**Minuta**
**Debate y balance entre la protección a la privacidad y honra de las personas y la libertad de expresión e información**
**12.10.2018**

1. Uno de los debates relevantes que ha traído la sociedad de la información, especialmente con la expansión de internet y las redes sociales, es tratar de determinar cuál es el balance adecuado entre la protección a la privacidad, el honor y la dignidad de las personas y su familia, por un lado, y el derecho a la información, la libertad de prensa y la libertad de expresión, por el otro.

2. El acceso a todo tipo de información (incluida la información de las personas) en la actualidad es cada vez más masivo, rápido, accesible y multicanal (a través de distintos medios o canales), lo que pone en tensión distintos derechos como son: el derecho a la información, el derecho a la memoria, el derecho a la reputación y el derecho al olvido. Esta tensión se agudiza aún más con el surgimiento de las "fake news" o "noticias falsas".

3. Los ordenamientos jurídicos progresivamente se han ido haciendo cargo de esta realidad tratando de armonizar los distintos bienes jurídicos que pueden colisionar. Es así como en los instrumentos regulatorios de distintos organismos internacionales y en la legislación de algunos países se consagra el derecho a la cancelación o supresión respecto de la información o los datos personales de una persona determina, cuando dicha persona se pueda ver afectada con el uso o difusión de esa información, esto es lo que se ha dado en denominar "derecho al olvido". Junto con el reconocimiento del derecho, también se han establecido límites o restricciones para su ejercicio.

4. La OEA[1] reconoce este derecho como el derecho a la "desidentificación" o a la "anonimización". Esta misma Organización ha señalado que *este derecho* ***no es absoluto sino contingente y contextual*** (p. 16). Es por esto que en el Principio doce de la Propuesta de Declaración de Principios de Privacidad y Protección de Datos Personales en Las Américas[2], la OEA reconoce la posibilidad de que las autoridades nacionales establezcan excepciones a la protección de los datos personales *por motivos relacionados con la soberanía nacional, la seguridad interna o externa, el combate a la criminalidad, el cumplimiento de normativas u otras prerrogativas de orden público* (p. 2), en la medida de que expliciten estas limitaciones.

5. Por otro lado, la Comisión y la Corte IDH han reconocido que la libertad de pensamiento y expresión es la piedra angular de cualquier sociedad democrática. El artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza a

[1] Informe del Comité Jurídico Interamericano. Privacidad y Protección de datos personales. Marzo 2015.
[2] OEA. Marzo de 2012.

toda persona el derecho a la libertad de expresión. La garantía establecida en la Convención es plenamente aplicable a las comunicaciones, ideas e informaciones que se difunden y acceden a través de internet (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, CIDH).

6. En cuanto a la Unión Europea, el Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, del año 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, en su considerando cuarto establece que "*el derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad*". Agrega que entre estos derechos fundamentales se encuentra la libertad de expresión y de información.

7. En términos específicos, el artículo 17 del Reglamento de la UE consagra el derecho a supresión (*derecho al olvido*) en el número 3 establece que este derecho no se aplica "*cuando el tratamiento sea necesario: a) para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información.*".

8. La Red Iberaomericana de Protección de Datos aprobó los denominado "Proyecto de Estándares de Protección de Datos Personales para los Estados Iberoamericanos" que en su artículo 6 consagra las excepciones generales a la protección de datos personales, entre otros el interés público y la protección de los derechos y libertades de terceros. En su artículo 7 establece como excepción al cumplimiento de estos estándares la protección de los derechos y libertades fundamentales debiendo los Estados adoptar acciones para "*la conciliación del derecho a la protección de datos personales con otros derechos y libertades fundamentales*".

9. Pareciera que los ordenamientos supranacionales tienden a inclinarse en favor de la libertad de información por sobre la privacidad. Sin embargo, la doctrina jurídica y la jurisprudencia de los tribunales presenta importantes matices.

10. En su Teoría de la Justicia, Rawls sostiene que el respeto propio puede ser considerado el bien primario más importante. La noción de respeto propio estaría constituida por dos aspectos: el sentimiento de una persona de su propio valor y la confianza de la persona en la propia capacidad. Según Rawls, los bienes primarios son aquellos que todo ser racional desea. Puestas las partes (las personas) en la posición original, la sociedad debería definir reglas básicas para asegurar una distribución igualitaria de los bienes primarios. Luego, si el respeto propio es un bien primario, "los individuos en la situación original deberían evitar, casi a cualquier precio, las condiciones sociales que socavan el respeto propio"[3]. Las ideas de Rawls son particularmente lúcidas y poderosas en la concepción

[3] Rawls, citado por Mañalich, 2005

liberal de la justicia, ya que demuestran la relevancia social, jurídica y política que tiene el respeto propio y en esa medida, el honor, como condición básica para el desarrollo del plan de vida de las personas y del reconocimiento recíproco de los planes de vida de los demás. Se trata, en definitiva, de una expectativa de reconocimiento recíproco. Este es el punto de partida para la justificación de la protección estatal del honor y la honra de las personas. El honor (como expresión del respeto propio) constituye un auténtico presupuesto del libre desarrollo de la personalidad. El honor presupone una atribución colectiva de estatus, el honor como atributo, sólo puede existir en el plano de la realidad institucional. Sin respeto al honor y honra de las personas se destruye cualquier convivencia que se construya sobre la libertad de cada uno para elaborar y seguir su propio plan de vida.

11. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha establecido que *"el derecho a la honra, cuyo respeto y protección la Constitución asegura a todas las personas, alude a la "reputación", al "prestigio" o el "buen nombre" de todas las personas, como ordinariamente se entienden estos términos, más que al sentimiento íntimo del propio valer o a la dignidad especial o gloria alcanzada por algunos. Por su naturaleza es, así, un derecho que emana directamente de la dignidad con que nace la persona humana, un derecho personalísimo que forma parte del acervo moral o espiritual de todo hombre y mujer, que no puede ser negado o desconocido por tratarse de un derecho esencial propio de la naturaleza humana*."[4]

12. En definitiva, la legislación de los países debe establecer un balance entre la privacidad y su protección de tal suerte que no se inhiba o restrinja la investigación y difusión de la información de interés público o periodístico.

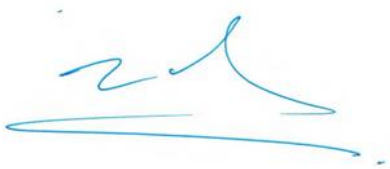
13. El ejercicio del derecho a la cancelación (derecho al olvido) debe ser ejercido sin afectar a otros derechos fundamentales.

14. Con todo, la libertad de expresión e información no es un derecho absoluto, si entra en conflicto con otros derechos fundamentales (como la privacidad, la honra o reputación de una persona) este conflicto deber ser resuelto en cada caso particular, ponderando la afectación.

15. Sin perjuicio de lo anterior, se pueden dar algunos criterios generales para esta ponderación: cuando los hechos o la información relativa a una persona presentan un interés específico para su divulgación (interés periodístico). En este caso, el interés en la difusión de la información prevalece por sobre la esfera de intimidad o resguardo de la persona. Lo mismo ocurre cuando se trata de una persona pública en que su esfera de privacidad es menor. También prevalece el derecho a informar

[4] Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, 2008, citado por Alvarado, 2016

si existe un interés público o un interés histórico en la información o en los hechos que se divulgan.



Roberto Godoy Fuentes

Abogado