que la Constitución es irremediablemente incompleta.

IV. ¿QUÉ SIGNIFICA LA EXPRESIÓN 'NO EXISTE EL DERECHO AL OLVIDO EN NUESTRA LEGISLACIÓN'?

En el considerando cuarto de la sentencia comentada se afirma: *“Cuarto: Que, sin perjuicio de lo anterior, se debe precisar que el denominado “derecho al olvido” no está establecido en nuestra legislación, por lo que la decisión de otorgar la cautela jurisdiccional que se invoca en autos, debe ser analizada bajo el prisma de los derechos que se pueden ver afectados, el de la libertad de información y el derecho a la honra o en su caso, como sostienen algunos autores, el derecho a la vida privada. (Corral Talciani, Hernán. “El derecho al olvido en internet: antecedentes y bases para su configuración jurídica”. Revista Jurídica Digital UANDES 1(2017), 43-66. Versión online: <http://rjd.uandes.cl/index.php/rjduandes/article/view/7>.”*

A partir de este considerando, la frase interesante de la Corte Suprema es la siguiente: *“el denominado ‘derecho al olvido’ no está establecido en nuestra legislación”* (considerando cuarto). Se pueden listar cuatro significados de la expresión:

² Todas las categorías y distinciones usadas de esta sección provienen de CHIASSONI (2011) y CHIASSONI (2020).

En primer lugar, la expresión significa que no hay una disposición que contenga las palabras '*derecho al olvido*' en el documento constitucional. Esta es una afirmación empírica que es verdadera. La afirmación implica que no es posible hacer una interpretación porque falta un texto que interpretar. En segundo lugar, la expresión significa que no existe una norma explícita en el sistema jurídico que asegure el '*derecho al olvido*' como un derecho fundamental. Esta no es una afirmación empírica, sino que metodológica. Lo que se quiere decir es que no es posible realizar una actividad de interpretación declarativa sobre el texto de la constitución. Así, lo que la Corte descarta es la posibilidad de realizar una interpretación declarativa (conforme a cierto código interpretativo) sobre las disposiciones existentes y, a partir de esa actividad, arribar a una norma explícita. Hay que notar que la afirmación tiene una carga ideológica. Tras ella hay un compromiso axiológico con un propósito interpretativo de los materiales constitucionales. Con esta afirmación hay, a fin de cuentas, una laguna constitucional textual.

En tercer lugar, la expresión significa que no existe una norma implícita en el sistema jurídico que asegure el '*derecho al olvido*' como un derecho fundamental. Esta es una afirmación metodológica y dice que es imposible hacer una interpretación correctora a las disposiciones existentes y con ella formular una norma implícita y también una afirmación ideológica sobre el modo de entender la Constitución. Hay, en este caso, una laguna constitucional metatextual.

En cuarto lugar, la expresión significa que: a) es prohibido usar técnicas de interpretación que permitan atribuir el '*derecho al olvido*' a las disposiciones constitucionales vigentes; b) que es prohibido usar técnicas de construcción jurídica que permitan salvar la ausencia de disposiciones y crear una norma implícita que establezca el '*derecho al olvido*' como derecho fundamental. Esta afirmación está restringida a un método porque sostiene que no es posible crear derecho por medio de técnicas de interpretación y/o construcción jurídica y, en este sentido, es un fragmento de la primera y de la segunda afirmación.

Ya que los juristas no están interesados en los datos empíricos sobre el derecho, el primer significado siempre estará vinculado a alguno de los otros. Los significados dos y tres son las claves para explicar la sentencia. Ambos tienen un componente metodológico y carga ideológica. Además de afirmaciones metodológicas, son también tesis de política jurídica. Ellas expresan un compromiso con una concepción del legislador, de las disposiciones jurídicas y del juez. La concepción del legislador como entidad racional da sustento a la visión de las disposiciones como una obra terminada (coherente) y ella implica tres ideas: i) El legislador comunica reglas bien determinadas; ii) El legislador usa conceptos jurídicos precisos y palabras carentes de ambigüedad para construir esas reglas y; iii) Todo lo no dicho expresamente por el legislador no está regulado. Entonces, las disposiciones sirven de límite a la actividad del adjudicador. Finalmente, la visión del juez es la *boca de la Constitución*. La cuarta afirmación, adicionalmente, está comprometida con una visión ideológica sobre la imposibilidad de la creación judicial del derecho, incluso ante disposiciones que la dogmática y la jurisprudencia considera flexibles o elásticas, porque consagran derechos fundamentales.

V. ¿CÓMO RAZONA LA CORTE SUPREMA?

Una reconstrucción descriptiva y breve de la sentencia tiene que dar cuenta de los argumentos presentados entre los considerandos cuarto y séptimo. En apariencia ahí la Corte realiza dos operaciones metodológicas complementarias: la especificación de normas indeterminadas y la solución a una colisión entre derechos fundamentales. Ahora, si se observa con cuidado, la Corte no realiza ninguna de ellas.

En el considerando cuarto, la Corte se explaya sobre el derecho al olvido a pesar la de la objeción procesal del considerando tercero. La Corte descarta que este derecho esté establecido en nuestra legislación y afirma que su ausencia conlleva el análisis del recurso bajo la posible afectación de otros derechos: *“la libertad de información y el derecho a la honra o en su caso, como sostienen algunos autores, el derecho a la vida privada”*.

Los considerandos quinto y sexto (primera parte) especifican de forma parcial la libertad de información de la Constitución. Para ello, la Corte usa dos nociones: ‘hecho de interés público’ de la ley de prensa (quinto) y ‘relevancia jurídica’ como noción dogmática. Aquí, de forma oblicua, se plantea que la relevancia jurídica resuelve el conflicto entre la libertad de información y la privacidad a favor del primer derecho, aunque es claro que la privacidad no es especificada.

La segunda parte del considerando sexto aborda tres criterios dogmáticos para resolver la colisión entre el derecho al olvido y la libertad de información. Conforme a estos criterios, prima la libertad de información si: a) la noticia fue publicada lícitamente en su tiempo; b) el medio de comunicación mantiene la noticia actualizada o contextualizada evitando que el paso del tiempo la torne incorrectas o incompletas y, entonces, lesiva de los derechos de los afectados y; c) si el medio de comunicación reduce la accesibilidad de la noticia impidiendo su indexación (en un motor de búsqueda) cuando el afectado no es una persona pública pero estuvo vinculado, en su día, a un suceso de trascendencia pública. Nótese que el argumento es una forma de contrafáctico, porque el derecho al olvido no existe.

El considerando séptimo trata dos asuntos. En la primera parte se insiste en la prioridad de la libertad de expresión por sobre el derecho a la honra en virtud de la relevancia pública de la información. Y señala que, en el derecho al olvido, es el transcurso del tiempo el requisito básico y esencial que determina que la noticia carezca de relevancia en la actualidad. Nótese que la honra no se especifica. Mientras que, en la segunda parte, se razona sobre la suficiencia del lapso que ha transcurrido entre los hechos y la solicitud de retiro y estima que dos años es un tiempo insuficiente para producir el efecto de quitar relevancia a los hechos.

La síntesis de la argumentación permite observar al menos tres problemas metodológicos. Todos organizados en torno a lo que la Corte dice que hace, pero no hace: resolver conflictos entre derechos fundamentales.

En primer lugar, operaciones de especificación incompletas y ausentes. En la cultura jurídica nacional los derechos a la libertad de información, a la honra y a la privacidad son principios jurídicos y, más generalmente, normas abiertas o indeterminadas. De este modo, no es posible usarlos como premisa mayor de un silogismo judicial sin especificarlos previamente. Esta operación permite, mediante técnicas de interpretación/construcción jurídica, derivar desde el principio una regla implícita idónea para componer un silogismo judicial. Entonces, cuando la Corte razona sobre la libertad de información usando conceptos dogmáticos y material legislativo como la ley de prensa, realiza la operación de especificación de ese derecho, pero de forma muy incompleta porque, entre otras razones, desatiende casi por completo los hechos y no da razones de sus elecciones conceptuales. Luego, el derecho a la honra y a la privacidad no son especificados.

En segundo lugar, especificación incompleta de un derecho inexistente. No queda claro cuál es el propósito de razonar sobre un derecho que no es parte de la legislación. Aquí hay una contradicción pragmática en el razonamiento. Por un lado, se afirma que el derecho no existe y por el otro lado, se analizan los requisitos que debe cumplir el derecho para aplicarse a un caso.

En tercer lugar, ausencia de operaciones de solución de conflicto entre derechos. La Corte enuncia dos conflictos; la libertad de información y el derecho a la honra o, en su caso, el derecho a la vida privada (considerando cuarto) y los supuestos de colisión entre el derecho al olvido y la libertad de expresión para mantener noticias pasadas en las hemerotecas digitales (considerando sexto). Estos conflictos no fueron solucionados con los test asentados en la cultura jurídica: proporcionalidad y/o razonabilidad.

VI. CONCLUSIÓN

El significado de la frase de la Corte Suprema '*no existe el derecho al olvido en nuestra legislación*' implica la incompletitud de la Constitución. Hay dos lagunas diferentes; una textual y una metatextual. Entonces cabe preguntarse por qué la Corte crea estas lagunas. Esa pregunta es sorprendente, porque la doctrina y la jurisprudencia aceptan la posibilidad de construir derechos fundamentales implícitos. Y aquí la Corte se niega a integrar la Constitución.³

¿Cómo reconstruir el razonamiento y dar cuenta de la ideología que le subyace? Creo posible hipotetizar que la Corte usa un modelo irenista débil de las relaciones entre derechos fundamentales.⁴ Un modelo irenista de las relaciones entre derechos fundamentales es una reconstrucción descriptiva y abstracta de la práctica de los jueces constitucionales. Conforme a esta reconstrucción, la dimensión ético-sustantiva del estado constitucional carece de 'verdaderos' conflictos de derechos fundamentales. Así, lo que afirma el modelo irenista es que el fenómeno que generalmente llamamos 'conflicto de derechos' pueden abordarse como: a) situaciones residuales o irrelevantes y/o b) situa-

³ Aceptan los derechos fundamentales implícitos sin atribuirlos a interpretación correctora o a construcción jurídica, por ejemplo, GARCÍA Y CONTRERAS (2013).

⁴ CELANO (2008), p. 269.

ciones de conflicto aparente, es decir, una vez que se han reconstruido los derechos fundamentales y sus relaciones el conflicto se desvanece.⁵ En palabras de Celano, este modelo asume la coherencia entre los derechos fundamentales (explícitos en la Constitución) pero no adhiere al postulado de la plenitud que acompaña al modelo irenista fuerte.⁶ Así, el modelo puede resumirse con cinco tesis:

- 1.- Los materiales constitucionales interpretados *prima facie*, pueden entrar en conflicto.
- 2.- Los conflictos pueden ser resueltos mediante ponderación.
- 3.- La ponderación es una técnica argumentativa que llega a un resultado ya predeterminado por el contenido de los materiales jurídicos (rectamente entendido) en potencial conflicto.
- 4.- Al final de las operaciones de interpretación de los materiales jurídicos hay armonía entre los diferentes resultados interpretativos a los que dan lugar las disposiciones constitucionales relevantes.
- 5.- Está prohibido integrar las normas constitucionales, porque el contenido de los materiales jurídicos (rectamente entendido) es coherente y la integración daña esa coherencia.

La Corte diseña una jerarquía de derechos *ad-hoc* que se organiza conforme a la noción de ‘relevancia de la información’. No pondera como si realmente existiera un conflicto, sino que solo hace un análisis normativo de los requisitos que, *en abstracto*, exigen los derechos. Esta jerarquía *funda* la preferencia por la libertad de información y *explica* la revisión de los requisitos del derecho al olvido a pesar de su no pertenencia al sistema jurídico chileno y a la ausencia de un análisis fáctico del caso. Además, ella no se compromete con la plenitud de las normas en juego y por ello la Corte deja sin colmar las lagunas constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- BAYÓN, Juan Carlos (1991): *La normatividad del derecho, deber jurídico y razones para la acción* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- CELANO, Bruno (2008): *Derecho, justicia, razones. Ensayos 2000-2007* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- CHIASSONI, Pierluigi (2011): *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas* (Barcelona, Marcial Pons).
- CHIASSONI, Pierluigi (2020): *Legal gaps*. Conferencia dictada en el Consejo de Estado Colombiano el primero de octubre de 2020. Manuscrito inédito.
- GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (2013): “El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno”, en: *Estudios constitucionales* (vol. 11 núm. 2).
- GUASTINI, Riccardo (2014): *Interpretar y argumentar* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).

⁵ LUQUE (2013), p. 46 y BAYÓN (1991), p. 390.

⁶ CELANO (2008), p. 270 nota al pie 31.

LUQUE, Pau (2013): “La concepción irenista de la constitución. Sobre la posibilidad de una reconstrucción armónica del contenido ético-sustantivo del estado constitucional”, en: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (núm. 38).

Jurisprudencia citada

Grazaiani le-fort Aldo con Empresa El Mercurio S.A.P. (2015): Corte Suprema, de 21 de enero de 2016, rol 22243-2015.

Ramírez con MarkMonitor Inc. (2017): Corte Suprema, de 4 de diciembre de 2017, rol 39972-2017.

Espina Salas, Jaime Eduardo con Empresa Periodística El Mercurio S.A. – Grupo Copesa S.A. y Bío Bío Comunicaciones S.A. (2018): Corte Suprema, de 21 de enero de 2019, rol 25159-2018.

Ramos con Sociedad Periodística Araucanía S.A (2019): Corte Suprema, de 19 de mayo de 2020, rol 41260-2019.

Villagrán con Diario El Lector del Maule (2019): Corte Suprema, de 5 de agosto de 2019, rol 4034-2019.

Abreu con Wikimedia Chile (2020): Corte Suprema, de 3 de enero de 2022 rol 135543-2020.